

LIBRE MOVIMIENTO DE CAPITALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y LIMITACIÓN DE LAS INVERSIONES DIRECTAS PROVENIENTES DE TERCEROS ESTADOS

FREE MOVEMENT OF CAPITAL IN THE EUROPEAN UNION AND LIMITATION OF FOREIGN INVESTMENT FROM THIRD STATES

Federico F. GARAU SOBRINO*

Palabras clave: Unión Europea, libre movimiento de capitales, inversiones extranjeras directas, control de inversiones extranjeras.

Keywords: European Union, free movement of capital, foreign direct Investment, Screening of foreign Investment.

SUMARIO: 1. LIBRE MOVIMIENTO DE CAPITALES.—2. RESTRICCIONES A LAS INVERSIONES DIRECTAS PROVENIENTES DE TERCEROS PAÍSES.—2.1. Normativa de la Unión.—2.2. Normativa española.—3. LA (I)LEGALIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA.

1. LIBRE MOVIMIENTO DE CAPITALES

El libre movimiento de capitales es una de las cuatro libertades comunitarias, junto a la circulación de mercancías, personas y servicios. Se regula en los arts. 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), conteniéndose en el art. 63.1 el principio básico de liberalización de los movimientos de capitales, tanto entre personas residentes en la UE como entre residentes y no residentes. Este precepto produce efecto directo, esto es, confiere a los particulares derechos que pueden invocar ante un órgano jurisdiccional.

* Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de las Islas Baleares (fgaraus@uib.es). Miembro del Instituto Europeo de Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense de Madrid.

diccional nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a él¹.

El TFUE matiza el principio de liberalización contenido en el art. 63.1. Así, el art. 64 permite la existencia de restricciones a determinados movimientos de capitales «extracomunitarios» —los realizados entre residentes y no residentes— que ya existían el 31 de diciembre de 1993 en los ordenamientos de los Estados miembros, como las inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, los movimientos de capitales ligados al establecimiento, los ligados a la prestación de servicios financieros, así como la admisión de valores en los mercados de capitales. Otro límite lo constituyen las denominadas cláusulas de salvaguardia, que permiten la inaplicación temporal, para determinados casos y en ciertas circunstancias, del régimen de liberalización. De este modo, los Estados miembros pueden adoptar medidas restrictivas respecto de los movimientos de capitales con terceros países que causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria (art. 66) o en sus balanzas de pagos (arts. 143.3 y 144). Finalmente, los Estados miembros pueden adoptar medidas restrictivas por razones de orden público y de seguridad pública [art. 65.1, letra b)]. Estas restricciones deben estar presididas por el criterio de proporcionalidad, debiendo ser adecuadas para garantizar la obtención del objetivo perseguido y no ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlo; esto es, que el objetivo no pueda alcanzarse con medidas menos restrictivas. El TJUE ha establecido que las medidas que obstaculicen una libertad fundamental deben aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificadas por razones imperiosas de interés general, ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo². Por su parte, el art. 65.3 establece que las medidas restrictivas «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos».

2. RESTRICCIONES A LAS INVERSIONES DIRECTAS PROVENIENTES DE TERCEROS PAÍSES

2.1. Normativa de la Unión

La UE tiene competencia exclusiva en materia de política comercial común [art. 3.1.e) TFUE] y, concretamente, en materia de inversiones extranjeras directas (art. 207 TFUE), cuyas restricciones se prevén en el art. 64 TFUE.

¹ Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Sanz de Lera y otros*, asuntos C-163/94, C-165/94 y C-250/94, EU:C:1995:451, apdo. 48. Véase GARAU SOBRINO, F., «Libre movimiento de capitales y transacciones económicas con el exterior en la contratación internacional», en CALVO, A.-L. y CARRASCOSA, J. (dirs.), *Curso de Contratación Internacional*, 2.ª ed., Madrid, Colex, 2006, apdos. 8 y 9.

² Véase Sentencia de 6 de marzo de 2018, *Segro*, C-52/16 y C-113/16, EU:C:2018:157, apdos. 76 y 77; Sentencia de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, EU:C:2009:593, apdo. 25, ambas en relación con el libre movimiento de capitales.

