

Hacia la consolidación de un modelo plural y sostenible de control de las inversiones extranjeras y su impacto en el mercado europeo

Towards the consolidation of a plural and sustainable model for the control of foreign investments and their impact on the european market

CARLOS ESPLUGUES MOTA¹ 

RESUMEN

Desde 2017 la Unión Europea ha modificado sustancialmente su posición hacia determinadas inversiones extranjeras provenientes de ciertos países, o destinadas a concretos sectores económicos considerados estratégicos. El artículo analiza el complejo modelo plural europeo diseñado para el control de estas inversiones extranjeras. Un modelo basado en la necesidad de garantizar la seguridad nacional, fomentar la reciprocidad y minimizar las prácticas desleales como base para la aceptación de los flujos inversores foráneos. Asumiendo su constante evolución, se concluye con el análisis de las propuestas normativas existentes para consolidar un enfoque sostenible.

Palabras clave: inversiones extranjeras, seguridad nacional, modelo plural europeo, regulación normativa, sostenibilidad estratégica.

ABSTRACT

Since 2017, the European Union has substantially modified its position on certain foreign investments originating from specific countries or intended for particular strategic economic sectors. This article analyses the complex, multi-faceted European model designed to control foreign investment in strategic sectors. It emphasises a model based on the need to guarantee national security, promote reciprocity, and minimise unfair practices, which form the basis for accepting foreign investment flows. Assuming its constant evolution, the model is based on the following principles. The article concludes with an analysis of existing regulatory proposals to consolidate a sustainable approach.

Keywords: foreign investments, national security, european plural model, regulatory framework, strategic sustainability.

¹ Catedrático de derecho internacional privado, Universidad de Valencia, España. Correo: carlos.esplugues@uv.es

1. La pérdida de la inocencia de la Unión Europea en relación con la inversión extranjera

Hasta tiempos muy recientes la Unión Europea ha carecido de un mecanismo de control de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para el orden o la seguridad públicos. Sin embargo, su decidido apoyo al libre comercio y a la libre circulación de inversiones —se dice, en concreto, que las inversiones resultan “indispensables” para la actividad económica europea, ocupando tradicionalmente, “un lugar central entre las prioridades económicas de la Comisión” (Comisión Europea, 2015, p. 8, 20)— se ha visto directamente afectado, en el último decenio, por los drásticos cambios y por la consolidación de nuevos actores en el comercio internacional; muchos de ellos controlados por Estados extranjeros y que mantienen una posición de liderazgo en sectores industriales punteros relacionados con la economía verde (Granados, 2024) o el mercado digital (Morales, 2021).

En este sentido, la adquisición, en 2016, de Kuka, la sociedad alemana líder en robótica, por la china Midea, y el intento de adquisición de Aixtron, un suministrador de componentes para la industria de semiconductores por parte de Fujian Grand Chip Investment (Koenig, 2018, pp. 221-224), supusieron un punto de inflexión (Esplugues, 2017, pp. 179 y ss.). Por primera vez se tomó conciencia plena de que las empresas europeas, muchas de ellas punteras en sectores estratégicos, se estaban “sacrificing... on the altar of the free market” (Maillo, 2020, p. 184), y del peligro real de la Unión Europea de perder su independencia estratégica en sectores claves, agudizando su ya muy elevada dependencia en el ámbito del suministro de materias primas (Fiott y Theodosopoulos, 2020, pp. 3 y ss; Van der Putten, 2018, p. 3).

El “possible sell-out of European expertise, which we are currently unable to combat with effective instruments” (Reisman, 2020, p. 4) puso en evidencia la necesidad de disponer de un sistema común de respuesta a las inversiones extranjeras dirigidas a ciertos sectores estratégicos, principalmente cuando se trata de inversiones soberanas (Witkowska, 2020, p. 26).² La creciente preocupación por el incremento en la adquisición de sociedades tecnológicas líderes venía acompañada por el hecho de que, en algunos casos, los inversores extranjeros buscaban hacerse con ciertos activos estratégicos que les permitieran controlar o influenciar empresas europeas que “are critical for our security and public order” (European Commission, 2017).³ Asumiéndose, además, que su actuación, amén de no basarse habitualmente en el principio de reciprocidad (Sunesen y Hansen, 2018, p. 11), favorecía que “a menudo, los inversores de la UE no go[cen] de los mismos derechos a invertir en el país del que procede la inversión” (European Commission, 2017a, p. 17), podría trascender la dimensión puramente económica y comercial (European Comission, 2021a, pp. 9-10).

Fruto de este malestar en aumento fue el anuncio por parte del presidente Juncker —sobre el inicio de una nueva era en materia de comercio internacional e inversiones extranjeras—, en su discurso sobre el estado de la Unión Europea, de 13 de septiembre de 2017. La Unión Europea, dijo, no era una defensora “ingenua” del libre comercio (Comisión Europea, 2017, p. 3; Warchol, 2021, pp. 67-68); por lo que debía velar, necesariamente, por la salvaguarda de sus “intereses estratégicos” (Comisión Europea, 2017, p. 3; Esplugues, 2023, pp. 297 y ss.). Por ello apostó por la elaboración de un marco europeo

² Especialmente, aunque sin hacer mención expresa, de las provenientes de la República Popular China (RPC), paradigma del capitalismo de Estado. Y ello, a pesar su aparente mínimo volumen de estas, dado que se señala que solo el 2 % de la inversión china en ese momento contaba con tal naturaleza.

³ “This includes activities related to the operation or provision of critical technologies, infrastructure, inputs or sensitive information. Acquisitions by foreign state-owned or controlled companies in these strategic areas may allow third countries to use these assets not only to the detriment of the EU’s technological edge, but also to put our security or public order at risk”.

en materia de cribado previo de la inversión (Esplugues, 2018, pp. 166 y ss.)⁴ como instrumento indispensable para “proteger nuestra seguridad colectiva en caso necesario” (Comisión Europea, 2017, p. 3).⁵ Se trataba, y se trata, en definitiva, de asegurar la “soberanía estratégica” europea, salvaguardando su independencia, y permitiéndole actuar como un sujeto activo y clave en el nuevo orden mundial a la vez que limitaba sus vulnerabilidades.⁶ Una urgencia que se acentuó con la pandemia de Covid-19 (Esplugues, 2020b, pp. 374 y ss.).

El resultado de este proceso, de acelerada concienciación sobre determinada inversión extranjera, es un modelo europeo de control por la seguridad nacional⁷ de carácter plural. Un modelo que articula un conjunto de medidas de naturaleza e intensidad diversas dirigidas, a partir de la necesaria exigencia de reciprocidad (Kontak, 2021, pp. 206-207), a regular distintas facetas de una misma compleja realidad: la de las inversiones extranjeras que por su origen, naturaleza o destino pueden afectar al orden público o a la seguridad pública europea.

Se asume que para hacer frente este reto —y junto a actuaciones industriales europeas tendentes a formar actores de primer nivel en ámbitos económicos e industriales punteros como la IA, la robótica, biotecnología o similares, o a promover alternativas para las cadenas de suministro externalizadas, que favorezcan la creación de “campeones europeos” (Springford, 2020, p. 5)— es imprescindible el diseño de instrumentos normativos que ofrezcan una respuesta global al problema de las inversiones foráneas. Instrumentos que, a partir de la búsqueda de la apuntada reciprocidad (Gadocha, 2020, p. 38), combinen el diseño de un modelo de control de las inversiones extranjeras con mecanismos destinados “to balance one-sided influence, with balanced competition approaches. This includes effective trade defense instruments, with anti-dumping and anti-subsidy measures” (Cagnin *et al.*, 2021, p. 40).

