

El inversor extranjero y la inversión exterior en el Derecho español

Isabel García Rodríguez

1. Introducción

1.1. La Constitución española y la regulación actual

Para estudiar la regulación de las inversiones exteriores en el ordenamiento español y comprender su situación actual, debemos partir de la transición política en España y luego referirnos a su adhesión a las Comunidades Europeas, ya que han sido estos los dos grandes hitos que han marcado de un modo profundo los cambios legislativos. A partir de 1978 se produjo un cambio importante en España con la entrada en vigor de la Constitución, al configurarse como un Estado con Comunidades Autónomas. Esta circunstancia hizo necesario clasificar el ámbito de competencias en tres categorías: las competencias exclusivas del Estado, las competencias compartidas y las competencias transferidas. Pues bien, todo lo relativo a las inversiones extranjeras o exteriores forma parte del comercio exterior, que es una de las materias económicas reservadas por la Constitución en el artículo 149.1-10.^a, «[...] íntegra y exclusivamente al Estado, por lo cual no cabe que en ella ninguna Comunidad pueda asumir competencias ni siquiera de ejecución»,¹ lo

¹ Con esta claridad se ha manifestado la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 28 de

que elimina los conflictos internos. Ahora bien, esto no significa que las Comunidades Autónomas, en el uso de las atribuciones que el artículo 149.1.13.^a de la Constitución les otorga, respecto al fomento y desarrollo del comercio y de la economía de las Comunidades Autónomas —en el marco de la política económica nacional—, no puedan llevar a cabo actuaciones en este terreno, siempre dentro del respeto al apartado 10 de dicho artículo.² Estas actuaciones de las Comunidades Autónomas, que pueden dirigirse a potenciar los encuentros entre empresarios o a otorgarles ayudas y facilitarles los medios más apropiados para la inversión, son elementos que favorecen el desarrollo de la política exterior, cuya dirección compete al Gobierno,³ pero no la sustituye.

Ahora bien, este marco normativo constitucional no significó grandes cambios en la regulación del tema del que nos ocupamos, mientras que la adhesión de España a las Comunidades Europeas a partir del 1 de enero de 1986 implicó un cambio político-jurídico de bastante trascendencia. Piénsese que dicha adhesión suponía aceptar el acervo jurídico comunitario o, lo que es lo mismo, incorporar todas las normas dictadas por las instituciones comunitarias. Por consiguiente, tras la adhesión a las Comunidades Europeas, España debió adaptar su normativa interna al nuevo proceso de integración económica.⁴ En este sentido, el real decreto legislativo 1265/1986, del 27 de junio, sobre inversiones extranjeras en España,⁵ que promulgó el texto de la Ley de Inversiones Extranjeras y su reglamento,⁶ planteó una nueva situación para las inversiones en el interior del territorio comunitario, pues, aunque con deficiencias, se liberalizaron relativamente la circulación de capitales y el establecimiento de inversores comunitarios en sectores como el juego, la televisión, la radio y el transporte aéreo, entre otros. Que en aquellos momentos la liberalización no fuera total pasó desapercibido, a pesar de la existencia de los principios de libertad de establecimiento y libre circulación de capitales, debido a que el resto de los Estados miembros todavía no habían desarrollado suficientemente sus legislaciones.

A partir de entonces, se han ido produciendo algunas reformas siempre necesarias para mantenerse dentro del sistema de integración económica y política de la hoy Unión Europea. Así, en 1992 se deroga la ley del 86 con la ley 18, del 1 de julio,⁷ en la que se regularon las inversiones con distingo, de forma expresa, entre las relaciones *ad intra* y *ad extra* la Comunidad, pero sin apartarse del contexto de la ley 40/1979, del 10 de

enero de 1982 en su Fundamento Jurídico n.º 13. *Repertorio Tribunal Constitucional* (RTC) 1982/1.

² En este sentido puede verse la STC del 26 de mayo de 1994, RTC 1984/165.

³ El artículo 97 de la Constitución española señala que «El gobierno dirige la política interior y exterior [...]».

⁴ Para un análisis exhaustivo de este proceso puede verse ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. *Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo*. Madrid: Facultad Complutense, 1988, pp. 698-706.

⁵ *Boletín Oficial del Estado* (BOE), 28 de junio de 1986.

⁶ Real decreto 2077/1986, del 25 de septiembre. *BOE*, 7 de octubre de 1986.

⁷ *BOE*, 3 de julio de 1992.

diciembre, sobre el régimen jurídico del control de cambios.⁸ Al ser desarrollada la ley 18/1992, el legislador español aprovechó para dar una regulación separada a las inversiones extranjeras en España y a las españolas en el exterior, al tiempo que dio cumplimiento al mandato comunitario de trasponer la directiva 88/361, del Consejo, del 24 de junio,⁹ y evitar la superposición de competencias entre los distintos departamentos ministeriales sin mucho éxito, pues se siguieron produciendo conflictos de competencias entre el Ministerio de Economía y Hacienda, y otros departamentos.

Los dos decretos que pasaron a regular las inversiones extranjeras fueron el real decreto 671/1992, del 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España, y el real decreto 672/1992, del 2 de julio,¹⁰ sobre inversiones españolas en el exterior. Ambos pasaron a formar parte del régimen administrativo del control de cambios junto con otras normas sectoriales que hacían difícil el conocimiento de la regulación española sobre inversiones, ya que sus reglas se encontraban dispersas entre diversos departamentos ministeriales. A todo esto cabe añadir que la regulación de este sector está controlada, además, por la política comercial común de la Unión Europea,¹¹ lo que significa para algunos que estamos ante una competencia exclusiva a favor de la Comunidad Europea, a no ser que esta disponga

⁸ Véase ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. «La libertad de circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea y la Adhesión de España a las Comunidades Europeas». *Revista de Instituciones Europeas*, 1984, pp. 743-746. La ley 40/1979, de control de cambios, ha sido actualizada por medio de la ley 19/2003, del 4 de julio, de régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE, 5 de julio de 2003), que entró en vigor el 6 de julio de 2003. La ley 19/2003 deroga la ley 40/1979, excepto en lo relativo a su capítulo II, según la redacción de la ley orgánica 10/1983. Ahora bien, hasta que no se desarrollen las disposiciones reglamentarias que se derivan de la ley 19/2003 seguirá en vigor la ley 40/1979.

⁹ Esta directiva fue tácitamente derogada por los artículos 73 B a 73 G del Tratado de la Unión Europea (TUE), hoy artículos 56-60 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), si bien sus anexos relativos a la nomenclatura de los movimientos de capitales —entre los que se incluyen las inversiones directas— siguen manteniendo «valor indicativo» aunque no exhaustivo. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en los asuntos *Sanz de Lera y otros*, C-163/94, C-165/94 y C-250/90, de 14 de diciembre de 1995, en *Rec. (1995-I)*, pp. 4821 y ss., entre otras muchas decisiones. Puede verse con relación a la lista de movimientos de capitales en la Unión Europea el trabajo de GARAU SOBRINO, F. «El libre movimiento de capitales y los pagos en el Tratado de la Unión Europea». *Noticias UE*, n.º 112, 1994, pp. 75-83.

¹⁰ Ambos en BOE, 4 de julio de 1992.

¹¹ Sobre la política comercial común y la regulación anterior a 1999 puede verse FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. «Capítulo IV: Ordenación autónoma del comercio exterior. I. Organización administrativa del comercio exterior» y FERNÁNDEZ, D.P., S. SÁNCHEZ y V. CUARTERO. «Capítulo III. El mercado único europeo». En J. C. Fernández Rojas (ed.). *Derecho del comercio internacional*. Madrid: Eurolex, 1996, pp. 110-137 y 79-110, respectivamente, especialmente las pp. 105-106 y 112-113. Con posterioridad a esa fecha puede verse GONZÁLEZ ALONSO, L. N. «La Política Comercial Común (I) y (II)». Capítulos 29 y 39 de la obra colectiva dirigida por M. Lopez Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares. *Derecho comunitario material*. Madrid: McGraw-Hill, 2000, pp. 9 y 411-438.

otra cosa.¹² Por tanto, como en la política comercial común solo se incluyen los sectores del comercio de mercancías, el comercio de servicios y los aspectos de los derechos de propiedad intelectual más ligados al comercio de mercancías, las inversiones quedan fuera, en principio, de esa competencia exclusiva, lo que permite a los Estados miembros mantener una regulación autónoma.

Los reales decretos recién aprobados estaban condenados a morir pronto, ya que en esa fecha ya se gestaba el Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht en 1992, pero cuya entrada en vigor se demoró hasta noviembre de 1993 por los debates ocasionados, entre otras razones, debido al desarrollo que suponía la puesta en funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria, que implicó algunas innovaciones institucionales. No obstante, los reales decretos de 1992 se mantuvieron en vigor hasta que en 1999 se aprueba el real decreto 664, del 23 de abril, sobre inversiones exteriores,¹³ cuya característica principal —además de su brevedad— es que liberaliza los movimientos de capitales del Tratado de Maastricht,¹⁴ con el único límite de la cláusula de salvaguarda. Convie-

¹² Sobre este aspecto Pérez Vera sostiene que «[...] la jurisprudencia del Tribunal [CEE] introduce matices reconociendo la existencia de una competencia exclusiva a favor de la Comunidad sólo cuando la competencia en cuestión responde a una política común; en los demás supuestos puede existir una competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros»; justifica el primero en el dictamen de 1979 sobre el Acuerdo Internacional sobre el Caucho y el segundo en el dictamen de 1994 sobre la OMC. PÉREZ VERA, E. «El Derecho internacional privado y la Unión Europea». En *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza. Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid: Boletín Especial del Estado y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2003, p. 186.