La UE aprobó el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión³. En el momento de su adopción, la Unión no contaba con un marco general para el control de las inversiones extranjeras directas ni para la cooperación entre Estados miembros. Por eso, el Reglamento establece un marco para el control por los países miembros de las inversiones directas por motivos de seguridad o de orden público, así como un mecanismo de cooperación entre los Estados miembros, y entre estos y la Comisión, por lo que respecta a dichas inversiones (art. 1). Ello no afecta a la competencia de cada Estado miembro sobre su seguridad nacional y del derecho de cada Estado miembro a proteger sus intereses esenciales de seguridad, ni limita su derecho a decidir si controla o no una determinada inversión extranjera directa en el marco del reglamento. Se define la inversión directa como «una inversión de cualquier tipo por parte de un inversor extranjero con el objetivo de crear o mantener vínculos duraderos y directos entre el inversor extranjero y el empresario o la empresa a los que se destinen los fondos para el ejercicio de una actividad económica en un Estado miembro, incluidas las inversiones que permitan una participación efectiva en la gestión o el control de una empresa que ejerce una actividad económica» (art. 2.1).

En el art. 4 se contienen una serie de elementos que ayudan a determinar cuándo una inversión extranjera puede afectar a la seguridad y al orden público. En primer lugar, se refiere a sectores objeto de la inversión directa: infraestructuras críticas físicas o virtuales; tecnologías críticas y productos de doble uso; suministro de insumos fundamentales; acceso y control de información sensible, en particular datos personales; medios de comunicación (apdo. 1). El segundo grupo de elementos se refieren al inversor extranjero: si está controlado directa o indirectamente por el gobierno de un tercer país, si ya ha participado en actividades que afecten a la seguridad o al orden público en un Estado miembro, o si existe un riesgo grave de que ejerza actividades delictivas o ilegales (apdo. 2). Si un Estado miembro considera que una inversión extranjera afecta a su seguridad u orden público, podrá adoptar, o en su caso modificar, mecanismos de control (art. 3)⁴. Cuando la inversión pueda afectar a proyectos o programas de interés para la Unión, la Comisión podrá emitir un dictamen dirigido al Estado miembro

³ *DOUE* L 79I, de 21 de marzo de 2019; corrección de errores *DOUE* L 359, de 29 de octubre de 2020. El anexo fue modificado por el Reglamento Delegado (UE) 2020/1298, de la Comisión, de 13 de julio (*DOUE* L 304, de 18 de septiembre de 2020) y por el Reglamento Delegado (UE) 2021/2126, de la Comisión, de 29 de septiembre (*DOUE* L 432, de 3 de diciembre de 2021). Sobre el reglamento véase ESPLUGUES, C., «El (complejo y polidédrico) fin de la edad de la inocencia de la UE: el Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea como ejemplo», *Bitácora Millemium DIPr.*, núm. 15, 2022, pp. 15 y ss. (prepublicación: <http://www.millemiumdipr.com/ba-100-el-complejo-y-poliédrico-fin-de-la-edad-de-la-inocencia-de-la-ue-el-primer-informe-anual-sobre-el-control-de-las-inversiones-extranjeras-directas-en-la-union-europea-como-ejemplo>).

⁴ Los mecanismos de control adoptados por los Estados miembros pueden consultarse en la siguiente dirección: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf. Véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, COM (2021) 714 final, Bruselas, 23 de noviembre de 2021.

en que se prevea realizar o se haya realizado la inversión (art. 8). De acuerdo con el deber de cooperación leal de los Estados miembros, el dictamen debe ser tenido en cuenta por los Estados afectados, adoptando estos las medidas que correspondan o teniéndolo en cuenta en la elaboración de sus políticas, debiendo explicar a la Comisión los motivos que le lleven a no seguirlo (véase el cdo. 19).

El reglamento debía aplicarse a partir del *11 de octubre de 2020* (art. 17), pero con motivo de la pandemia de la covid-19, la Comisión instó mediante una Comunicación a los Estados miembros a adelantar siete meses su aplicación, a marzo de 2020.