Desde el punto de vista del contenido de las respuestas ofrecidas, la consolidación de esta apuesta normativa plural ha forzado a la Unión Europea a practicar un ejercicio de funambulismo entre su apuesta decidida por la promoción del libre comercio y de la libre circulación de capitales e inversiones, y la imprescindible protección del mercado interior europeo frente a “las prácticas desleales y abusivas” (Comisión Europea, 2021b, p. 1); especialmente en relación con “las industrias estratégicas, y [...] los activos y las tecnologías críticos” (Comisión Europea, 2021b, p. 6). Todo ello en el marco del “modelo de autonomía estratégica abierta” que fomenta la Unión Europea (Comisión Europea, 2021b, pp. 1-2; European Commission, 2021c, p. 44; Feas, 2021, pp. 1 y ss.).

Se articula así un modelo de control plural de las inversiones extranjeras, sustentado en un conjunto de herramientas normativas diversas. Un elenco de textos —calificado por algunos como “patchwork of laws where they exist of varying scope and effectiveness” (Jacobs, 2019, p. 117)— que, asumiendo sus notables variaciones en cuanto a su objetivo, grado de desarrollo y vigencia, coinciden en su intención de incrementar la capacidad de la Unión Europea para asegurar el tratamiento “equitativo” (Parlamento Europeo, 2021, p. 12) de los operadores económicos e inversores nacionales y extranjeros, lo que articula las inversiones provenientes de ciertos países —o realizadas por determinado tipo de inversores— en aquellas ocasiones en que “están en juego los intereses estratégicos de la UE” (Comisión Europea, 2019, p. 9).

⁴ Uno de los posibles mecanismos, quizás el más de moda, para controlar la inversión extranjera no deseada.

⁵ “Si una empresa pública extranjera desea comprar un puerto europeo, una parte de nuestra infraestructura energética o una empresa de tecnología de defensa, la adquisición solo debe llevarse a cabo con transparencia, estudio y debate. Tenemos la responsabilidad política de saber lo que se cuece a nuestro alrededor, a fin de proteger nuestra seguridad colectiva en caso necesario” (Comisión Europea, 2017, p. 3).

⁶ Al respecto, y con unas soluciones no necesariamente compartidas, Leonard y Shapiro (2019, pp. 5 y ss.).

⁷ En relación con este concepto, vago y variable, Esplugues (2020a, pp. 177 y ss.).

2. La clave de bóveda del modelo plural: El Reglamento 2019/452

El Reglamento 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones directas de la Unión Europea constituye la clave de bóveda sobre la que se articula todo el modelo europeo en materia de cribado de las inversiones foráneas (Esplugues, 2017, pp. 221 y ss.).⁸ Se trata de un texto⁹ que busca colmar una laguna existente en la normativa europea, sobre el “marco global a escala de la Unión para el control de la inversión extranjera directa por motivos de seguridad o de orden público”.¹⁰ Una ausencia de respuesta que contrasta con la posición mantenida por los principales socios comerciales de la Unión Europea que “ya han elaborado tales marcos”.¹¹

Este reglamento ha sido objeto de valoraciones muy diversas y contradictorias, destacándose, indistintamente, el esfuerzo realizado para alcanzar un texto aceptable para todos (Hindenlang y Moberg, 2020, p. 1431), la dificultad de su puesta en práctica (Esplugues, 2019), su falta de ambición (Maillo, 2020, p. 207) y su carácter limitado, en comparación con las propuestas iniciales de la Comisión (Schill, 2019, p. 108).

El texto constituye una manifestación nítida del mencionado proceso de concienciación de la Unión Europea, y también de sus Estados miembros,¹² sobre los potenciales riesgos que plantea cierta inversión extranjera para la seguridad o el orden público europeo y de los Estados miembros;¹³ específicamente, en relación con diversos activos, tecnologías e infraestructuras estratégicas (Comisión Europea, 2019, p. 12). Unos peligros que se ven exponencialmente incrementados en aquellos casos en que intervienen sociedades estatales o fondos soberanos, y que llevan a la Unión Europea a poner en práctica esta nueva “protective narrative” (Bismuth, 2020, p. 104).

En este sentido, el Reglamento 2019/452 cumple el doble objetivo de establecer, por un lado, un mínimo común denominador para el control, por parte de los Estados miembros, con base en la seguridad o el orden público de las inversiones extranjeras directas dentro de la Unión Europea, y, por otra parte, de articular un mecanismo de cooperación entre aquellos, y entre estos y la Comisión, en lo que respecta a las inversiones extranjeras directas que puedan afectar a la seguridad o al orden público.¹⁴ Y lo hace, además —y esto es algo que el texto repite en varias ocasiones—, reconociendo, en primer lugar, la responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro sobre su seguridad nacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.2 TFUE, así como, en segundo lugar, el derecho que les acompaña de proteger sus intereses esenciales de seguridad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 346 TFUE.¹⁵

2.1. Las bases sobre las que se asienta el Reglamento 2019/452

El texto de 2019 se asienta sobre ciertas premisas que, a la vez que permiten dimensionarlo, marcan su puesta en práctica. Así, en primer lugar, el Reglamento 2019/452 asume como punto de partida la bondad de la inversión extranjera directa y su contribución “al crecimiento de la Unión Europea mediante el fortalecimiento de su competitividad, la creación de empleo y economías de escala, la aportación de

⁸ En línea con lo que ocurre en otros países que cuentan con mecanismos de control de las inversiones.

⁹ Un análisis en profundidad del Reglamento se encuentra en Esplugues (2023, pp. 315 y ss.).

¹⁰ Reglamento 2019/452, considerando 5.

¹¹ Considerando 5 del Reglamento 2019/452. En relación con estos sistemas, ver Esplugues (2017, pp. 263 y ss.).

¹² Al respecto, considérese Chan y Meunier (2021, pp. 515-517).

¹³ Ya en sus conclusiones del 21 y 22 de marzo de 2019, el Consejo solicitó que se reanudasen los debates sobre el instrumento de contratación pública internacional de la Unión Europea (Consejo Europeo, 2019, p. 2). En relación con estos riesgos, ver Gadocha (2020, pp. 2-3).

¹⁴ Reglamento 2019/452, artículo 1.1.

¹⁵ Reglamento 2019/452, artículo 1.2.

capital, tecnologías, innovación y conocimientos especializados, y la apertura de nuevos mercados para las exportaciones de la Unión”.¹⁶

En definitiva, su objetivo es establecer el mecanismo de un marco normativo para el control, por parte de los Estados miembros y de la Comisión, de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea para la seguridad o el orden público. Un mecanismo articulado de verificación¹⁷ de las inversiones extranjeras tendente a evaluar, investigar, autorizar, condicionar, prohibir o anular inversiones extranjeras directas dirigidas a los distintos Estados de la Unión Europea, cuyo ámbito material, sin embargo, no es omnímodo. En este sentido, este se construye a la inversión extranjera directa en la Unión Europea. Esto es, y tal como la define, de forma amplia (De Jong y Zwartkruis, 2020, p. 458), el artículo 2.1 del texto reglamentario, “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 destinan 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”.¹⁸

En tal sentido, y ante las eventuales críticas que pudieran acompañar a la idea misma de su existencia,¹⁹ el reglamento incorpora una propuesta “de mínimos”, proponiendo un nuevo marco legal “para los Estados miembros y, en algunos casos, para la Comisión, con el fin de someter a control las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea, al tiempo que se permite a los Estados miembros tener en cuenta sus situaciones específicas y sus circunstancias nacionales” (Comisión Europea, 2021, p. 3).