¹³ BOE, 4 de mayo de 1999. Asimismo, la reglamentación actual tiene en cuenta las previsiones de la ley 18/1992, del 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España que, a su vez, se enmarca en la ley sobre el régimen jurídico de control de cambios (ley 40/1979, del 10 de diciembre). Señalamos, pues, que cuando hablamos de «inversiones exteriores» nos referimos a ambos tipos de inversiones: españolas en el exterior y extranjeras en España. Un estudio de esta reforma y su significado puede verse en LUCAS FERNÁNDEZ, F. «La nueva regulación de las inversiones extranjeras en España». *Noticias UE*, 2000, ts. 187-188, pp. 95-116, *passim*, y GARAU SOBRINO, F. «La nueva regulación española sobre inversiones exteriores. El Real Decreto 664/1999, de 23 de abril». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)*, 2001. t. I, pp. 569-587.

¹⁴ El Tratado de Maastricht supera la amplitud que ya se había reconocido inicialmente en la Directiva del Consejo 88/361/CEE, del 24 de junio, dictada en aplicación del artículo 67.1 del TCEE. Esta Directiva es la que ha permitido, tras treinta años de funcionamiento de la Comunidad Europea, la libre circulación de capitales: FERNÁNDEZ TOMÁS, A. «La libre circulación de capitales ante la Unión Europea». En *Cuestiones Actuales de Derecho Comunitario Europeo*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1993, p. 109. Respecto a la libre circulación de capitales y el control del TJCE respecto de las legislaciones de los Estados miembros en su aplicación intracomunitaria y que afecta a las privatizaciones puede verse el comentario de GARAU SOBRINO, F. «Corporación Bancaria de España, S.A. (Argentaria) y varias de sus filiales». *Gaceta Jurídica CE*, n.º 132, 1998, pp. 7-15, y «La jurisprudencia comunitaria sobre inversiones

ne recordar que el artículo 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) no solo prohíbe las restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos entre Estados miembros, sino también entre estos y terceros países,¹⁵ si bien permite que se establezcan o mantengan los requisitos administrativos.¹⁶ Evidentemente si los Estados miembros no estuvieran facultados para establecer controles, podrían producirse abusos, por lo que sirven para que la Administración tenga algún conocimiento económico y/o estadístico de las operaciones que realizan los extranjeros en su territorio o sus nacionales y residentes en el exterior. Y, lo más importante, para que se puedan adoptar medidas de control sobre las inversiones por razones de orden público, salud y seguridad pública.¹⁷ En general, este control administrativo se realiza con posterioridad al movimiento de capital (la inversión), excepto cuando se trate de inversiones relacionadas con territorios o países que sean considerados paraísos fiscales y cuando estemos ante una actividad que incida en un sector con regulación especial, en cuyo caso, se puede exigir la presentación de una declaración previa a la inversión. La competencia para llevar a cabo este control la tiene el ministro de Economía y Hacienda español. En cualquier caso, el inversor debe tener en cuenta las reglas que establece el real decreto 664/1999, del 23 de abril, sobre inversiones exteriores, así como la obligación de su declaración en el Registro de Inversiones; y, siguiendo los principios que se derivan de su norma marco —la ley 40/1979 de control de cambios (hoy parcialmente derogada por la ley 19/2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior)—, debe respetar las obligaciones que de los tratados internacionales, distintos de los comunitarios, se deriven para España, marco en el que tienen cabida los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI).

Esta nueva regulación ya no toma en cuenta la distinción o clasificación tradicional de las inversiones (clasificadas en inversiones directas o en cartera), ya que lo importante es

en empresas públicas en proceso de privatización. ¿Tarjeta roja a la normativa española?». *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, n.º 220, 2002, pp. 63-74, y su continuación en «La incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa española sobre inversiones en empresas públicas privatizadas. Último acto y telón». *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n.º 225, 2003, pp. 56-68.

¹⁵ Sobre este aspecto puede verse el artículo 60 del TCEE.

¹⁶ En la sentencia del TJCE del asunto *Sanz de Lera y otros* —ya citado en la nota 9—, se otorga efecto directo a esta disposición del tratado y se declara contrario a este el requisito de autorización administrativa previa que se establecía en el entonces vigente real decreto 1816/1991, del 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior. Otro precedente de esta incompatibilidad con la directiva 88/361/CEE fue el asunto *Bordessa y otros*, C-358/93 y C-416/93 en *Rec.*, 1995-I, pp. 361 y ss. Con el fin de procurar que las legislaciones no vulneren esta condición, el TJCE sigue pronunciándose a este respecto en bastantes decisiones a título prejudicial.

¹⁷ Siempre dentro de una aplicación respetuosa y que atienda al criterio de proporcionalidad, y con la salvaguarda del orden público y el interés general, que no se dieron respecto a Tabacalera, Argentaria, Repsol, Endesa y Telefónica. Sentencia del TJCE del 13 de mayo de 2003, asunto C-463/00, *Comisión v. España*, en la página web de la Unión Europea: <<http://www.curia.eu.int/juris>>.

que la operación comercial sea calificada como inversión exterior para su declaración en el Registro de Inversiones, pues se detecta solo por medio de la declaración *ex post*. Y tampoco se distingue entre el inversor comunitario y el de un tercer Estado, «[...] sin perjuicio de los regímenes especiales que afecten a las inversiones extranjeras en España establecidos en legislaciones sectoriales específicas»,¹⁸ pues lo importante es su liberalización,¹⁹ y sin menoscabo de aquellas restricciones previstas por el TCEE.²⁰

1.2. La protección de las inversiones exteriores

A pesar de la liberalización de los movimientos de capitales, los inversores deben cumplir los requisitos y condiciones tanto de la legislación del Estado de origen como la del Estado de destino de la inversión, al menos para efectos administrativos y estadísticos. Pues bien, en este contexto, y toda vez que la actuación del inversor es un elemento de la política exterior comercial del Estado²¹ —y que esta es la razón por la que debe cumplir con la legislación de su país de origen—, también es posible que dicho país tenga la obligación de procurarle protección o ayuda en el supuesto de que surja algún problema o conflicto en la inversión. Asimismo, es posible que el inversor español pueda obtener o recibir alguna ayuda de carácter económico o institucional cuando pretenda invertir en el extranjero. En el ordenamiento jurídico español existen algunas ventajas para las personas físicas o jurídicas que quieren invertir en el extranjero —no para el extranjero que invierte en España—. Por ello, es importante determinar quién es inversor extranjero.²²

¹⁸ Artículo 1.2 del real decreto 664/1992, del 23 de abril, sobre régimen jurídico de las inversiones exteriores. Esto supone tener que atender a las respectivas legislaciones específicas como es la relativa a las telecomunicaciones (ley 31/1987, del 18 de diciembre), zonas e instalaciones de interés y defensa nacional (ley 8/1975, del 12 de marzo).

¹⁹ En la STS del 3 de enero de 1991 (RJ 1991/105) se reconoce que la legislación española sobre control de cambios e inversiones extranjeras es singular y excepcional en atención a las circunstancias sociales, económicas y políticas de carácter coyuntural, y que ha evolucionado hacia criterios de «gran permisividad en la concesión de las correspondientes autorizaciones administrativas».

²⁰ Nos referimos a las posibles restricciones a la libre circulación de capitales que el artículo 57 del TCEE dispone, y que se refiere a las existentes el 31 de diciembre de 1993 que afecten a inversiones directas o las que se aprueben por mayoría cualificada en el Consejo, a propuesta de la Comisión. Respecto de las excepciones a los movimientos de capital previstos en el TCEE respecto de las relaciones de los Estados miembros con terceros Estados puede verse la colaboración de HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. «La libre circulación de capitales». En M. López Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares. Ob. cit., pp. 150-153.

²¹ La política exterior del Estado, en la actualidad, se dirige sobre todo a los aspectos comerciales. Baste señalar que cada vez son más frecuentes los viajes oficiales que realizan los presidentes de Gobierno, jefes de Estado o ministros en compañía de empresarios o representantes de empresas de su propio país, e incluso la organización de eventos (cenas, almuerzos y recepciones) con los empresarios extranjeros durante su estancia en dicho país.

²² Véase GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La Protección de las Inversiones Exteriores. (Los Acuerdos bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*.

Estas ventajas pueden tener un carácter económico o político.²³ Entre las primeras pueden citarse, sin ánimo exhaustivo, el Fondo para Inversiones en el Exterior y el Fondo para Operaciones de Inversión en el Exterior de la Pequeña y Mediana Empresa, creados por real decreto 2815/1998, del 23 de diciembre.²⁴ Existe también la posibilidad de que el inversor español suscriba una póliza de seguro sobre su inversión con la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE). Ahora bien, solo los inversores en el exterior (personas físicas o jurídicas) que tengan la nacionalidad española tienen derecho a recibir o reclamar las ayudas de los fondos citados, los créditos blandos para las inversiones y suscribir un seguro de la CESCE.²⁵ Por tanto, la nacionalidad española del inversor es la condición necesaria para acceder a los instrumentos de apoyo a las inversiones directas españolas en el exterior —organizadas por el Ministerio de Economía por medio de la Dirección General de Comercio e Inversiones—, entre los que se incluyen los convenios internacionales.²⁶

Valencia: Tirant lo Blanch, 2004 (en prensa). Véase la relación de los apoyos a la inversión española en el extranjero en el anexo 5.