2.2. Normativa española

Adelantándose a la Comunicación de la Comisión, España aprobó el Real Decreto ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19⁵. En su disposición final cuarta modificó diversos preceptos de la Ley 19/2003 sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (LRJMC)⁶. Introdujo un nuevo art. 7 bis, sobre la suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España y que sigue el régimen diseñado por el Reglamento 219/452⁷. Su ámbito material lo integran las inversiones extranjeras directas en España realizadas por residentes en países de fuera de la UE y de la AELC, así como por residentes en estos países pero cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la UE o de la AELC (apdo. 1). Se suspende el régimen de liberalización de estas inversiones en determinados sectores: infraestructuras críticas, tecnologías críticas y productos de doble uso, suministro de insumos fundamentales, sectores con acceso a información sensible, medios de comunicación (apdo. 2). Igualmente se suspenden estas inversiones cuando el inversor extranjero esté controlado directa o indirectamente por gobiernos de terceros países; cuando haya realizado inversiones o participado en actividades en sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, especialmente en los sectores del apdo. 2; cuando exista un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales, que afecten a la seguridad pública, orden público o salud pública en España (apdo. 3). El gobierno puede suspender también las inversiones en otros sectores cuando afecten a la seguridad pública, al orden público o a la salud pública (apdo. 4). La suspensión del régimen de liberalización supone que su realización queda sometida a la obtención de la correspondiente autorización administrativa. Las inversiones realizadas sin

⁵ BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

⁶ BOE núm. 160, de 5 de julio de 2003.

⁷ Sobre el art. 7 bis véase ESPLUGUES, C., «La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del covid-19», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020-2, pp. 405 y ss.

autorización carecerán de validez y efectos jurídicos hasta tanto no se produzca su legalización (apdo. 5). Los apdos. 1, 2, 3 y 6 del art. 7 bis fueron modificados mediante la DF 3.^a del Real Decreto ley 11/2020, de 31 de marzo, y la DF 4.^a del Real Decreto ley 34/2020, de 17 de noviembre⁸.

3. LA (I)LEGALIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Como se ha indicado, el Reglamento 2019/452 debía aplicarse a partir del 11 de octubre de 2020 (art. 17). Sin embargo, con motivo de la crisis sanitaria del covid-19 y para evitar una venta masiva de empresas de la UE y de operadores industriales europeos, en marzo de 2020 la Comisión instó a los Estados miembros que ya poseían mecanismos nacionales de control a hacer un uso pleno de ellos. También instó a los que no disponían de mecanismos, o cuyos mecanismos no cubrían todas las operaciones pertinentes, a que establecieran un mecanismo de control completo y a que examinasen otras opciones a su disposición para abordar aquellos casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología pudiera crear un riesgo para la seguridad o el orden público, incluida la seguridad sanitaria, en la UE⁹. La Comisión también pedía a los Estados miembros que controlasen otros tipos de inversiones, respetando las disposiciones sobre libre movimiento de capitales. Para la Comisión, las inversiones de cartera podían afectar a la seguridad y al orden público en caso de adquisición de, al menos, participaciones cualificadas que otorgasen determinados derechos al accionista o a los accionistas vinculados en virtud del Derecho de sociedades nacional (p. ej., el 5 por 100). Asimismo, recordaba a los Estados que podían retener derechos especiales en determinadas empresas (las denominadas «acciones de oro»), lo que les permitía bloquear o limitar determinados tipos de inversiones en las empresas afectadas. Al igual que otras restricciones al libre movimiento de capitales, estas medidas debían ser necesarias y proporcionadas para alcanzar un objetivo legítimo.

Personalmente, considero criticables los modos y los argumentos utilizados por la Comisión para ignorar el ámbito de aplicación temporal del Reglamento. Para avanzar *de facto* en más de seis meses la aplicación del reglamento, la Comisión realizó una interpretación extensiva y laxa de criterios que permiten la adopción de medidas limitativas, cuando precisamente el TJUE ha sostenido que, al tratarse de medidas que obstaculizan o impiden

⁸ BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020, y BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020, respectivamente. La DF 1.^a del Proyecto de Ley de modificación de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (BOCG-Congreso, Serie A, núm. 91-1, de 25 de febrero de 2022), prevé modificar nuevamente el apdo. 2 del art. 7 bis.

⁹ Véase la Comunicación de la Comisión con las orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas), DOUE C 99I, de 26 de marzo de 2020.

el ejercicio de una libertad de la Unión, deben interpretarse y aplicarse siempre de manera restrictiva¹⁰.