Se trata, en suma, de un entorno compartido que —insiste el texto reglamentario— debe aproximarse “sin perjuicio de la responsabilidad exclusiva de los Estados miembros de salvaguardar la seguridad nacional, como dispone el artículo 4, apartado 2, del TUE. También se entiende sin perjuicio de la protección de los intereses esenciales de su seguridad, de conformidad con el artículo 346 del TFUE”.²⁰ Y, con ello, asegurar la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión en relación con la inversión extranjera directa que pueda suponer una amenaza para la seguridad o el orden público, facilitando, por ende, el intercambio de información al respecto (Comisión Europea, 2021, p. 3). Esto es, lograr la necesaria “coordinación y cooperación a escala de la Unión Europea en materia de control de las inversiones extranjeras directas que puedan afectar a la seguridad o al orden público”²¹, estableciendo un mecanismo que permita sus miembros cooperar, y ayudarse mutuamente, cuando una inversión extranjera directa en uno de ellos pueda afectar a la seguridad o al orden público en otros Estados europeos.²²

En todo caso, este marco común debe ser acorde a las rígidas exigencias establecidas en su día por el Tribunal de justicia de la Unión Europea en relación con la compatibilidad de un eventual modelo de cribado previo de la inversión extranjera con el derecho de la Unión Europea (Esplugues, 2023, pp. 269-285). Lo que implica como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 14 de

¹⁶ Reglamento 2019/452, considerando 1.

¹⁷ El art. 2.4 del Reglamento define “mecanismo de control” como “un instrumento de aplicación general, como una disposición legal o reglamentaria, y los requisitos administrativos, normas o directrices de ejecución que la acompañan, en el que se establecen los términos, las condiciones y los procedimientos para la evaluación, investigación, autorización, condicionalidad, prohibición o anulación de las inversiones extranjeras directas, por motivos de seguridad u orden público”.

¹⁸ Sobre la noción de control y la forma de verificarla, ver Otto (2021, pp. 545 y ss.).

¹⁹ Al respecto, ver Simon (2021, pp. 47-48).

²⁰ Reglamento 2019/452, considerando 7.

²¹ Reglamento 2019/452, considerando 7.

²² Reglamento 2019/452, considerando 16.

marzo de 2000 en el asunto C-54/99, *Eglise de scientologie*,²³ que cualquier modelo diseñado, tanto por la Unión Europea como por los diversos Estados miembros, debe aportar “seguridad jurídica en lo que se refiere a los mecanismos de control que los Estados miembros establecen por motivos de seguridad o de orden público”.²⁴

En línea con ello, el propio Reglamento 2019/452 resalta la conveniencia de establecer los “elementos esenciales del marco para el control, por los Estados miembros, de las inversiones extranjeras directas”,²⁵ de modo que los inversores extranjeros —“aquella persona física de un tercer país o empresa de un tercer país, que desee realizar o haya realizado una inversión extranjera directa”²⁶—, la Comisión y los demás Estados miembros puedan entender el control al que podrán ser sometidas dichas inversiones. Estos elementos, se dice, “deben incluir, como mínimo, plazos para el control y la posibilidad para los inversores extranjeros de interponer recurso contra las decisiones de control”.²⁷ Añadiéndose que tanto las normas como los procedimientos relativos a los mecanismos de control deben ser transparentes y no establecer discriminaciones entre terceros países.

2.2. Factores a considerar a la hora de evaluar la potencial inversión extranjera

Esta exigencia de seguridad jurídica se traduce, adicionalmente y entre otros extremos, en la necesidad de que se aporten “una lista de factores que puedan tenerse en cuenta para determinar si una inversión extranjera directa puede afectar la seguridad o el orden público”.²⁸

Con este objetivo en mente, el reglamento enuncia en su artículo 4 un conjunto de factores que, entre otros, puede ser considerado por los Estados miembros o la Comisión a la hora de determinar si una inversión extranjera directa puede afectar negativamente a los amplios y abstractos conceptos de la seguridad y el orden público.²⁹ Estos factores inciden sobre el sector al que se destina la inversión o la naturaleza del inversor.

2.2.1. El sector destinatario de la inversión

El precepto incorpora un listado abierto³⁰ —lo que acentúa su carácter indicativo, reflejando a su vez la limitada voluntad unificadora del legislador europeo (Hindenlang y Moberg, 2020, p. 1448). Un elenco de factores que refiere a un conglomerado de conceptos que pueden aproximarse de forma diversa por las autoridades evaluadoras de la propuesta inversora.³¹ Y que, en todo caso, aparece vinculado a áreas sensibles como las energías, la comunicación, las tecnologías de la información o la ciberseguridad respecto de los que el interés público y la seguridad, tanto de los Estados miembros como de la Unión Europea, aparecen muy involucrados.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-54/99, *Association Eglise de scientologie de Paris y Scientology International Reserves Trust / Premier minister*; 14 de marzo de 2000. En relación con la decisión, véase Berin (2019, pp. 710 y ss.).

²⁴ Reglamento 2019/452, considerando 7.

²⁵ Reglamento 2019/452, considerando 15.

²⁶ Reglamento 2019/452, artículo 2.2.

²⁷ Reglamento 2019/452, considerando 15.

²⁸ Reglamento 2019/452, considerando 12.

²⁹ Al respecto, véase Neergaard (2020, pp. 155-156) o Berin (2019, pp. 719 y ss.).

³⁰ En relación con esta naturaleza, véase Gadocha (2020, pp. 56 y ss.).

³¹ Una interpretación amplia atribuiría un mayor campo de juego al reglamento, mientras que una interpretación estricta lo haría intervenir en circunstancias prácticamente excepcionales. Al respecto, véase Simon (2021, p. 49).

A partir de una visión marcadamente precautoria, se señala que los Estados miembros y la Comisión podrán tener en cuenta los “efectos potenciales”³² que la inversión puede tener en:

i) Las infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales, así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras. Dentro de estas infraestructuras críticas, el artículo 4.1.a) del Reglamento 2019/452 incluye a las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles.

ii) Las tecnologías críticas y los productos de doble uso, entendiéndose estos tal como se definían en el antiguo Reglamento 428/2009,³³ ahora sustituido por el Reglamento 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de mayo de 2021, por el que se establece un régimen de la Unión Europea de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso, cuyo artículo 2.1 entiende por tales a “los productos, incluido el soporte lógico (software) y la tecnología, que puedan destinarse a usos tanto civiles como militares, y entre los que se incluirán productos que puedan utilizarse para el diseño, el desarrollo, la producción o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, incluidos todos los productos que puedan ser utilizados tanto para usos no explosivos como para ayudar a la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos”.

Dentro de estas tecnologías críticas y productos de doble uso se incluyen, de acuerdo con el tenor del artículo 4.1.b) del Reglamento 2019/452: la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.

iii) En tercer lugar, el artículo 4.1.c) del texto reglamentario refiere al potencial impacto en el suministro de insumos fundamentales, en particular energía o materias primas, así como la seguridad alimentaria.

iv) Igualmente, debe valorarse el acceso a información sensible, en particular datos personales, o la capacidad de control de dicha información.³⁴

v) O, por último, su impacto potencial en la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación.

2.2.2. La naturaleza del inversor

Junto al objeto de la inversión, el legislador europeo hace igualmente referencia a la naturaleza —estatal— de la inversión que va a desarrollarse (Sunesen y Hansen, 2018, pp. 12-13).³⁵ Independiente de que afecte, o no, a alguna de las áreas sensibles que acabamos de mencionar (Kao, 2019, p. 177). En tal sentido, el artículo 4.2 señala que para determinar si una inversión extranjera directa *puede* afectar a la seguridad o al orden público, los Estados miembros y la Comisión también podrán tener en cuenta, *especialmente*:

³² Reglamento 2019/452. Artículo 4.1.