²³ En general, sobre los distintos tipos de riesgos puede verse HERNÁNDEZ MUÑOZ, Lázaro. *Los riesgos y su cobertura en el comercio internacional*, Madrid: Fundación Confemetal, 2003, pp. 85-86 y 140-145. Aquí se distingue entre riesgos comerciales y riesgos políticos. Los primeros son todos aquellos eventos relacionados con la posibilidad de incumplimiento —por parte de personas físicas o jurídicas privadas— de cualquier clase de obligación contractual o financiera: resolución de contrato, de insolvencia y de rechazo de la mercancía. Dentro de los riesgos políticos se incluyen los extraordinarios y los riesgo país. Son riesgos políticos los hechos que producen un quebranto económico para el inversor que, proviniendo de actos, leyes y demás medidas —expresas o tácitas— adoptadas por el Estado receptor dan lugar a que el inversor incumpla el contrato. Riesgos extraordinarios y catastróficos son las contingencias (no políticas) ajenas a la voluntad de las partes que impiden el cumplimiento o desarrollo del contrato. Se incluye una relación de estos riesgos en el artículo 4 del decreto 3138/1971, de 22 de diciembre (*BOE*, 23 de diciembre de 1971). En cuanto al riesgo país, no es una modalidad de riesgo sino un conjunto de factores, distintos de los hechos considerados como riesgos comerciales —que sirven para establecer el grado de confianza y solvencia que merece el país—; atiende sobre todo a aspectos relacionados con las condiciones de estabilidad en lo político, lo financiero y lo jurídico. Véase también la circular del Banco de España 4/1991, del 14 de junio de 1991 (*BOE*, 27 de junio de 1991) y 9/1999, del 17 de diciembre de 1999 (*BOE*, 23 de diciembre de 1999).

²⁴ Este real decreto se aprobó para la constitución de tres fondos especializados que se encargarán de fomentar la inversión española en el exterior dentro del programa de Gobierno de Internacionalización de la Empresa Española, aprobado en el 2000.

²⁵ Es la Agencia Estatal del Seguro de Crédito a la Exportación, que se creó en 1970. La orden ministerial, del 22 de enero de 2003, describe los riesgos que el CESCE puede cubrir por cuenta del Estado (orden ECO/180/2003, publicada en *BOE*, 7 de febrero de 2003). La cobertura tiene una duración mínima de cinco años (excepcionalmente, tres años), ampliable año por año hasta un máximo de veinte. No tiene límites en cuanto al importe asegurado, aunque la cobertura ronde solo el 99 por ciento.

²⁶ Estas acciones se concretan en instrumentos financieros de apoyo, instrumentos de apoyo en garantías, instrumentos fiscales de apoyo y otros instrumentos de carácter internacional como los acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones. Véase, GARCÍA RODRÍGUEZ, I. Ob. cit., anexo 5.

Y, desde la perspectiva del derecho internacional, interesa destacar que el inversor español en el extranjero también puede reclamar protección del Estado español ante determinadas situaciones, exactamente igual que lo puede hacer cualquier ciudadano español que no sea inversor.²⁷ Y si, además, la Administración española se dedica a potenciar y promover la inversión española en el exterior, será lógico que también tome sobre sí ciertas responsabilidades por ello, ya que la actividad del inversor español en el extranjero escapa del ordenamiento jurídico propio para introducirse en el ámbito de aplicación de un ordenamiento extranjero: el del Estado receptor de la inversión. El elemento común del Estado de origen y del Estado receptor es el derecho internacional, al que ambos se encuentran sometidos, y que constituye el nexo de unión para la protección del ciudadano y del inversor.²⁸ Es decir, aunque nos movemos en el plano del derecho internacional, en el que la titularidad de las relaciones la tienen los Estados y no los particulares, el derecho español permite que los particulares (personas físicas o jurídicas) ejerzan una serie de derechos frente a la Administración en los casos en que sufran un daño en sus bienes o sus derechos, si este tuviera su causa en el funcionamiento —normal o anormal— de los servicios públicos.²⁹

Ese nexo que es el derecho internacional para el inversor extranjero se convierte, en definitiva, en la clave para su seguridad jurídica y para la protección de su persona y de sus bienes por medio del ejercicio de la protección diplomática y de la celebración de acuerdos internacionales por los que los Estados se comprometen a mantener un cierto

²⁷ Esta protección se recoge en el artículo 1 c del real decreto 1473/2000, del 4 de agosto, sobre la estructura básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, en el que se dice que a dicho ministerio compete, según las directrices dadas por el Gobierno y atendiendo al principio de unidad de la acción exterior, la defensa de «[...] los intereses y llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección de los ciudadanos españoles en el exterior». Además, el artículo 38 de la CE dice que «*Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio [el de libertad de empresa] y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*» (el destacado es nuestro). Asimismo, al tiempo que se reconoce el derecho a la propiedad privada, en el artículo 33.3, la CE prevé que «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos» a no ser que exista causa justificada, y siempre que se sea indemnizado. Así, del contenido de estos artículos y del 106.2 de la CE se llega a la conclusión de que el Estado tiene la obligación de proteger al inversor español en el exterior y, llegado el caso, indemnizarlo por «[...] toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

²⁸ Nos referimos a la protección diplomática. Véase sobre este aspecto GARCÍA RODRÍGUEZ, I. Ob. cit., capítulo 3.2.

²⁹ En este sentido, cabe relacionar el artículo 106.2 de la CE con el artículo 33.3. El primero dice: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Por su parte, el artículo 33.3 señala: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

nivel de protección. Es decir, el derecho internacional público servirá para determinar los instrumentos jurídicos de que dispone el Estado para proteger a sus nacionales en el exterior frente a medidas que pudieran lesionar sus intereses o sus derechos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional exige el cumplimiento de unos requisitos para que la protección diplomática pueda tener lugar. Así, partiendo de la base de que la protección diplomática es un derecho del Estado, no del individuo, y de que es potestativa,³⁰ para que tenga lugar se necesita cumplir dos condiciones: que exista una relación entre el particular y el Estado que reclama la protección —que consiste en que tenga la nacionalidad del Estado reclamante—, y que el particular hubiera agotado los recursos administrativos y judiciales que le ofrece el ordenamiento jurídico del Estado al que se reclama y, por tanto, al que se le imputa el daño sufrido por el individuo. Junto con estas condiciones clásicas, y sobre las que no existen dudas, ha surgido un requisito adicional que consiste en que el individuo ha debido de actuar correctamente.³¹ Por ello, debemos analizar tanto la condición de *inversor* español en el exterior (por medio del estudio de los ámbitos de aplicación personal y material) como la de agotamiento de los recursos internos (por medio del análisis de la competencia judicial y de la ley aplicable a las inversiones).

2. El concepto de inversor

2.1. Nacionalidad frente a residencia de las personas físicas

La distinción entre inversor nacional y extranjero suele venir determinada por la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas en su condición de sujetos inversores. En general, la consideración de inversionista de un Estado se define a partir del vínculo de la nacionalidad, tanto para personas físicas como jurídicas, que invierten en otro Estado. De ahí que, en un principio, la legislación española atribuyera la condición de inversor extranjero a los que no tuvieran la nacionalidad española e invirtieran en España. Pero a partir del decreto 622/1981, del 27 de marzo, que se ocupó de la descentralización de competencias, así como de la racionalización y la adaptación de las inversiones extranjeras a la ley 40/1979, del 10 de diciembre, sobre el régimen jurídico de control de cambios, se simplificó el concepto de inversión extranjera a la realizada por los no residentes, y se dejó el

³⁰ Se trata de una actividad discrecional del Estado hasta el punto de que una vez iniciada no está obligado a continuar con ella y, recibida una satisfacción económica, está facultado para distribuir dicha reparación según lo considere más oportuno: Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA. *Curso de Derecho Internacional Público*. 2.^a ed. revisada. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 385-386.

³¹ Se trata de la doctrina de las *clean hands* o manos limpias. Debemos señalar que en el caso de las inversiones extranjeras, el requisito de las manos limpias reside en que el inversor no hubiera observado una conducta impropia, en el sentido de actuar vulnerando el derecho interno del Estado receptor o vulnerando el propio derecho internacional.

criterio de la nacionalidad para los casos excepcionales. Este cambio de criterio se generaliza y consolida en el artículo 2.1 del real decreto 664/1999, que señala como sujetos o titulares de inversiones extranjeras en España a las personas físicas no residentes en territorio español, independientemente de su nacionalidad,³² mientras que son inversores españoles en el exterior «los españoles o extranjeros con domicilio o residencia principal en España» (artículo 5).

Es decir, el criterio determinante para señalar al inversor extranjero en el foro (o viceversa) no es la nacionalidad del sujeto sino su «residencia principal» o su «domicilio».³³ De tal modo que un español con domicilio o residencia principal en Perú será considerado como inversor extranjero en España, mientras que si su capital lo invierte en Perú no se le calificará de inversor español en el extranjero. Ni siquiera cuando su inversión se dirija a un tercer país como, por ejemplo, Gambia. Esto podría plantear algunas dificultades si el criterio del ordenamiento jurídico peruano fuera el de la nacionalidad, como parece desprenderse de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada,³⁴ pues entonces dicho inversor sería considerado extranjero por la administración peruana, pero no sería inversor español en el extranjero.

En el artículo 2.2 del real decreto 664/1999, existe la presunción —salvo prueba en contrario— de que las personas físicas de nacionalidad española tienen su residencia en España, por lo que, en principio y por principio, todo nacional español reside en territorio español, y quien pretenda lo contrario deberá demostrarlo. No obstante, como consecuencia de la derogación parcial de la ley 40/1979 de control de cambios por la ley 19/2003 sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior (LRJMC), el contenido de la residencia «permanente» en España a que se refiere el real decreto 664/1999, del 23 de abril, ya no se configura con relación a las normas de extranjería sino con relación a la regulación fiscal. Desde la ley 19/2003, LRJMC, se considera «residentes» para los efectos de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior a los que tengan residencia «habitual» en España, y se incluye a los diplomáticos españoles acreditados en el extranjero y a las

³² Se añade en el artículo citado que se entiende por «tales los españoles o extranjeros, domiciliados en el extranjero o que tengan allí su residencia principal».

³³ En este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) del 14 de octubre de 1998 (*RJ* 1998/7225), 25 de agosto de 1998 (*RJ* 1998/6586) y 7 de julio de 1995 (*RJ* 1995/5573).