Este adelanto *contra legem* en la aplicación del reglamento derivaba en la cuestión de la dudosa legalidad de las medidas nacionales adoptadas a su amparo. Así, el art. 7 bis LRJMC, introducido por el Real Decreto ley 8/2020 y en vigor desde el 18 de marzo de 2020, se oponía al principio de liberalización del art. 63 TFUE, sin que contase con apoyo legal, pues al Reglamento todavía le faltaban más de seis meses para ser aplicable. Tampoco se adecuaba a lo exigido en el art. 64 para los movimientos de capitales —entre ellos las inversiones directas— con terceros países, pues las restricciones que se introdujeron no estaban previstas ni en el ordenamiento español ni en el de la UE el 31 de diciembre de 1993. Tampoco se trataba de medidas del Derecho de la UE aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo. Su carácter restrictivo se apreciaba no solo en su finalidad, que era la de disuadir a los inversores domiciliados en terceros países para realizar inversiones directas, sino también en que sometía la realización de dichas inversiones a un régimen de autorización. El TJUE ha declarado reiteradamente que un régimen de autorización administrativa previa debe ser proporcionado al fin perseguido, de manera que no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, como sería el caso de un sistema de declaraciones a efectuar con posterioridad a la realización de la operación. Además, el régimen de autorización debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las personas afectadas, debiendo poseer estas un medio de impugnación judicial¹¹. Ninguna de estas exigencias parecía cumplirse en el art. 7 bis, habiéndose optado por la solución más gravosa de la autorización previa, en vez de un sistema de declaración/verificación posterior. El precepto tampoco contenía criterios objetivos que permitiesen a los futuros inversores conocer con anterioridad cuándo se les concedería o denegaría la autorización para realizar la inversión. Más bien, la regulación transmitía la idea de que en ningún caso se autorizaría la inversión directa, situándonos ante la más absoluta discrecionalidad de la Administración y ante la ausencia del principio de seguridad jurídica.

Como hemos visto, al tratarse de medidas restrictivas de una libertad de la UE, según la jurisprudencia del TJUE¹² estas debían respetar determinados límites. Las medidas del art. 7 bis eran discriminatorias, pues pretendía proteger a los inversores nacionales frente a los residentes en terceros países. Tampoco parecía que en el momento de su aprobación concurrieran motivos «imperiosos» que justificasen su adopción. ¿Son los medios de comunicación un sector que justifique su protección por razones de orden público o de seguridad pública? ¿Y los sectores con acceso a información sensible y a datos

¹⁰ Por todas, Sentencia de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-463/00, EU:C:2003:272, apdos. 68 y ss.

¹¹ Por todas, Sentencia de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal*, C-367/98, EU:C:2002:326, apdo. 50 y jurisprudencia citada.

¹² Sentencia de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-463/00, EU:C:2003:272, citada.

personales, o con capacidad de control de dicha información? Estamos hablando de personas jurídicas y no del CNI o de organismos públicos. ¿Y qué decir del sector de suministros de insumos fundamentales o el de las infraestructuras críticas, en el que se mezclan energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, defensa, electoral o financiero, o instalaciones sensibles? ¿O el sector de las tecnologías críticas y productos de doble uso, en el que se junta un concepto indeterminado (tecnologías críticas) con otro perfectamente definido en la normativa de la UE (productos de doble uso) y para el que existe solamente un control de exportación y cuyo control de inversiones estaría incluido en el concepto de «actividades relacionadas directamente con la defensa nacional», previsto en la Ley 18/1992 por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España?¹³. Si hasta marzo de 2020 se habían permitido las inversiones extranjeras en estos sectores, ¿a qué venía ahora restringir la inversión por razones de orden público o de seguridad pública? ¿No existían hasta ese momento dichas razones? ¿De un día para otro se volvieron «tóxicas»? ¿Justificaba el covid-19 las razones de orden público y de seguridad pública?

En mi opinión, la introducción del nuevo art. 7 bis en la Ley LRJMC antes del 11 de octubre de 2020 fue contraria a la normativa de la UE sobre libre movimiento de capitales. Ello podría tener importantes consecuencias prácticas, puesto que el potencial inversor al que en ese momento se le hubiese denegado por los motivos del art. 7 bis la autorización para realizar una inversión y después se declarase la contrariedad de la norma con el Derecho de la Unión, podría ejercitar la reclamación a través de la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, prevista en el art. 32.5 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público y en el art. 67 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹³ BOE núm. 159, de 3 de julio de 1992.