³³ Reglamento 428/2009. Artículo 2.1.

³⁴ Reglamento 2019/452. Artículo 4.1.d).

³⁵ Nótese, igualmente European Parliament (2018, p. 50).

- i) Si el inversor extranjero está controlado, directa o indirectamente, por el gobierno (incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas) de un tercer país; en particular mediante una estructura de propiedad, o una financiación significativa.³⁶
- ii) Si el inversor extranjero ya ha participado en actividades que afecten a la seguridad, o al orden público, en un Estado miembro,³⁷ o
- 3) Si existe un “riesgo grave” de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales.³⁸

2.2.3. El supuesto específico de las inversiones extranjeras directas que puedan afectar a proyectos o programas de interés para la Unión Europea

El legislador europeo ha tenido un especial interés en facilitar a la Comisión la posibilidad de emitir un dictamen —con arreglo al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)— en relación con inversiones extranjeras directas que, por motivos de seguridad, o de orden público, puedan afectar a los proyectos y programas de interés para la Unión Europea. Se trata, dice el considerando 19 del reglamento, de permitirle disponer de un instrumento para proteger los proyectos y programas que sirven a la Unión Europea en su conjunto, y representan una importante contribución a su crecimiento económico, al empleo y a la competitividad. Ello debe incluir, en particular, los proyectos y programas que implican una financiación sustancial de la Unión Europea —“una cantidad importante, o un porcentaje considerable”, apunta el artículo 8.3—, o que han sido establecidos por el derecho de la Unión Europea en materia de infraestructuras críticas, tecnologías críticas o insumos fundamentales, “que son esenciales para la seguridad o el orden público”.³⁹

Estos proyectos o programas de interés vienen recogidos en el anexo al Reglamento 2019/452 —Lista de proyectos o programas de interés para la Unión a que se refiere el artículo 8, apartado 3— objeto de actualización periódica.⁴⁰

En el supuesto de que la Comisión entienda que puede producirse tal impacto, “podrá emitir un dictamen a la atención del Estado miembro en que se haya previsto o realizado dicha inversión extranjera directa”.⁴¹ Cualquier dictamen que se dirija a un Estado miembro también deberá enviarse simultáneamente a los demás Estados miembros.⁴²

3. La regulación del acceso de las empresas extranjeras al mercado europeo de contratación pública

En el marco de la consolidación de esta nueva aproximación securitaria a las inversiones extranjeras directas, plasmada en un modelo normativo plural, la Unión Europea ha constatado que —en contraste con lo que ocurre en relación con el mercado europeo de contratación pública, que es el mayor y más

³⁶ Reglamento 2019/452, artículo 4.2.a).

³⁷ Reglamento 2019/452, artículo 4.2.b).

³⁸ Reglamento 2019/452, artículo 4.2.c).

³⁹ Reglamento 2019/452, artículo 8.3.

⁴⁰ Reglamento 2019/452, artículo 8.3 y 4.

⁴¹ Reglamento 2019/452, artículo 8.1.

⁴² Reglamento 2019/452, considerando 19.I.

abierto del mundo—,⁴³ las empresas europeas —altamente competitivas en sectores como el de los equipos de transporte, telecomunicaciones, electricidad, equipos médicos o servicios de construcción (Comisión Europea, 2019, p. 7)— encuentran graves problemas para acceder a oportunidades de contratación pública en otros países del mundo; con especial singularidad en la República Popular China. Una tendencia proteccionista que, además, como apunta la propia Comisión, “va en aumento” (Comisión Europea, 2019, p. 7). Ello llevó en su día al Parlamento Europeo a invitarla “to ensure reciprocity with third countries in public procurement”, y “to work towards the accession of key third countries, such as China, to the WTO Agreement on Government Procurement” (European Parliament, 2019, pp. 5-6).

Reflejo de lo anterior es el hecho de que el Acuerdo sobre Contratación Pública, un texto negociado en el seno de la OMC,⁴⁴ cuenta con un número muy limitado de Estados parte,⁴⁵ entre los que no se encuentran ningún país africano o latinoamericano, y la presencia asiática —la RPC no es parte en él, como tampoco lo son la Federación Rusa o India— es mínima.

A partir de la asunción de esta situación, en enero de 2016 la Comisión presentó la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países (Comisión Europea, 2012). Un texto que sustituye al previo de 2012 (Comisión Europea, 2012), y que, tras múltiples vicisitudes y revisiones, solo en junio de 2021⁴⁶ se vio desbloqueado por el Consejo, aprobando el Parlamento Europeo, en diciembre de 2021, su posición negociadora.⁴⁷

El proceso de negociación tripartito, extraordinariamente rápido, ha dado como resultado final el Reglamento 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2022 sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión Europea a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (Instrumento de contratación internacional-ICI). Un texto que incorpora cambios diversos en su filosofía y concretas medidas diseñadas respecto de las propuestas originarias.⁴⁸

El reglamento se asienta sobre la premisa de que muchos terceros países son reacios a abrir sus mercados de contratos públicos, o de concesiones, a la competencia internacional; o, sin más, a mejorar su accesibilidad. Ello tiene como consecuencia que “los operadores económicos de la Unión Europea se enfrentan a prácticas de contratación pública restrictivas en muchos terceros países, que conllevan una importante pérdida de posibilidades de comercio” (considerando 8 del Reglamento 2022/1031).

⁴³ Al respecto, véase European Commission (2019, pp. 1-2).

⁴⁴ Disponible en <https://bit.ly/3ZiNrEs>. [Consulta: 15/12/2024].

⁴⁵ A fecha de diciembre de 2021 el instrumento cuenta con 21 partes, que suponen 48 Estados de la OMC si se contabilizan los 27 Estados miembros de la Unión. Ver el listado de Estados contratantes en: <https://bit.ly/4k0NAEX>. [Consulta: 15/12/2024].

⁴⁶ Ya en sus Conclusiones de 21 y 22.3.2019, el Consejo solicitó que se reanudasen los debates sobre el instrumento de contratación pública internacional de la Unión Europea (Consejo Europeo, 2019, p. 2). Insistiendo en las Conclusiones del Consejo de 1 y 2 de octubre del 2020 en la necesidad de acelerar los trabajos en la materia (European Council, 2020, p. 1). Finalmente, el 2 de junio del 2021 se aprobó el mandato del Consejo por los representantes permanentes ante la Unión Europea (Council of the European Union, 2021).

⁴⁷ Sobre la tramitación, consultar: <https://bit.ly/45cXVZJ>. [Consulta: 15/12/2024].

⁴⁸ Al respecto, consultar: <https://bit.ly/45cXVZJ>. [Consulta: 15/12/2024].

Su objetivo, tal como afirma su artículo 1 es establecer medidas en materia de contrataciones no cubiertas,⁴⁹ destinadas a mejorar el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión Europea a los mercados de contratos públicos, y de concesiones de terceros países. Diseñando procedimientos para que la Comisión lleve a cabo investigaciones sobre supuestas medidas o prácticas de terceros países⁵⁰ contra los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión Europea, e inicie consultas con los terceros países en cuestión. Y permitiéndole la imposición de medidas ICI⁵¹ en relación con tales actos o prácticas de terceros países, con el fin de restringir el acceso de operadores económicos, bienes o servicios de terceros países a los procedimientos de contratación pública de la Unión Europea.