³⁴ La ley marco citada, aprobada por decreto supremo 162-92-EF, que se refiere a su vez a los decretos legislativos 662 y 757 —Ley de Promoción de la Inversión Extranjera y Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada—, señala en su artículo 1 que son inversionistas «las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, titulares de cualquier tipo de inversiones en el país [...]», mientras que el artículo 14 se remite al artículo 1 para la definición de «inversiones provenientes del exterior». De estos dos artículos podríamos interpretar que las inversiones extranjeras son las realizadas por los ciudadanos extranjeros.

personas que trabajen en las embajadas o consulados españoles en el extranjero, o en organizaciones internacionales sitas en el extranjero.³⁵

La ley 19/2003, LRJMC, dispone que la residencia se entenderá conforme a la legislación fiscal española, y se dejan los medios de prueba para un desarrollo posterior en virtud del artículo 2.3 de dicha ley. En este sentido, y respecto a las personas físicas, la Ley General Tributaria (LGT) establece el criterio de la «habitualidad» de la residencia considerando que debe tratarse de una residencia «efectiva». Pues bien, el artículo 46 de la LGT dispone que, si una persona reside en el extranjero más de seis meses cada año natural, debe designar un representante en España para efectos fiscales. En rigor, se entiende por domicilio fiscal de las personas físicas la residencia habitual permanente en territorio español durante más de seis meses en un mismo año natural. Para estos efectos no se computan las ausencias cuando se pueda deducir que no hay voluntad de ausentarse definitivamente. Por otro lado, el artículo 9 de la Ley de la Renta de las Personas Físicas (LRPF) considera que se tiene la residencia habitual en territorio español en las siguientes circunstancias: a) cuando se tenga una residencia de más de 183 días en territorio español, sin computarse las ausencias esporádicas y de las que no se deduzca la intención de residir en otro país (puede, para tales efectos, acreditarse documentalmente la residencia fiscal en otro Estado, para con ello justificar que no se tiene residencia fiscal en España); y b) que radique en territorio español el núcleo central de sus intereses o la base de sus actividades o intereses económicos de forma directa o indirecta. Se presume, según la LRPF, que se tiene la residencia habitual en territorio español cuando el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores tengan su residencia habitual en España.

Por otro lado, es evidente que nos podemos encontrar con un problema de conflicto móvil cuando se produzca el cambio o el traslado de residencia de las personas físicas. Pues bien, para el real decreto 664/1999, sobre inversiones exteriores, cualquier cambio de domicilio o residencia significa automáticamente el cambio de la calificación de la inversión como española en el exterior o extranjera en España.³⁶ Por ello, es muy importante la prueba tanto de la condición de residente como de la de no residente, que según el artículo 1.4 del real decreto 664/1999 se acreditarán conforme a lo dispuesto en dicho decreto sobre transacciones económicas en el exterior.³⁷

³⁵ Véase artículo 2.1 de la ley 19/2003, LRJMC. Con anterioridad, el concepto de residente —diferente de los de derecho civil, administrativo y fiscal— tenía connotaciones propias y tomadas del derecho de extranjería. En este sentido, véase BATLLE, G. «La libre circulación de medios de pago. Los principios básicos del Régimen Español de Control de Cambios». *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 12, 1994, pp. 39-40 y 41-42.

³⁶ El artículo 12 dice que «El cambio de domicilio social de personas jurídicas o el traslado de residencia de personas físicas determinarán el cambio en la calificación de una inversión como española en el exterior o extranjera en España. El procedimiento de declaración de las inversiones derivadas del cambio de domicilio o residencia se establecerá en las normas de desarrollo del presente Real Decreto».

³⁷ *BOE*, 27 de diciembre de 1991. También en este caso hay que tener en cuenta el contenido de la

2.2. La prueba de la no residencia en España

La prueba de la residencia prevista en el real decreto sobre transacciones económicas en el exterior requiere que los nacionales extranjeros estén provistos de la tarjeta o carné individual de autorización de residencia emitido por la autoridad competente, es decir, por el Ministerio del Interior.³⁸ También se permite cualquier otro documento público en el que conste la autorización de residencia dictada por dicho ministerio. Es importante tener en cuenta que la condición de residente en España se tiene en tanto la tarjeta de extranjero esté en vigor y no se haya devuelto, por lo que es indiferente si en realidad el extranjero reside o no en España.³⁹ Esta circunstancia ya se había considerado por la Dirección General de los Magistrados y del Notariado del Ministerio de Justicia (DGRN) en la resolución del 22 de octubre de 1985,⁴⁰ respecto a una decisión del registrador mercantil de suspender la inscripción de la aportación dineraria a una sociedad porque no se había acreditado la vigencia de las tarjetas de residencia de los socios extranjeros que intervenían. La DGRN estimó que la condición de residente se acredita con la tarjeta de residencia, cuya duración habitual es de dos años, aunque puede expedirse por más o menos tiempo, y que no basta que el notario señale en la escritura la fecha de expedición, sino que es necesario que haga constar o reseñe de algún modo «[...] que dichas tarjetas se encuentran en vigor, lo que normalmente sucederá por lo que resulte de las mismas, cuando las tenga a la vista».

66

Para probar la condición de no residente (para los efectos de las inversiones extranjeras en España), los nacionales españoles deben aportar certificación de la autoridad consular española del lugar de su residencia —expedida con dos meses de antelación a la fecha en que se inicia la inversión— en la que se acredite que se encuentra inscrito en el registro de Matrícula del Consulado o Sección Consular de la embajada correspondiente. Si se tratara de personal diplomático español acreditado en el extranjero o de personas que presten sus servicios en embajadas y consulados españoles o en organizaciones internacionales, dicha condición de no residente se justificará con la presentación del

ley 19/2003, del 4 julio, sobre el régimen jurídico de los movimientos de capitales y de transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE, 5 de julio de 2003).

³⁸ La denominada «tarjeta de extranjero» está regulada por la orden del 7 de febrero de 1997 y por la orden del 19 de noviembre de 1997.

³⁹ El artículo 2.3 a, segundo párrafo del real decreto 1816/1991, de transacciones económicas en el exterior, dispone que «Nada obstará a la condición de residente de la persona física extranjera [...] mientras dura su autorización de residencia, el que tenga además su domicilio en el extranjero. En tal caso se entenderá que tiene su residencia principal en España, salvo que hubiera hecho devolución del carné o tarjeta de autorización de residencia».

⁴⁰ RJ 1985/5272. Véase también GARCÍA RODRÍGUEZ, I. «Las resoluciones de la DGRN y las inversiones exteriores». En J. C. Fernández (dir.). *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*. Madrid: s. e., 2003, pp. 609-615.

pasaporte diplomático o la certificación del jefe de la misión, cónsul o autoridad competente de la organización para la que preste sus servicios.⁴¹

Los extranjeros, en principio, acreditan su no residencia en España con una certificación negativa de residencia expedida por el Ministerio del Interior dos meses antes de realizar la inversión, tal y como se prevé en el artículo 2.4 b del real decreto 1816/1991.⁴² Los diplomáticos extranjeros acreditados en España y el personal extranjero que trabaje en los consulados y embajadas extranjeras o en organizaciones internacionales con sede en España acreditarán su no residencia con la tarjeta de identidad que les debe otorgar el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Lo que se debe probar es la *no residencia en España* y no la residencia en un país extranjero, incluso aunque se trate de saber si dicha residencia se encuentra en un paraíso fiscal. En el asunto que dio origen a la resolución de la DGRN, del 14 de octubre de 1998,⁴³ un nacional de Bahrein vendió una finca sita en Marbella a un matrimonio británico en noviembre de 1993, y el registrador suspendió la inscripción por no constarle el domicilio del comprador. Por consiguiente, exigió copia del pasaporte en el que constara tanto el lugar de expedición como el domicilio del titular, tras señalar que era imprescindible su conocimiento, ya que podían ser residentes en Gibraltar, en cuyo caso, al tratarse de un paraíso fiscal en el sentido del real decreto 1080/1991,⁴⁴ del 5 de julio, procedería «[...] exigir la presentación de la verificación de la inversión por la Dirección General de Transacciones Exteriores para dar cumplimiento a lo ordenado en el citado artículo 13.3 del real decreto 671/1992, del 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España». A esta cuestión resolvió la DGRN diciendo que «En materia de residencia, la única exigencia supuesta por la legislación de inversiones extranjeras es la demostración de la no residencia en España de los que alegan tales circunstancias y no de la residencia en un Estado concreto».

Todo ello independientemente de que en virtud de las reglas notariales y registrales deba hacerse constar el domicilio de las partes, requisito que no se cumple consignando solo el *domicilio accidental*. En ocasiones, la designación de un *domicilio accidental* plantea algunas dificultades si en el momento de formalización de la escritura se señala dicho

⁴¹ Artículo 2.4 a y e del real decreto 1816/1991, de transacciones económicas en el exterior.

⁴² Los inconvenientes y la demora de este procedimiento de certificación negativa, así como la libre transferencia de capitales generalizada con el real decreto 1816/1991, llevaron a la Dirección General de Transacciones Exteriores a dictar una resolución, de 26 de octubre de 1992 (RCL 1992/2340), que modificó la instrucción de 6 de julio de 1992, con el objeto de dispensar de la certificación negativa a las personas físicas para que puedan formalizar las inversiones por razones de urgencia, siempre que manifiesten su condición de no residentes y acrediten con documentos su condición de extranjeros. En este sentido, puede verse la resolución de la DGRN de 7 de julio de 1995 en R/J 1995/5573.

⁴³ R/J 1998/7225.