4. La regulación de la actuación en el mercado europeo de empresas extranjeras que reciban ayudas públicas

Adicionalmente, y directamente vinculado al ámbito de la participación de sociedades extranjeras en el mercado europeo de licitación pública (Böheim *et al*, 2021, pp. 6 y ss.; Comisión Europea, 2020b, pp. 33-39, 46-47), aunque superándolo —como reconoce la Comisión Europea en su Comunicación sobre “Una nueva estrategia industrial para Europa” (Comisión Europea, 2020a, p. 7)—, la Comisión presentó en mayo de 2021 su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (Comisión Europea, 2017, p. 2). Una decisión que, amén de constituir un paso más en el proceso de conformación del modelo normativo plural de control de ciertas inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional, responde a la voluntad, manifestada ya en 2017, de que “no dudará a la hora de actuar para proteger a sus ciudadanos y a su industria” cuando haya otros países o empresas foráneas que lleven a cabo prácticas desleales (Comisión Europea, 2017b, p. 2).

La propuesta, que se decía plenamente coherente con la normativa europea⁵² y con la política comercial de la Unión Europea, procediendo a complementar los instrumentos comerciales de la que es parte (Comisión Europea, 2021, p. 5), tuvo su origen en la solicitud formulada por diversos Estados miembros para hacer frente a esta tipología de situaciones,⁵³ lo que fue consecuencia directa de la adopción, en junio de 2020, del Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único (Comisión Europea, 2020). Un texto que explicita la decidida voluntad de la Unión Europea de “showcase its preference for international cooperation and dialogue, but also its readiness to combat unfair practices and foreign subsidies that undermine the level-playing field in the Single Market” (European Commission, 2021d, p. 5).

⁴⁹ Definidas en el art. 2.1.k) del Reglamento como “procedimientos de contratación pública de bienes, servicios o concesiones respecto de los que la Unión no ha asumido compromisos de acceso al mercado en un acuerdo internacional en materia de contratos públicos o de concesiones”.

⁵⁰ Descritas en el art. 2.1.i) del Reglamento como “toda medida, práctica o procedimiento legislativo, reglamentario o administrativo, o combinación de los mismos, que adopten o mantengan autoridades públicas o poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras individuales de un tercer país, a cualquier nivel, que dificulte de forma grave y recurrente el acceso de los operadores económicos, bienes o servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos o de concesiones de dicho tercer país”.

⁵¹ Definidas en el art. 2.1.j) del Reglamento como “medida adoptada por la Comisión de conformidad con el presente Reglamento por la que se limita el acceso de operadores económicos, bienes o servicios originarios de terceros países a los mercados de contratos públicos o de concesiones de la Unión Europea en el ámbito de las contrataciones no cubiertas”.

⁵² Artículo 207 TFUE: “1. La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. ...”

⁵³ Vid., por ejemplo, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/02/Letter-to-Vestager.pdf> (formulada por Alemania, Italia, Francia y Polonia) [Consulta: 15/12/2024].

La Comisión había sido instada por el Consejo, en octubre de 2020, a abordar la regulación de este fenómeno (European Council, 2020, p. 1). Igualmente, en su Informe sobre la política de competencia de 2019 (Parlamento Europeo, 2020), el Parlamento había igualmente mencionado la “posibilidad de añadir un pilar a las normas de competencia de la Unión Europea que dote a la Comisión de los instrumentos de investigación oportunos” en relación con este tipo de casos (Parlamento Europeo, 2019, p. 7).

En 2021, la Comisión finalmente admitió la necesidad de diseñar un mecanismo que permitiera “el seguimiento de nuevas formas de concesión de subvenciones por parte de terceros países, por ejemplo, en el ámbito de la financiación de las inversiones, y su abordaje adecuado mediante derechos compensatorios” (Comisión Europea, 2021a, p. 22).⁵⁴ La normativa de la Unión sobre defensa comercial, ayudas estatales, contratación pública o derecho de la competencia no incluyen en sus respectivos ámbitos de aplicación la presencia de subvenciones extranjeras (Comisión Europea, 2021, p. 3); como tampoco las consideran las normas sobre acceso a la financiación de la Unión Europea (Comisión Europea, 2020, pp. 15, 40-45). De ahí que la Comisión, que insertaba el potencial reglamento en el marco de su nueva política industrial (European Commission, 2021, p. 5), considerase esencial un instrumento de estas características, que le permita confrontar esta compleja y real situación.

El texto finalmente aprobado —el Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior— tiene el objetivo de “corregir las distorsiones creadas por las subvenciones que conceden terceros países a empresas que operan en el mercado interior de la Unión Europea” (Consejo Europeo, 2022). En tal sentido, reiterando gráficamente la voluntad de “seguir estando abierta a las inversiones extranjeras directas que sean conformes con su marco jurídico, respeten las normas sociales y medioambientales europeas, y no distorsionen la competencia” (Parlamento Europeo, 2020, p. 12), y reflejando el modelo plural de control de las inversiones extranjeras diseñado por el legislador europeo, el texto complementa al Reglamento 2019/452, cuyo objetivo es valorar el potencial impacto de la inversión extranjera directa en la seguridad y el orden público de la Unión Europea.

El Reglamento constituye un instrumento que permite hacer frente a la actuación de empresas extranjeras, pero también de aquellas establecidas o activas en la Unión Europea (Comisión Europea, 2020, p. 17) que reciben subvenciones de sus gobiernos para intervenir en el mercado europeo; entendiendo por ello préstamos sin intereses u otros tipos de financiación inferiores a los costes, garantías estatales ilimitadas, acuerdos de exención de impuestos en relación con las inversiones o el comercio internacional o, sin más, subvenciones directas (Comisión Europea, 2021, p. 2)⁵⁵.

Una mecánica que, lejos de ser una mera posibilidad, se ha demostrado habitual en ciertos países en los que impera el capitalismo de estado y que distorsiona profundamente al mercado al afectar a las condiciones de igualdad en que intervienen sus actores. Estas subvenciones extranjeras “distorsionadoras”,⁵⁶ incontrolables hasta el momento para las autoridades europeas, les permiten participar en situación de “ventaja desleal” (Comisión Europea, 2021, p. 1) en los procesos de licitación pública europeos,⁵⁷ adquirir

⁵⁴ En este mismo sentido el Parlamento Europeo respaldó en 2020 la “inclusión en las normas de competencia de la Unión de un control exhaustivo de las ayudas estatales a empresas de terceros países” (Parlamento Europeo, 2020, p. 12).

⁵⁵ Sobre las categorías de subvenciones extranjeras y su impacto en el mercado interior, ver Comisión Europea (2021, pp. 9-10, 18-19, 52-53).

⁵⁶ Al respecto, consultar el siguiente link con algunos ejemplos: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-industrial-strategy/proposed-regulation-address-distortions-caused-foreign-subsidies-single-market_es [Consulta: 15/12/2024].

⁵⁷ Un análisis en profundidad del impacto en este ámbito, con ejemplos concretos, se encuentra en European Commission (2021, pp. 17-21). Algo sobre lo que los propios operadores económicos europeos ya han manifestado su preocupación. Vid. respecto del sector marítimo y ferroviario, European Commission (2021b, p. 150).

empresas europeas⁵⁸ en condiciones inequitativas, o dedicarse a actividades comerciales en la Unión, generando todo tipo de distorsiones⁵⁹ en el libre funcionamiento del mercado único, y favoreciendo, igualmente, la deslocalización.⁶⁰

El Reglamento, tal como señala su artículo 1.1 refiere “a las subvenciones extranjeras concedidas a las empresas que ejercen una actividad económica en el mercado interior, incluidas las empresas públicas controladas directa o indirectamente por el Estado”.⁶¹ En este sentido, se considera que existe “una subvención extranjera cuando un tercer país aporte, directa o indirectamente, una contribución financiera que confiera una ventaja a una empresa que ejerza una actividad económica en el mercado interior y que esté limitada, *de jure* o de facto, a una o varias empresas o sectores”,⁶² aportándose en el artículo 5 un listado de categorías de subvenciones extranjeras “con mayores probabilidades de distorsionar el mercado interior”. El reglamento diseña diversas herramientas de naturaleza y alcance diverso para luchar contra estas subvenciones. La Comisión,⁶³ órgano exclusivamente competente para aplicar el reglamento, deberá cotejar los efectos negativos de la subvención —“en términos de distorsión en el mercado interior”—⁶⁴ con los potenciales efectos positivos en el desarrollo de la concreta actividad económica prevista,⁶⁵ adoptando las oportunas medidas correctoras y compromisos que estime oportuno en su caso.⁶⁶

El legislador europeo es consciente de que el nuevo modelo que se genere será susceptible de interactuar con algunos de los instrumentos de la Unión Europea ya existentes, hasta el punto de aparecer especificados en la Propuesta⁶⁷. Entre otros, con el Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas que, amén de atribuir competencia a la Comisión para suspender una operación hasta que haya sido revisada de acuerdo con la normativa de derecho de la competencia, establece un modelo de notificación previa, y aprobación, de aquellos cambios de empresas que superen ciertos umbrales de negocios en la Unión (Comisión Europea, 2020, pp. 45-46), lo que puede conllevar la existencia de una pluralidad de potenciales notificaciones, y de posibles evaluaciones que se llevarían en paralelo.

A su vez, el instrumento sobre subvenciones puede complementar a las normas de defensa de la competencia, que no tienen en cuenta en estos momentos si la “conducta en el mercado está relacionada con subvenciones concedidas por un Estado miembro o por gobiernos de terceros países” (Comisión Europea, 2020, p. 46), o a las normas sobre control de ayudas estatales, que tampoco toman en consideración las potenciales subvenciones extranjeras (Comisión Europea, 2020, p. 46).

⁵⁸ Un análisis del impacto, con ejemplos concretos, se encuentra en European Commission (2021, pp. 12-17).

⁵⁹ El art. 4.1 del Reglamento describe que se entiende por distorsión en el mercado interior, señalando que se da cuando una subvención extranjera “tenga por efecto probable la mejora de la posición competitiva de una empresa en el mercado interior y cuando, como consecuencia de ello, dicha subvención extranjera se vea perjudicada o pueda verse perjudicada la competencia en dicho mercado” determinándose dicha distorsión sobre la base de diversos indicadores e incluyéndose una lista indicativa al respecto.

⁶⁰ Considérese en relación con este punto, European Commission (2021, pp. 21-29).

⁶¹ Reglamento 2022/2560. Artículo 1.2.

⁶² Reglamento 2022/2560. Artículo 3.1. Nótese apartado 2 del precepto en relación con el significado de “*contribución financiera*”.

⁶³ Nótese, Reglamento 2022/2560, considerando 8.

⁶⁴ Nótese, Reglamento 2022/2560, considerando 21.

⁶⁵ Nótese, Reglamento 2022/2560, considerando 21.

⁶⁶ Reglamento 2022/2560, artículo 7.

⁶⁷ Ver el art. 44 (“Relación con otros instrumentos”) único del Capítulo 6 (“Relación con otros instrumentos”) del Reglamento.

5. El redimensionamiento en clave securitaria del derecho de la competencia europeo

Todas las operaciones de inversión extranjera deben necesariamente venir sometidas a la legislación europea que, lógicamente, incluye las normas de competencia y, en ellas, las relativas al control de las fusiones y adquisiciones (Comisión Europea, 2017, p. 9). Este factor resulta especialmente importante si tomamos en consideración que, por ejemplo, en el periodo 2003-2016, las fusiones y adquisiciones supusieron más del 70 % del volumen total de inversiones extranjeras directas en la Unión Europea (Sunesen y Hansen, 2018, p. 10). Y que de las 60.000 fusiones y adquisiciones de las que se tiene constancia durante ese lapso, un 46 % fue desarrollado por inversores de fuera de la Unión (Sunesen y Hansen, 2018, p. 14), con más de 620 operaciones en las que el inversor era una sociedad controlada por un Estado extranjero (Sunesen y Hansen, 2018, p. 16).

La articulación de un modelo plural de control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea cuenta con un impacto colateral en relación con el derecho de la competencia europeo. Y ello, por ejemplo, por cuanto, como ya hemos avanzado y recoge de forma explícita el propio Reglamento 2019/452, una operación de fusión y adquisición con incidencia en el mercado europeo puede ser susceptible de una doble valoración:⁶⁸ a través del Reglamento 2019/452 sobre control de las inversiones extranjeras directas y del Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Gadocha, 2020, p. 54). Dos textos surgidos en momentos diversos, con objetivos diferenciados, y con pautas de aplicación, y ello es especialmente importante, distintos.

La vinculación entre ambas realidades normativas —como hemos apuntado viene explícitamente reconocida por el legislador europeo— es patente, previsible y susceptible de generar problemas en su aplicación. Y ello, no solo porque la Comisión se ve dotada por el texto del 2004, de un poder de suspensión de la operación del que carece al amparo del Reglamento 2019/452, sino que debido a que el nivel de sofisticación y previsibilidad existente en el ámbito del derecho de la competencia, tras años de rodaje del sistema, con la presencia de pautas y directrices claras, no se encuentra —ni, previsiblemente, se va a encontrar— en relación con la práctica del Reglamento 2019/452; un texto que, por su propia naturaleza y objetivo de controlar las inversiones extranjeras por su eventual peligro para la seguridad y el orden público, busca ofrecer a las autoridades nacionales un amplio volumen de discrecionalidad, a partir de una premisa marcadamente precautoria, anclada sobre nociones vagas y maleables.

Ello plantea la doble cuestión de conocer qué normativa va a ser aplicable a una concreta operación inversora —algunos países conceden a la normativa sobre control de las inversiones una función de última instancia a Estados Unidos, mientras que otros la consideran una opción más para controlar la compatibilidad de la inversión con la seguridad nacional del Estado receptor, RPC (Esplugues, 2017, pp. 265 y 305 y ss.)—. Y, en su caso, abre la puerta a que una misma inversión extranjera directa sea valorada con base a criterios y estándares diversos, dependiendo de la normativa que, finalmente, le resulte aplicable; generándose, con ello, relevantes cuestiones de seguridad jurídica.

Esta interrelación es admitida por el propio legislador europeo que no duda en afirmar en el considerando 36 del Reglamento 2019/452 que, en aquellas ocasiones en que una inversión extranjera directa constituya una concentración comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento, la aplicación de este debe entenderse sin perjuicio de la puesta en práctica del artículo 21.4 del apuntado Reglamento 139/2004, en el que se precisa con claridad que, “No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3” del precepto, que,

⁶⁸ Reglamento 2019/452, considerando 36 y artículo 6.1.

respectivamente, atribuyen a la Comisión competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el Reglamento de 2004, e impiden a los Estados miembros aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.⁶⁹

En este sentido, el considerando 36 del Reglamento 2019/452 señala que el Reglamento sobre control de las inversiones extranjeras directas, y el mencionado artículo 21.4 del Reglamento sobre el control de las concentraciones entre empresas, “deben aplicarse de manera coherente. En la medida en que se solape el ámbito de aplicación respectivo de sendas normas, deben interpretarse de forma coherente los motivos del control establecidos en el artículo 1 del presente Reglamento y el concepto de interés legítimo, en el sentido del artículo 21, apartado 4, párrafo tercero, del Reglamento (CE) 139/2004, sin perjuicio de la evaluación de la compatibilidad de las medidas nacionales destinadas a proteger dichos intereses con los principios generales y otras disposiciones del Derecho de la Unión”.