⁴⁴ Este real decreto enumera los países y territorios considerados paraísos fiscales, cuya relación puede verse en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La protección de las inversiones exteriores...*, anexo 6.

domicilio y en el de la inscripción registral se comunica otro distinto. Si en la escritura o en el contrato se admite incluso que no se señale domicilio por razones de urgencia, no sucede lo mismo respecto de la inscripción. Por lo que conviene matizar, como se hace en las resoluciones de la DGRN del 18 de enero de 1995 y del 25 de agosto de 1998,⁴⁵ que «[...] es posible que un no residente tenga una “residencia secundaria” en España», aunque las características del domicilio del artículo 40 del Código Civil español exijan habitualidad y permanencia, y estas no se den en el domicilio o residencia *accidental*. Por otro lado, la necesidad de hacer constar en las inscripciones el domicilio de los otorgantes, aunque conduzcan a la anotación del domicilio *accidental* para no dejar sin cumplimentar la inscripción, no lo convierten en domicilio o residencia habitual, por lo que no debería anotarse como tal, sobre todo si tenemos en cuenta que de dicha información —o de tal circunstancia— se puede derivar si nos encontramos ante una inversión procedente de un paraíso fiscal.⁴⁶

2.3. Algunos efectos del criterio de la residencia en el orden internacional

El cambio de criterio de la legislación española para determinar quién es un inversor español en el exterior, así como la exigencia del requisito de la nacionalidad española para obtener o recibir ciertas ayudas para la inversión, complican bastante la definición de quiénes pueden acceder tanto a los apoyos financieros y de aseguramiento, como a la protección diplomática. Una posible situación que surge de la contradicción normativa y reglamentaria es la del español residente en el extranjero que quiere invertir en un Estado distinto de España, incluido el del lugar de su residencia. A nuestro entender, dicha persona podrá recibir ayuda financiera o técnica por parte de la Administración española, así como protección diplomática por ser nacional español, aunque para el real decreto 664/1999 no sea considerado inversor español en el exterior por no tener su residencia habitual en territorio español.

En otro caso podemos estar ante un español residente en el extranjero que quiere invertir en España, y que por el hecho de ser ciudadano español puede recibir las ayudas técnicas y financieras, pero lógicamente no tendrá acceso a la protección diplomática por ser español y coincidir su inversión en el Estado de su nacionalidad, a pesar de que el real decreto 664/1999 lo califique como inversor extranjero. La duda en este caso es si, al ser considerado inversor extranjero por el real decreto 664/1999, pudiese beneficiarse de un posible APPRI celebrado entre España y el Estado de su residencia habitual, llegando incluso a las instancias del arbitraje mixto con exclusión del CIADI, cuyo convenio no permite esta posibilidad.

También podemos suponer el caso de un extranjero, con residencia habitual en territorio español, que quiere invertir en España y que no recibirá ninguna ayuda técnica

⁴⁵ *RJ* 1995/189 y *RJ* 1998/6586, respectivamente.

⁴⁶ En este sentido, Res. 14-10-98, *RAJ* 1998/7225.

o financiera de los fondos o instrumentos de apoyo a las inversiones por no ser ciudadano español, pero que podrá recibir la protección diplomática del Estado de su nacionalidad a pesar de que para la legislación española no se trate de un inversor extranjero.

Y, por último, el caso de un extranjero, con residencia habitual en España, que quiere invertir en el extranjero y que, a pesar de ser considerado inversor español en el exterior, no podrá recibir ninguna de las ayudas citadas ni la protección diplomática de las autoridades españolas, ya que por ser nacional de otro país solo este Estado tiene legitimación para ello, siempre y cuando la inversión la realice en un territorio distinto del suyo.

En todos estos casos, de existir un APPRI entre España y el Estado de la nacionalidad del inversor extranjero o del Estado de destino de la inversión, se considerará lo dispuesto en dicho convenio bilateral.

La verdad es que la elaboración de estas normas internas e internacionales por técnicos comerciales del Estado o por los técnicos de la Administración sin conocimientos de Derecho Internacional Público o de Derecho Internacional Privado conduce a situaciones como las descritas, en las que no tiene ningún sentido calificar como «inversiones españolas en el exterior» las que realice cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, siempre que tenga su «domicilio o residencia principal en España», porque no podrán protegerse todas las inversiones españolas en el exterior sino, solo y exclusivamente, aquellas en las que el inversor «domiciliado» o «residente» tenga también la nacionalidad española, excepto que cambiemos el sentido de la protección diplomática para estos efectos y consideremos que el hecho del «domicilio» o «residencia principal» en territorio español en materia de inversiones en el exterior constituye un *plus* que atribuye cierta condición de *nacionalidad* distinta del vínculo jurídico-político tradicional, pero constitutiva de un vínculo económico-político digno de protección. Todo lo relativo a la *nacionalidad* entra dentro de la soberanía nacional, y son los legisladores estatales los únicos competentes para decidir quién es un nacional suyo. Igualmente podría predicarse respecto de la consideración de inversor propio, aunque esto pudiera plantear conflictos al estimarse a un mismo inversor como inversor español e inversor de otro Estado simultáneamente. Y no parece razonable que el requisito de la nacionalidad para ejercer la protección diplomática pudiera desplazarse hacia la residencia principal, excepto desde un concepto más amplio como el de ciudadanía de la Unión Europea.

2.4. El inversor persona jurídica y el criterio del domicilio

En la regulación de las personas jurídicas observamos una estructura similar a la que hemos visto para las personas físicas, y el artículo 2.1 b del real decreto 664/1999, sobre inversiones, sostiene que son inversores extranjeros en España «Las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero así como las entidades públicas de soberanía extranjera». Y en cuanto a las inversiones españolas en el exterior, el artículo 5 b incluye como titulares

a las «personas jurídicas domiciliadas en España».⁴⁷ Una de las novedades de este artículo regulador del ámbito personal es la inclusión de «entidades públicas de soberanía extranjera». Con la anterior regulación de 1992, las personas jurídicas públicas podían realizar inversiones pero siempre que contaran con autorización administrativa. En la actualidad, la inclusión de las «entidades públicas de soberanía extranjera» debe interpretarse a la luz del artículo 48 del TCEE, tal y como quedó redactado tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam, en cuyo párrafo segundo se dice: «Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de derecho público o privado con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».⁴⁸

Por lo que se refiere a los establecimientos y sucursales de personas jurídicas extranjeras en territorio español, la residencia se acredita con cualquier documento público en el que consten los datos de su constitución de acuerdo con la legislación española o certificado de su inscripción en el Registro Mercantil.⁴⁹ Se presume que tienen residencia en España, según el artículo 2.3 c del real decreto 1816/1991, las personas jurídicas domiciliadas en España. Por su parte, las personas jurídicas extranjeras o domiciliadas en el extranjero pueden probar su no residencia en España con cualquier documento fehaciente que acredite

⁴⁷ Hay que tener en cuenta que el artículo 7.1 del reglamento 2157/2001, de 8 de octubre, de Sociedad Anónima Europea (SAE) (*Diario Oficial* n.º L-294, 10-11-01), en vigor desde el 8 de octubre de 2004, dispone que la sociedad europea debe estar domiciliada en el Estado miembro donde tenga su administración central, esto es, el centro de sus intereses principales y, en definitiva, donde se centralizan sus actividades. En otras palabras, la SAE, con administración central en territorio español, será considerada española para los efectos del real decreto 664/1999, y solo cuando traslade su domicilio y su administración central a otro Estado miembro dejará de ser considerada como inversor español. Sobre el R. 2157/2001 puede verse el análisis de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. «El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura». *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n.º 217, 2002, pp. 7-37, especialmente pp. 15-19; POCAR, E. «Le Statut de la Société Européenne: une Étape Importante dans L'évolution du Droit Communautaire». *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIX, 2002-2003, pp. 585-594; y MALATESTA, A. «Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea». *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIX, 2002-2003, pp. 613-625. La SE es una vía para que sociedades de otros Estados miembros puedan ser considerados inversores españoles sin necesidad de disolverse previamente y constituirse como una sociedad española. En estos casos, pensamos que la posible protección diplomática podría ejercerse por el Estado miembro del domicilio, con lo que se extendería —si el proceso de integración avanzara lo suficiente— la figura de la «ciudadanía» —o alguna similar— a las personas jurídicas.

⁴⁸ Este artículo debe ponerse, a su vez, en relación con el artículo 86 del TCE, según el cual los Estados miembros no pueden adoptar ni mantener, respecto de las empresas públicas, medidas discriminatorias «por razón de la nacionalidad» (artículo 12 TCE). En otras palabras, en el ámbito comunitario, las personas jurídicas se equiparan plenamente a las personas físicas.

⁴⁹ Artículo 2.3 b del real decreto 1816/1991.

su naturaleza y domicilio.⁵⁰ Si se trata de personas jurídicas españolas o físicas residentes en España, que tengan una sucursal o un establecimiento en el extranjero, acreditarán su no residencia en España «[...] mediante certificación del Cónsul español correspondiente de que se hallan constituidas en el país de que se trate».⁵¹

Además de la residencia, domicilio o sede social de las personas jurídicas, a veces es importante conocer la nacionalidad de los socios con el fin de saber en manos de quién se encuentra el control de dicha sociedad. Para esto, en la resolución de la DGRN, del 7 de diciembre de 1989,⁵² se aceptó el DNI como documento suficiente para acreditar la nacionalidad española sin que notarios o registradores puedan solicitar documentos adicionales.

El real decreto 664/1999, de régimen jurídico de las inversiones exteriores, plantea más problemas de los que resuelve, porque al objetivo general de liberalizar los movimientos de capitales se añade la finalidad de establecer los medios de promoción y seguimiento de las inversiones exteriores. Además, los problemas surgen porque se trata de una norma de carácter administrativo que soslaya algunos principios de derecho internacional público y, al basar su regulación en la distinción entre «residente» y «no residente» —en el caso de las personas físicas—, y entre «domicilio» y «no domicilio» —en el caso de las personas jurídicas—, se incluyen en el concepto de «inversión española» algunas que, estrictamente, no pueden considerarse como tales.

Ahora bien, si lo que acabamos de decir es muy evidente respecto a las personas físicas, no lo es tanto para las personas jurídicas, ya que en el orden internacional se sigue tanto el criterio de la constitución como el del domicilio.⁵³ Es bien sabido que los criterios para la atribución de la nacionalidad de las personas jurídicas difieren de un Estado a otro e, incluso, dentro de un mismo ordenamiento jurídico se utilizan criterios diferentes en función

⁵⁰ En virtud del artículo 17 del Reglamento del Registro Mercantil, no pueden inscribirse en el registro español las sociedades constituidas en el extranjero aunque tengan su domicilio en España, excepto si se trata de sucursales. Es decir, las sucursales de las personas jurídicas extranjeras sí pueden acceder al registro español en virtud de los artículos 81.1 y 300 del reglamento citado. Ahora bien, no se produce directamente la inscripción de la sociedad extranjera, y es con la inscripción de la sucursal como se accede a la existencia de aquella.

⁵¹ Artículo 2.4 d del real decreto 1816/1991. Para efectos de la función registral, véase el trabajo de ARENAS GARCÍA, R. «La función del Registro Mercantil en el Derecho internacional de sociedades». En *AEDIPr*, 2002, t.º II, pp. 47-79, en especial pp. 58 y ss., en las que especifica que la inscripción en un registro concreto se realiza en atención al domicilio fijado en los estatutos de la sociedad. Por tanto, las sociedades españolas constituidas conforme a la legislación española que deben tener su domicilio en España tienen la obligación de registrarse en el Registro Mercantil español. También puede verse el trabajo de SANCHO DÁVILA, D. «El traslado del domicilio social a España en el Registro Mercantil». En *AEDIPr*, 2000, t.º 0, pp. 465-483.

⁵² *RJ* 1989/8882.

⁵³ Recordemos el asunto de la Barcelona Traction, planteado ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, cuya sentencia, de 5 de febrero de 1970, se refiere al criterio de la constitución y de la sede para el ejercicio de la protección diplomática.

de la ley reguladora. No obstante, los criterios utilizados en el sector de las inversiones se refieren no solo al domicilio, sede y constitución, sino también al control económico y administrativo de la persona jurídica. También aquí el cambio del domicilio social implica el cambio de la calificación de la inversión como española.⁵⁴

En el ámbito intracomunitario, hay que referirse a las sentencias *Daily Mail*, *Centros* y *Ueberseering*,⁵⁵ de las que cabe retener el principio de que, independientemente del lugar de constitución, registro, administración central o centro de actividades, las empresas y sociedades tienen derecho a realizar sus negocios en cualquier Estado miembro. Para disfrutar de la libertad de establecimiento solo se requiere que la sociedad haya sido válidamente constituida conforme a la legislación de un Estado miembro. Es posible que esta situación repercuta en el sector de las inversiones exteriores, toda vez que el cambio de domicilio (sede) afecta a la condición de inversor español.

También en este caso hay que considerar la regulación de la ley 19/2003, LRJMC, que define los términos «residencia» y «no residencia» para efectos de la liberalización de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas en el exterior. Según el artículo 2.1 c y d, se consideran residentes a las personas jurídicas que tengan su «domicilio social» en territorio español, y las sucursales y los establecimientos permanentes que se encuentren en España, ya sean de personas físicas o jurídicas residentes en el extranjero. Por consiguiente, en el caso de las sucursales es suficiente que se encuentren sitas en España para que sean consideradas «residentes», pues es indiferente que la sociedad madre o la persona natural de la que dependan tenga su residencia en el extranjero.

72

Desde la legislación fiscal española, la residencia de las personas jurídicas también es el domicilio social, si bien del artículo 45.1 b de la LGT se desprende que debe tener efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios en territorio español, pues en caso contrario se atenderá al lugar en que radique dicha gestión o dirección. Se exige, pues, una coincidencia triple: domicilio social, gestión administrativa y dirección de la empresa. Y para la ley 43/1995, del 27 de diciembre, de impuesto de sociedades, tendrán la obligación de contribuir al fisco español las entidades que tengan su residencia en territorio español, y aclara el artículo 8.3 que se consideran residentes aquellas entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: haberse constituido conforme a la legislación española, tener el domicilio social en España o tener su sede de dirección efectiva en territorio español, es decir, cuando radiquen en territorio español la dirección y control del conjunto de sus actividades.

Si vamos más allá, debemos reconocer que en general, para llevar a cabo una inversión, el Estado receptor suele requerir la participación o colaboración de una sociedad local. E,

⁵⁴ Artículo 12 del real decreto 664/1999.

⁵⁵ ROTH, W. H. «From *Centros* to *Ueberseering*: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 177-208. Hay un error en el deletreo del caso en el título del trabajo, pero hemos preferido transcribirlo tal y como aparece en la revista.

incluso, la inversión misma puede consistir en una participación social o realizarse por medio de una sociedad de capital «plurinacional». Por estas razones, entre otras, en algunos textos internacionales se incorpora la referencia al criterio del control o se admite, en el ámbito de aplicación del APPRI, la inversión efectuada por medio de una sociedad local.

3. El concepto de inversión exterior en el Derecho español

Como hemos comprobado, la delimitación del sujeto inversor es insuficiente para poder determinar el alcance de la legislación española sobre inversiones exteriores, por lo que es necesario delimitar qué suele entenderse por «inversiones exteriores» o «inversiones extranjeras», tanto en el derecho estatal como en los tratados y acuerdos bilaterales celebrados por España. En esta ocasión nos ocuparemos solo de su contenido en la legislación autónoma española. En primer lugar, debemos señalar que estos términos se han intentado definir desde la doctrina durante muchos años sin llegar a configurar un contenido concreto, pues se trata, además, de un negocio jurídico mutable en el tiempo. En un primer momento, las inversiones extranjeras se concebían como los derechos patrimoniales de los extranjeros, que desde el derecho anglosajón significaba la protección de *property, rights and interests*; en cambio, para otros, la inversión es un hecho económico cuyo estudio compete a la ciencia económica.⁵⁶

La diversidad de contenidos que se atribuye a las «inversiones exteriores» en las legislaciones nacionales es significativa para las dificultades de calificación jurídica de estos términos. La razón de estas diferencias sustantivas es que, cuando cada Estado soberano legisla en materia de inversiones exteriores, lo hace pensando en sus intereses y necesidades respecto de las inversiones extranjeras en el foro, y procurando cierta protección a sus nacionales para las inversiones del foro en el exterior. Otra de las dificultades añadidas al término «inversiones exteriores» es que se suele vincular a los conceptos de «empresa», «compañía» o «sociedad», que tampoco gozan de homogeneidad en los ordenamientos jurídicos nacionales. Y, por último, la actividad a la que se dedique dicha «empresa», «sociedad», etc., también determinará si estamos ante una inversión. En este sentido, solo las actividades que tienen repercusión o influencia sensibles sobre la producción o el comercio nacional se considerarán «inversiones».⁵⁷

⁵⁶ LAVIEC, J. P. *Protection et Promotion des Investissements. Etude de Droit International Economique*. París: PUF, 1985, p. 13. Un trabajo realizado desde la primera perspectiva citada es el de ARONOVITZ, A. M. «Derechos patrimoniales del hombre en el orden jurídico internacional: aspectos sustantivos y procesales». Tesis de doctorado policopiada. T. I. 1986-1987. Hemos podido consultar este trabajo por deferencia del autor.

⁵⁷ Sobre estos aspectos, Laviec señala que el establecimiento de un despacho de abogados o un taller de artesanía muy probablemente no fueran considerados por ninguna legislación como una inversión para los efectos que estamos estudiando (LAVIEC, J. P. Ob. cit., p. 21). En el mismo

Además, cuando se habla de «inversiones exteriores» no se hace referencia a todos los bienes y derechos de los extranjeros, sino solo a aquellos aspectos de su actividad económica que repercuten en la economía nacional del Estado receptor de la inversión. Por tanto, cada legislación nacional suele incluir no solo a las personas físicas o jurídicas que se consideran inversores extranjeros, sino una relación de transacciones comerciales que se tendrán por «inversión», incluso con una delimitación de qué bienes y derechos entran a formar parte de dicha «inversión». Los APPRI suelen utilizar la misma técnica: delimitar económica y jurídicamente las «inversiones exteriores», bien directamente, bien por remisión al ordenamiento de cada Estado contratante del acuerdo.⁵⁸ Y, aunque el real decreto 664/1999 no establece una definición de «inversión española en el exterior» o de «inversión extranjera en España», sí dispone el contenido de las inversiones por la vía de enumerar una serie de operaciones.

3.1. Las operaciones constitutivas de inversión en el Derecho español

Con carácter general, se encuentran liberalizadas las inversiones exteriores sin perjuicio de los regímenes especiales que afectan a diversos sectores, especialmente los correspondientes al transporte aéreo, radio, minerales y materias primas de interés estratégico, derechos mineros, televisión, juego, telecomunicaciones, seguridad privada, fabricación, comercio o distribución de armas y explosivos, de uso civil y actividades relacionadas con la defensa nacional.⁵⁹ Esto supone un doble control: el de los requisitos sectoriales (normas específicas) y el de los requisitos generales del real decreto sobre inversiones exteriores.

74

Al no disponerse las *formas* en las que pueden llevarse a cabo las inversiones extranjeras en España en el real decreto 664/1999, debe suplirse o complementarse la laguna por medio del anterior real decreto 671/1992, cuyo artículo 4 consideraba que las inversiones

sentido, considera que deben distinguirse las inversiones de otras operaciones económicas como, por ejemplo, las transacciones comerciales y las monetarias a corto plazo. En otras palabras, una venta comercial ordinaria no sería una inversión ni una prestación de servicios habitual.

⁵⁸ Puede verse el capítulo 3 de nuestro libro en prensa, ya citado.