Más aún, el artículo 6.1 del Reglamento 2019/452, al abordar el mecanismo de coordinación, incorpora dentro de la obligación del Estado miembro que esté efectuando el control de una propuesta de inversión extranjera directa, el velar por indicar “cuando corresponda [...] si considera que es probable que la inversión extranjera directa objeto de control entre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 139/2004”.

La dificultad de esta tarea se constató ya por la Comisión Europea (2021c, pp. 19-20) en el Primer Informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea,⁷⁰ en el que la Comisión se mostró abierta a la publicación de directrices, en línea con las existentes en el ámbito del derecho de la competencia, con vistas a objetivar el proceso, y dotarlo de un grado adicional de seguridad y previsibilidad (Comisión Europea, 2021, p. 21).

6. Otros potenciales ámbitos para el control de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional

Junto a estas cuatro dimensiones, existen otros sectores en los que, dada su criticidad, va a controlarse con especial interés el eventual acceso de inversores extranjeros por seguridad nacional. El supuesto del 5G es significativo al respecto. El documento EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks (NIS Cooperation Group, 2019) destaca en su numeral 2.37 como la “likelihood of the supplier being subject to interference from a non-EU country” constituye “one of the key aspects in the assessment of non-technical vulnerabilities related to 5G networks”.

Este documento apunta que la constatación de esta interferencia “may be facilitated by, not limited to” la presencia de ciertos factores. Al respecto se habla, en concreto, de “a strong link between the supplier and a government of a given third country; the third country’s legislation, especially where there are no legislative or democratic checks and balances in place, or in the absence of security or data protection agreements between the EU and the given third country; the characteristics of the supplier’s corporate ownership; the ability for the third country to exercise any form of pressure, including in relation to the place of manufacturing of the equipment”.

⁶⁹ Reglamento 139/2004, artículo 21.4. En relación con la dimensión práctica de esta interacción ver Eisenhut (2021, pp. 269-270).

⁷⁰ Ver Esplugues (2022).

En este ámbito del 5G, y persistiendo en la clave securitaria, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones —Despliegue seguro de la 5G en la Unión Europea— Aplicación de la caja de herramientas de la UE”⁷¹ refiere en su numeral 2.7 a la Recomendación de la Comisión 2019/534 de 26 de marzo de 2019, relativa a la “Ciberseguridad de las redes 5G”, compartiendo con ella la necesidad de lograr un enfoque de la Unión Europea en la materia, y trabajar para garantizar la seguridad de la infraestructura de 5G, y la cadena de suministro utilizando “todas las herramientas de que dispone” la Unión Europea.

En concreto, y dentro de estas herramientas, el dictamen menciona en el apuntado numeral 2.7 —y reitera en el 3.1— junto al marco para el control de las inversiones extranjeras directas “para proteger la cadena de suministro de la 5G europea”, a las herramientas de defensa comercial y a las normas de derecho de la competencia. Y a ellas une las disposiciones sobre telecomunicaciones, multimedia y ciberseguridad, la coordinación en materia de normalización y certificación a escala de la Unión Europea y sus programas de financiación, lo que garantiza que los beneficiarios cumplen los requisitos de seguridad pertinentes.

En tal sentido, el numeral 2.20 del dictamen refiere, entre otras, la obligación de los Estados miembros de garantizar “el correcto equilibrio de proveedores a escala nacional evitando la dependencia de proveedores considerados de alto riesgo, promoviendo entre otras cosas una mayor interoperabilidad de los equipos”, y el “mantenimiento de una cadena de suministro 5G diversificada y sostenible con vistas a evitar la dependencia a largo plazo, aprovechando plenamente las herramientas de la Unión Europea para controlar las inversiones extranjeras directas, las herramientas de defensa comercial, las normas de competencia y las normas de contratación pública de la Unión Europea”.

7. A modo de valoración final

El modelo europeo de control de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional es complejo, todavía inconcluso y sin práctica suficiente que permita contrastar su eficacia. Con todo, el cambio que supone frente a la posición tradicional de la Unión Europea es enorme y se ha producido en un tiempo *record*.

El impacto del modelo plural europeo en materia de control de las inversiones extranjeras directas por motivos de seguridad nacional sobre el mercado europeo en sectores especialmente críticos como tecnologías digitales, robótica, biomedicina o similares va a ser amplio y duradero. El propio Parlamento Europeo, en su Informe sobre la Política de Competencia de 2019 (Parlamento Europeo, 2019), no ha dudado en señalar la “posibilidad de añadir un pilar a las normas de competencia de la Unión que dote a la Comisión de los instrumentos de investigación oportunos” en relación con este tipo de casos (Parlamento Europeo, 2019, p. 7) y que dote a la Unión de instrumentos de defensa frente a inversiones no deseadas.

⁷¹ [COM(2020) 50 final] (2020/C 429/37), DO C 429, de 11.12.2020.

Referencias

- Berin, A.J. (2019). CFIUS or Sisyphus: Toward a European Framework for Foreign Direct Investment Review, *George Washington International Law Review*, 51(4): pp. 701-727.
- Bismuth, R. (2020). Reading Between the Lines of the EU Regulation Establishing a Framework for Screening FDI into the Union,. En Bourgeois, J.H.J. (editor), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Wolters Kluwer (pp. 103-114).
- Böhheim, M. et al (2021). Foreign Subsidies and Public Procurement, European Parliament, Directorate General for External Policies, Policy Department, PE 653.648 – October 2021. Disponible en <https://bit.ly/4j7yagQ>. [Consulta: 15/12/2024]
- Cagnin, C. et al (2021). *Shaping & Securing the EU's Open Strategic Autonomy by 2040 and beyond*. Publications Office of the European Union.
- Chan, Z.T. y Meunier, S. (2021). Behind the Screen: Understanding National Support for a Foreign Investment Screening Mechanism in the European Union. *The Review of International Organizations*, 17: pp. 513-541. <https://doi.org/10.1007/s11558-021-09436-y>
- Comisión Europea (2012). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países, Bruselas, COM/2012/0124 final - 2012/0060 (COD), 21 de marzo de 2012.
- Comisión Europea (2015). *Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- Comisión Europea (2017a). Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización, COM(2017) 240 final, 10 de mayo de 2017.
- Comisión Europea (2017b). Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Recibir favorablemente la inversión extranjera directa al tiempo que se protegen los intereses esenciales, Bruselas, COM(2017) 494 final, 13 de septiembre de 2017.
- Comisión Europea (2020a). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo modelo de industria para Europa, Bruselas, COM(2020) 102 final, 13 de marzo de 2020.
- Comisión Europea (2020b). Libro Blanco sobre el establecimiento de condiciones equitativas en lo que respecta a las subvenciones extranjeras, Bruselas, COM(2020) 253 final, 17 de junio de 2020.
- Comisión Europea (2021a). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la política comercial. Una política comercial abierta, sostenible y firme, Bruselas, COM(2021) 66 final, 18 de febrero de 2021.
- Comisión Europea (2021b). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, Bruselas, COM(2021) 223 final, 2021/0114 (COD), 5 de mayo de 2021.
- Comisión Europea (2021c). Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, Bruselas, COM(2021) 714 final, 23 de noviembre de 2021.
- Comisión Europea, Alta Representante de la unión para asuntos exteriores y política de seguridad (2019). Comunicación conjunta al Parlamento europeo, el Consejo europeo y el Consejo UE-China. Una perspectiva estratégica, Estrasburgo, JOIN(2019) 5 final, 12 de marzo de 2019.