⁵⁹ Artículo 1.2, párrafo primero, del real decreto 664/1999, sobre inversiones exteriores. En el artículo único de la ley 18/1992, del 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España, se dispone que «1. A efectos de las inversiones extranjeras en España constituyen sectores con regulación específica en materia de derecho de establecimiento los siguientes: Juego. Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional. Televisión. Radio. Transporte Aéreo. 2. Lo anterior no será de aplicación a los residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, salvo por lo que se refiere a las actividades de producción o comercio de armas o relativas a materias de defensa nacional. 3. Reglamentariamente se podrá establecer un régimen especial en relación con el desarrollo por extranjero de actividades que participan, incluso a título personal, en el ejercicio de autoridad pública. Asimismo se podrá establecer reglamentariamente un régimen especial en relación con el régimen de extranjeros por razones de orden público, seguridad y salud pública».

extranjeras en España pueden ser inversiones directas, inversiones en cartera, inversiones en bienes inmuebles y «otras» formas de inversión.⁶⁰ Por consiguiente, el real decreto señalado establece un *numerus apertus*, condicionado por su artículo 4 a los *otros supuestos* que mediante real decreto establezca el Gobierno a propuesta del ministro de Economía y Hacienda.

Por tanto, lo que hace la legislación española sobre inversiones exteriores es enumerar las operaciones por medio de las cuales se pueden llevar a efecto tanto las inversiones extranjeras en España (artículo 3) como las inversiones españolas en el exterior (artículo 6), que, excepto por algunos matices, son las mismas. Las operaciones que los «inversores» pueden llevar a cabo son las siguientes:

A) Con relación a sociedades

a) Participación en sociedades españolas: constitución de la sociedad; suscripción y adquisición total o parcial de acciones, asunción de participantes sociales; adquisición de valores, obligaciones, etc., que den derecho a la participación en el capital; y «[...] cualquier negocio jurídico en virtud del cual se adquieren derechos políticos».⁶¹

b) Constitución y ampliación de la dotación de sucursales.

B) Con relación a títulos y valores

c) Suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por residentes en el caso de inversiones extranjeras en España, y por no residentes si se trata de inversiones españolas en el exterior.

d) Participación en fondos de inversión,⁶² inscritos en el Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el caso de inversiones extranjeras en España.

⁶⁰ Sobre la regulación anterior puede verse ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. Ob. cit., pp. 679-684 y 698-716; y CHECA MARTÍNEZ, M. «Capítulo IV: Ordenación autónoma del comercio exterior. IV: Inversiones extranjeras en España». En J. C. Fernández Rozas. Ob. cit., pp. 126-131. Por lo que se refiere a otras formas de inversión, o lo que se llama, según P. Schaufelberger, NFI —*nouvelles formes d'investissement*—, se trata de numerosas actividades de las sociedades internacionales, que se pueden resumir como «Une entreprise étrangère fournit des biens (corporels ou incorporels) pour un projet d'investissement ou pour une entreprise dans un pays d'accueil —biens qui constituent des actifs pour ce projet ou cette entreprise— étant entendu que dans le pays d'accueil la majorité ou la totalité du capital social du prêt ou de l'entreprise est aux mains des intérêts locaux». Véase *La Protection Juridique des Investissements Internationaux dans le Pays en Développement. Etude de la Garantie contre les Risques de L'investissement et en Particulier de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)*. Zurich: s. e., 1993, p. 55. También, OMAN, Ch. *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*. París: s. e., 1984 y *Nouvelles formes d'investissement*. París: s. e., 1989, pp. 11 y 276, y LAVIEC, J. C. Ob. cit., p. 35.

⁶¹ Artículo 3 a, 2.º párrafo, y artículo 6 a, 2.º párrafo del real decreto citado.

⁶² Un intento de concretar el estudio de los fondos de inversión desde el derecho internacional

Para las realizadas por españoles en el exterior no se dispone requisito alguno de inscripción.

C) Con relación a los bienes inmuebles y raíces

- e) Adquisición de bienes inmuebles sitios en España cuyo importe total supere los 500 millones de pesetas o su contravalor en euros,⁶³ o sitios en el extranjero cuyo importe total supere los 250 millones de pesetas o su equivalente en euros.
- f) Adquisición de bienes inmuebles, sitios en España o en el extranjero, según sea el caso, e independientemente de su valor cuando el importe proceda o revierta en los países catalogados como paraísos fiscales por el real decreto 1080/1991, del 5 de julio.

D) Con relación la celebración o participación en contratos

- g) La constitución o actuación en contratos de cuentas en participación, fundaciones y agrupaciones de interés económico, entre otras, cuando el valor total de la participación de los inversores extranjeros supere los 500 millones de pesetas o su contravalor en euros o, tratándose de inversores residentes, sea superior a 25 millones de pesetas o su contravalor en euros.
- h) La misma participación en contratos de cuentas y resto de operaciones en las condiciones señaladas en el apartado anterior, pero independientemente de su importe si procede de paraísos fiscales en el sentido del real decreto 1080/1991, del 5 de julio.

76

Dada la cuantía establecida para la adquisición de bienes inmuebles, no son pocos los casos en los que la compra de un piso o inmueble se catalogará como inversión exterior. Es decir, las declaraciones que interesan a la administración son las de los apartados a, b, c y d de los artículos citados, pues solo preocupan las adquisiciones de bienes inmuebles por cuantías relativamente elevadas. En cualquier caso, este tipo de inversión se encuentra limitada por los bienes sitios en zonas estratégicas o zonas de acceso restringido a la propiedad para extranjeros, y en las zonas declaradas de interés para la defensa nacional.

Con la legislación anterior era frecuente considerar como inversión extranjera la compra de un inmueble sito en España por un extranjero no residente, y se distinguía entre el contrato de compra-venta en sí y los requisitos administrativos de las inversiones, que solo se exigían en el momento de la escritura pública y del registro, pero no en la fecha de celebración del contrato.⁶⁴ Es más, la validez del negocio jurídico por el que se transmite la propiedad de un bien sito en España, realizado entre no residentes, «[...] y, en el

privado lo encontramos en la comunicación de FERNÁNDEZ MASIÁ, E. «Nuevos terrenos para la doctrina del Derecho Internacional Privado: los mercados de capitales». En *La Unión Europea ante el siglo XXI...*, pp. 215-221.

⁶³ Ahora se debe entender solo el valor en euros.

⁶⁴ Véase STS de 23 de febrero de 1993, en *RJ* 193/1222.

extranjero, no supeditaba en modo alguno, a la exigencia formal plasmada» en el Reglamento de Inversiones Extranjeras.⁶⁵ O, como se dijo en la sentencia del TS (Sala Civil), del 13 de octubre de 1983,⁶⁶ que «[...] las normas administrativas, fiscales y penales que se citan [sobre inversiones extranjeras en España y sobre control de cambios] *en modo alguno obstan a la eficacia civil del contrato* y en nada impiden que el Notario exija como es su deber» su cumplimiento.

En definitiva, la reglamentación española de 1999 sobre inversiones exteriores ha roto con la distinción entre «inversiones directas» e «inversiones en cartera», y agrupa en una sola y única enumeración lo que en los real decreto 671/1992 y 672/1992 se citaba con la diferenciación indicada. Es decir, cualquiera de las operaciones enumeradas en los artículos 3 y 6 del real decreto 664/1999, sobre inversiones exteriores, se consideran efectivamente inversiones exteriores, en España o en el exterior, según el lugar de residencia o domicilio del inversor.

No obstante, esta liberalización no es absoluta ni indefinida. Entre las disposiciones comunes del real decreto 664/1999, sobre inversiones exteriores, se incluyen normas sobre la suspensión del régimen de liberalización con carácter general y para el sector de la defensa nacional. En el primer caso, se puede acordar la suspensión cuando la inversión afecte o pueda afectar, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, las actividades relacionadas con el poder público, el orden público, la seguridad y la salud públicas.⁶⁷ Para la adopción de estas medidas se requiere el informe previo de la Junta de Inversiones Exteriores, y que se acuerde por el Consejo de Ministros —a propuesta del ministro de Economía y Hacienda o el titular de Departamento afectado y competente—; debe también motivarse la solicitud del acuerdo. La suspensión de inversiones puede afectar a todo un sector o a un inversor concreto. No obstante, los afectados pueden solicitar la autorización administrativa previa para realizar cualquier otra inversión, la que deberán realizar en el plazo indicado en la autorización o en los seis meses siguientes. A partir de estas fechas, caduca la autorización, excepto cuando hubieran obtenido prórroga. Y en el caso de inversiones que afecten a la defensa nacional, más que la suspensión de la liberalización, lo que regula el artículo 11 del real decreto 664/1999 es una *excepción* (no una suspensión) a la liberalización general de las inversiones exteriores.

Por lo que se refiere a la regulación de sectores específicos como la defensa nacional, el juego, la radio, etc., todavía hoy se rigen por la ley 18/1992, del 1 de julio. De estos sectores específicos —y salvo en lo que afecte a la defensa nacional—, se excluye a los inversores residentes en un Estado miembro de la Unión Europea. Ahora bien, las personas jurídicas que tengan su domicilio o sede en el territorio de un Estado miembro pero que estén «controladas», directa o indirectamente, por residentes no comunitarios serán

⁶⁵ Res. DGRN 4-1-93, *RJ* 1993/434.

⁶⁶ *RJ* 1983/5321.

⁶⁷ Artículo 10.1 del real decreto 664/1999.

catalogadas —para los efectos que estamos tratando— como inversores extranjeros sin derecho a intervenir en los sectores específicos.