- Consejo Europeo (2019). Reunión del Consejo (21 y 22 de marzo de 2019) – Conclusiones, Bruselas, (OR.en), EUCO 1/19, COP EUR1, CONCL 1, 22 de marzo de 2019.
- Council of the European Union (2021). Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the public procurement markets of third countries (First reading). Mandate for negotiations with the European Parliament, Brussels, (OR.en) 9175/21, 28 de mayo de 2021.
- De Jong, B. y Zwartkruis, W. (2020). The EU Regulation on Screening of Foreign Direct Investment: A Game Changer? *European Business Law Review*, 31(3): pp. 447-474.
- Eisenhut, D. (2021). The Defence, Military and Dual-Use Sector". En Hindelang, S. y Moberg, A. (editores), *YSEC Yearbook of Socio-Economics Constitutions 2020. A Common European Law on Investment Screening (CELIS)* (pp. 265-282). Springer.
- Esplugues, C. (2017). *Foreign Investment, Strategic Assets and National Security*. Intersentia.
- Esplugues, C. (2018). La propuesta de reglamento estableciendo un marco para la evaluación de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea de septiembre de 2017, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10: pp. 164-195.
- Esplugues, C. (2019). A Future European FDI Screening System: Solution or Problem?, *Columbia FDI Perspectives*, 245. Disponible en: <https://bit.ly/4j9DeRK>. [Consulta: 15/12/2024]
- Esplugues, C. (2020a). La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12: pp. 170-202.
- Esplugues, C. (2020b). La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del Covid-19, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2): pp. 372-413.
- Esplugues, C. (2022). 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 Unión Europea como ejemplo, *Bitácora Millenium DIPr*, 15: pp. 1-25.
- Esplugues, C. (2023). *El control de las inversiones extranjeras en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch.
- European Commission (2021a). Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Trade Policy Review. An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy, Brussels, COM(2021) 66 final, Annex, 18 de febrero de 2021.
- European Commission (2021b). Commission Staff Working Document, Annual Single Market Report 2021 Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a Stronger Single Market for Europe's Recovery, Brussels, SWD(2021) 351 final, 5 de mayo de 2021.
- European Commission (2021c). Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, Brussels, SWD (2021) 99 final, 5 de mayo de 2021.
- European Commission (2021d). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a Stronger Single Market for Europe's Recovery, Brussels, COM(2021) 350 final, 5 de mayo de 2021.

- European Council (2020). Special meeting of the European Council (1 and 2 October 2020). Conclusions, Brussels, 2.10.2020 (OR. en) EUCO 13/20 CO EUR 10 CONCL 6, 2 de octubre de 2020.
- European Parliament (2018). Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investment into the European Union, (COM (2017) 0487 – C8-0309/2017 – 2017/0224(COD)), A8-0198/2018, 4 de junio de 2018.
- European Parliament (2020). Report on Competition Policy – Annual Report 2019 (2019/2131(INI)), A9-0022/2020, 25 de febrero de 2020.
- Féas, E. (2021). La estrategia de política comercial de la UE y sus implicaciones para España, ARI 79/2021. Disponible en: <https://bit.ly/3YPTv7f>. [Consulta: 15/12/2024]
- Fiott, D. y Theodosopoulos, V. (2020). Sovereignty over Supply? The EU's Ability to Manage Critical Dependences While Engaging with the World. European Union Institute for Security Studies. Brief 21. Disponible en: <https://bit.ly/4moZgTp>. [Consulta: 15/12/2024]
- Gadocha, P. (2020). Assessing the EU Framework Regulation for the Screening of Foreign Direct Investment – What is the Effect on Chinese Investors? *The Chinese Journal of Global Governance*, 6: pp. 36-70.
- Hindelang, S. y Moberg, A. (2020). The Art of Casting Political Disent in Law: The EU's Framework for the Screening of Foreign Direct Investment. *Common Market Law Review*, 57(5): pp. 1427-1460.
- Jacobs, J. (2019). "Tiptoeing the Line Between National Security and Protectionism: A Comparative Approach to Foreign Direct Screening in the United States and European Union. *International Journal of Legal Information*, 47(2): pp. 105-117.
- Kao, Ch. (2019). The EU's FDI Screening Proposal – Can It Really Work? *European Review*, 28(2): pp. 173-184.
- Koenig, C. (2018). Current Developments in Foreign Direct Investment Control, *CORE*, 3: pp. 221-225.
- Kontak, M. (2021). Evaluation of the EU Screening Mechanism and the Question of Reciprocity with China, *CYELP*, 17: pp. 203-235.
- Leonard, M. y Shapiro, J. (2019). Empowering EU Member States with Strategic Sovereignty, Berlín. European Council on Foreign Relations.
- Maillo, J. (2020). New Screening of Foreign Direct Investment (FDI) in Europe: A First Step Towards a New Paradigm? *SYIL*, 24: pp. 180-209.
- Neergard, A. (2020). The Adoption of the Regulation Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investment into the European Union. En Bourgeois, J.H.J. (editor), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control* (pp. 150-165). Wolters Kluwer.
- Nis Cooperation Group (2019). EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks, Report. Disponible en: <https://bit.ly/43oYYU8>.
- Otto, L. (2020). What Is a Foreign Direct Investment? Understanding Third Country Direct Investments Conceptually and in Practise". En Hindelang, S. y Moberg, A. (editores), *YSEC Yearbook of Socio-Economics Constitutions 2020. A Common European Law on Investment Screening (CELIS)* (pp. 507-587). Springer.
- Parlamento Europeo (2020). Informe sobre la política de competencia: informe anual de 2019, Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios - Ponente: Stéphanie Yon-Courtin (2019/2131(INI)), A9.0022/2020.
- Parlamento Europeo (2021). Informe sobre la política de competencia: Informe anual 2020 (2020/2223(INI)), Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (Ponente: Johan Van Overtveldt), Doc. A9-0168/2021

- Reisman, D. (2020): The EU and FDI: What to Expect from the New Screening Regulation, Institut de recherché stratégique de l'École Militaire (IRSEM). *Research paper*, 104. Disponible en: <https://www.irsem.fr/actualites/research-paper-no-104-2020.html>
- Schill, S. (2019). The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization. *Legal Issues of Economic Integration*, 46(2): pp. 105-128.
- Simon, S. (2020). Investment Screening: The Return of Protectionism? A Political Account. En Hindelang, S. y Moberg, A. (editores), *YSEC Yearbook of Socio-Economics Constitutions 2020. A Common European Law on Investment Screening (CELIS)* (pp. 43-52). Springer.
- Springford, J. (2020). *Should the EU Develop 'European Champions' to Fend off Chinese Competition?*. Centre for European Reform, Insight.
- Sunesen, E. y Hansen, M. (2018). *Screening of FDI towards the EU, Copenhagen*. Danish Business Authority.
- Van der Putten, F. (2018). *The Growing Relevance of Geopolitics for European Business*. Clingendael Netherlands Institute of International Relations.
- Warchol, J. (2021). The Birth of the EU Screening Regulation. En Hindelang, S. y Moberg, A. (editores), *YSEC Yearbook of Socio-Economics Constitutions 2020. A Common European Law on Investment Screening (CELIS)* (pp. 53-75). Springer.
- Witkowska, J. (2020). The European Union's Screening Framework for Foreign Direct Investment: Consequences for External Relations. *Comparative Economic Research. Central and Eastern Europe*, 23(1): pp. 19-36.

Normas citadas

- Recomendación (UE) 2019/534 de la Comisión (26/03/2019) Ciberseguridad de las redes 5G.
- Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo (05/05/2009) Por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso.
- Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo (19/03/2019) Para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.
- Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo (20/05/2021) Por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso.
- Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo (23/06/2022) Sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países.
- Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo (14/12/2022) Sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior.

Jurisprudencia citada

- STJUE, Asunto C-54/99, *Association Eglise de scientologie de Paris y Scientology International Reserves Trust / Premier minister*; 14 de marzo de 2000, ECLI:EU:C:2000:124