3.2. Tensiones en la definición de las inversiones exteriores

Concretar el contenido de las inversiones a partir de la liberalización del sector⁶⁸ requiere de una definición o delimitación previa sobre qué es una inversión directa. Por inversiones directas se entiende aquellas en las que se produce la participación —directa o indirecta— de un inversor extranjero en una sociedad del foro, siempre que alcance determinado porcentaje de participación, o cuando, como consecuencia de ello, el inversor pudiera influir en la gestión o el control de la sociedad. También se incluyen aquí las participaciones de sociedades españolas en otras sociedades españolas cuando las primeras tengan participación extranjera en su capital que (inversiones en cascada) alcance más de un cincuenta por ciento, es decir, cuando la sociedad española esté controlada por capital extranjero. En este grupo se incluyen también las adquisiciones de bienes inmuebles si constituyen una actividad empresarial. En cambio, según el real decreto 671/1992, las inversiones en cartera son las que consisten en la suscripción o adquisición por no residentes de acciones de sociedades españolas que no constituyan inversión directa, es decir, que no superen el diez por ciento. También se incluye la suscripción o adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por residentes. Según la legislación de 1992, quedaba bastante claro que la inversión extranjera estaba constituida por la presencia del extranjero y su capital en el foro.

78

Sin embargo, con la regulación actual, hay que definir las inversiones distinguiendo según se trate de inversión española en el exterior o extranjera en España. Así, en el primer caso, se trata de las operaciones realizadas al amparo del artículo 6 del real decreto 664/1999 por personas físicas residentes en España o personas jurídicas domiciliadas en España; en el segundo caso, se trata de las operaciones a las que se refiere el artículo 3 del real decreto 664/1999, siempre que sean realizadas por personas físicas no residentes en España o por personas jurídicas domiciliadas en el extranjero. Con esta situación podrían quedar fuera del concepto de «inversión española en el exterior» algunas inversiones que a los efectos de recibir la protección de la Administración española sí lo son para el derecho internacional público, mas no para la normativa autónoma de inversiones. En este sentido, más que regular las inversiones españolas en el exterior y las extranjeras en España, lo que hace el real decreto 664/1999 es regular las inversiones que se realizan «desde» España hacia el exterior y «desde» el exterior hacia España, ya que no atiende al criterio de la nacionalidad sino al origen de la inversión. Por tanto, si lo que pretendemos es definir «inversiones», para pretender la protección de las autoridades españolas,

⁶⁸ Sobre otros aspectos véase EGUIDAZU, F. «La nueva legislación sobre inversiones extranjeras para las inversiones extranjeras en España». *Economía española. Boletín ICE Económico*, n.º 2334, del 20-26 julio de 1992, pp. 2345-2346.

nos encontramos con un vacío legal que solo puede colmarse con el requisito de la nacionalidad. Esto es, las inversiones (adquisiciones de bienes y derechos) en el exterior por parte de personas físicas o jurídicas de nacionalidad española, independientemente de cual sea su lugar de residencia o domicilio.

Ya hemos llamado la atención sobre la diversidad de contenido en las normas sobre los fondos de ayuda a las inversiones creados por el real decreto 2815/1998, del 23 de diciembre, y el seguro exterior de la CESCE regulado por la orden ECO/180/2003, del 22 de enero de 2003, sobre cobertura por cuenta del Estado de riesgos derivados del comercio exterior de las inversiones exteriores y de las transacciones económicas con el exterior, en cuya regulación difieren del real decreto 664/1999. En la contratación de la póliza de seguros, se mencionan las inversiones que tengan por finalidad establecer o mantener vínculos económicos duraderos en el exterior, referidas a la creación de empresas, sucursales o establecimientos permanentes, la adquisición total o parcial de empresas ya existentes, participación en ampliaciones de capital, etc., pero siempre con la condición necesaria de que la inversión en el exterior debe ser reconocida como inversión extranjera por la legislación del Estado receptor de esta, además de exigirse la nacionalidad española de la persona —física o jurídica— que contrata la póliza de seguro. Por tanto, no es suficiente la nacionalidad española del inversor, sino que la legislación del Estado receptor debe considerar a este como un inversor extranjero.

Lo cierto es que, tengamos o no un concepto de derecho autónomo sobre las «inversiones españolas en el exterior», el Estado español solo podrá dispensar la protección a los bienes y a la persona del inversor cuando los intereses afectados sean de titularidad de personas físicas o jurídicas de nacionalidad española, independientemente del criterio o contenido que se le dé en la legislación autónoma de inversiones y control de cambios. Es decir, el concepto que se deriva del real decreto 664/1999 no sirve al derecho internacional público, excepto si lo completamos con aquellas reglas complementarias elaboradas para ayudar, fomentar y promover la inversión española en el exterior.⁶⁹ Normalmente, en la mayoría de las legislaciones estatales se establece qué se considera como una inversión internacional o una inversión extranjera en el foro y *nacional* en el exterior.

4. Conclusión: el Registro de Inversiones y su función protectora para los inversores y las inversiones

El real decreto 664/1999, de régimen jurídico de las inversiones exteriores, incorpora en su artículo 7 la obligatoriedad de la declaración de las inversiones y su liquidación en el Registro de Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía y Hacienda con «una

⁶⁹ Nos referimos tanto a las normas sobre fondos de apoyo como a los acuerdos bilaterales celebrados por España.

finalidad administrativa, estadística y económica». ⁷⁰ La regla general es la declaración posterior a la realización de la inversión, y compete al titular de esta, ⁷¹ sin embargo, en ciertos tipos de inversiones se requiere una declaración previa, sin que ello signifique no tener que realizar la declaración posterior. ⁷² Por consiguiente, es obligatoria en todo caso la declaración de la inversión en el Registro de Inversiones, según los artículos 4.2 y 7.2 del real decreto citado. Requieren la declaración previa a la realización de la inversión las inversiones que procedan o se realicen en los territorios declarados «paraísos fiscales» por el real decreto 1080/1991, del 5 de julio. Y se exceptúan de la obligación de declaración previa los casos, por un lado, de «[...] inversiones en valores negociables ya sean emitidos u ofertados públicamente ya sean negociados en un mercado secundario oficial o no, así como las participaciones en fondos de inversión», que —en caso de tratarse de inversiones extranjeras en España— se requiere que estén inscritos en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Y, por otro lado, cuando la participación extranjera no supere el cincuenta por ciento del capital de la sociedad española destinataria de la inversión en el caso de inversiones de capital extranjero en España, así como en el supuesto de inversiones de capital español en el extranjero cuando las inversiones no permitan al inversor influir de manera efectiva en la gestión o control de la sociedad extranjera destinataria de estas —se presume que existe dicha influencia si la participación (directa o indirecta) es igual o superior al diez por ciento del capital de la sociedad; si el porcentaje fuera inferior al diez por ciento tendría la misma consideración cuando «[...] inversor pasara a formar parte directa o indirectamente de su órgano de administración»—.

80

Es de destacar la importancia que tiene la inscripción registral en el sector de las inversiones exteriores, pues permite que puedan producirse los efectos que los textos legales señalan para tales operaciones. En el caso de inversiones que requieran autorización administrativa previa, dicha autorización es exigible tanto en el momento del registro como ante el notario o fedatario público que levante acta del negocio jurídico. ⁷³ No

⁷⁰ Por lo que se refiere al procedimiento y características administrativas y documentales necesarias para las inversiones extranjeras en España, puede verse el trabajo de LUCAS FERNÁNDEZ, F. Ob. cit., *passim*.

⁷¹ Junto al titular de la inversión, también tienen la obligación de declaración, según el caso, las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las entidades financieras, las depositarias y las administradoras (artículos 4.2 b y 7.2 b del real decreto 644/1999).

⁷² El cambio en el Registro de Inversiones Exteriores de una declaración de intenciones (*ex ante*) a los datos reales de lo ya invertido (*ex post*) ha supuesto que los datos estadísticos adquieran una mayor certeza. Esto se consigue porque los inversores que efectúan operaciones de inversión directa en el exterior están obligados a inscribirse en un plazo determinado y se penaliza su incumplimiento. Puede verse también la orden de 28 de mayo de 2001, en desarrollo de los procedimientos aplicables a las declaraciones de inversiones en el exterior y su liquidación, así como las distintas resoluciones posteriores por las que se publican los impresos necesarios para efectuar las declaraciones.

⁷³ Res. DGRN 24-1-83 en RJ1983/1087.

obstante, es posible que el notario, habiendo comprobado que falta algún documento acreditativo, condicione la validez de la escritura a la presentación en el momento de la inscripción de dicho documento. Según el real decreto 664/1999, sobre inversiones exteriores, el fedatario público tiene la obligación de remitir, al Registro de Inversiones, la información sobre las operaciones de inversiones extranjeras en España que requieran su intervención, «[...] ya sea como consecuencia de su régimen jurídico o por acuerdo convencional de las partes».⁷⁴ Al parecer, en la legislación anterior era habitual exigir a las inversiones extranjeras en España la intervención del fedatario público, mientras que en la actualidad solo es exigible si el tipo de contrato de inversión lo requiere o si esta fuera la voluntad de las partes.

En conclusión, tal y como se ha podido apreciar, lo más significativo de lo dispuesto en el real decreto 664/1999 es que no todas las inversiones exteriores que se deben declarar en el Registro de Inversiones son «inversiones españolas en el exterior» para los efectos de una posible protección diplomática o, incluso, para los efectos de la posible aplicación de un acuerdo internacional. Por ello, cobra relevancia delimitar quiénes son considerados inversores extranjeros y qué operaciones tienen el valor de inversión exterior. Asimismo, en sentido contrario, otras inversiones que no tienen que declararse en el registro sí pueden beneficiarse de la protección diplomática y de los tratados internacionales suscritos por España, porque son consideradas, para tales efectos, inversiones españolas en el exterior. Es decir, la inclusión o no en el Registro de Inversiones no afecta en principio a la condición de inversor *español* propiamente dicha, ni otorga ningún tipo de beneficio o protección de orden internacional. Este registro sirve, sobre todo, para obtener información del sentido de las inversiones *desde* territorio español al extranjero y *desde* el exterior hacia España, de modo que podría servir como un elemento que puede ser tenido en cuenta por el Gobierno y la Administración a la hora de orientar la política exterior española, pero nunca con el fin de definir o calificar una inversión o a un inversor como nacional o extranjero.

⁷⁴ Artículo 4.2 b -1.º párrafo del real decreto 664/1999.