

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA TECNOLOGÍA POR RAZONES DE DEFENSA

D. FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*

Introducción

Desde los tiempos más remotos, la tecnología ha jugado un papel determinante en el resultado de las guerras. Por esta razón, todos los pueblos a lo largo de la Historia, han dedicado gran cantidad de recursos a la construcción de armas más sofisticadas y eficaces que las de sus enemigos. Ahora bien, casi tan importante como descubrir una nueva arma definitiva, era el mantenerla en secreto hasta que llegase el momento de utilizarla.

En la actualidad, el Derecho juega un importante papel en la salvaguardia de la Defensa nacional, protegiendo a la tecnología nacional de caer en manos extranjeras. El principio de legalidad instaurado por la Constitución y vigente, de una u otra forma, en todos los países desarrollados obliga a crear un soporte legal que justifique las actuaciones de las autoridades en relación con la Defensa nacional. El Estado no puede inmiscuirse en asuntos privados y tomar decisiones con consecuencias importantes para la vida económica de un país sin el correspondiente apoyo legal, aunque se ponga en peligro la seguridad nacional.

Como el suministro de armas y de otros productos básicos para la Defensa nacional recae sobre manos privadas en un porcentaje cada vez mayor, es bastante fácil que una relación contractual entre empresas privadas pueda comprometer la seguridad nacional. Por esta razón, nacen una serie de normas que, fundamentándose en el interés de la defensa, permiten al Estado intervenir en relaciones puramente privadas y tomar decisiones de gran relevancia económica.

El objeto de este trabajo es estudiar algunas de estas normas que interfieren en ramas del Derecho como el derecho de sociedades anónimas o el derecho de patentes.

El derecho de patentes es una de las disciplinas en las que, tradicionalmente, se ha prestado especial atención a los intereses de la defensa, por ser la rama jurídica que se ocupa del fomento y protección de la investigación. Sin embargo, hay otro campo en el que últimamente, se están produciendo importantes trasvases de tecnología de una forma mucho más solapada, y en el que los numerosos Estados se están viendo obligados a intervenir de forma frecuente; es en el que la doctrina denomina mercado de control societario. Sirve de poco que empresas que disponen de alta tecnología aplicable a fines militares se les prohíba que la transmitan, si estas empresas pueden ser adquiridas en Bolsa por empresas rivales.

Uno de los primeros casos que llamaron la atención sobre este tema fue el intento de compra de Martin Marietta, una empresa norteamericana de alta tecnología que estaba

* Profesor de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho Universidad de Santiago. Colaborador del Seminario de Estudios de la Defensa Nacional Universidad de Santiago-CESEDEN.

trabajando en el desarrollo de los célebres misiles *Patriot* por parte de Bendix. Todas las medidas tradicionales que aplicaban las autoridades norteamericanas para proteger la tecnología de Martin Marietta eran prácticamente inútiles ante esta nueva forma de agresión.

Así pues, vamos a centrarnos en los problemas que el mercado de control societario puede plantear a la Defensa nacional aunque en primer lugar, nos refiramos de forma muy breve a las disposiciones especiales que contiene la Ley española de patentes por razones de defensa.

Actuaciones en materia de patentes

Aunque de forma muy sucinta, nos referiremos a continuación a los mecanismos especiales que la Ley de Patentes del año 1986 establece en interés de la Defensa nacional (1).

El primer problema que se plantea en este campo es que la tramitación de las patentes tiene carácter público, por lo que las invenciones, una vez que se patentan, pierden su carácter secreto.

La finalidad principal de las patentes es premiar a los inventores, sean personas físicas o jurídicas, atribuyéndoles durante un período máximo de veinte años, el monopolio de explotación de sus invenciones. Es decir, sólo el titular de una patente o las personas a quienes éste autorice, podrán utilizar, con ánimo de lucro, la invención patentada. Ahora bien, para que se pueda garantizar jurídicamente ese derecho de monopolio, hay que arbitrar los medios para que cualquier interesado pueda saber qué es lo que no está autorizado a fabricar.

Como el mercado armamentístico es muy competitivo, las empresas involucradas en él se apresuran a patentar cada descubrimiento que realizan. Sin embargo, es posible que a las autoridades de un determinado Estado no les interese que salga a la luz alguno de estos descubrimientos. Por esta razón, la Ley española de patentes del año 1986, siguiendo la pauta marcada por otras leyes europeas, regula en sus artículos 119 a 122 la posibilidad de tramitar y conceder determinadas patentes en régimen de secreto por razones de defensa (2).

En estos casos, será siempre la Administración quien decida si es necesario mantener una patente en secreto, y aunque el solicitante se oponga, la Administración puede obligarle a ello. Al titular de una patente le perjudica que esta sea declarada secreta pues pierde la posibilidad de conceder licencias, es decir, no puede autorizar a otras personas a que fabriquen el producto patentado a cambio de una remuneración económica.

Como compensación, la Ley establece que el titular de una patente secreta no tendrá que pagar las anualidades correspondientes (tasas para mantener en vigor la patente) y recibirá una indemnización económica pactada por ambas partes.

Una vez que la patente ya ha sido concedida, la Ley de patentes contempla dos medidas especiales en interés de la Defensa nacional.

(1) Sobre este tema en la Ley de 1986 vid. Gómez Segade, *La Ley de Patentes y Modelos de Utilidad*, Madrid 1988, pp. 142 y siguientes.

(2) Sobre la justificación de las patentes secretas vid.: Gómez Segade, *La modernización del derecho español de patentes*. Madrid, 1984, pp. 37-38.

La primera es la posibilidad de expropiar una patente en interés de la defensa (artículo 73). La segunda se refiere a la concesión de licencias obligatorias por motivos de interés público (artículo 90,1 - 90,2).

Esta medida se adoptará en aquellos casos en los que el titular de la patente se niegue a explotarla. Si la Administración considera que la fabricación del producto patentado es importante para la Defensa nacional, puede obligar al titular de la patente a quien no le interesa explotarla, a realizar un contrato de licencia con otra persona que sí esté dispuesta a producirlo.

El mercado de control societario y la Defensa nacional (3)

La sociedad anónima ha adquirido en nuestros días una importancia capital. La limitación de responsabilidad y la facilidad para conseguir financiación han convertido a este tipo social en la forma prácticamente exclusiva de organización de la gran empresa.

Las sociedades anónimas controlan aquellas personas que ostentan la mayoría del capital —esto es así porque las decisiones más importantes para la sociedad se adoptan en una reunión de socios llamada “junta general de accionistas” en la que cada acción da, generalmente, derecho a un voto—. Como las acciones de una sociedad anónima son fácilmente transmisibles, especialmente las de aquellas sociedades que cotizan en Bolsa, todo el que disponga de los recursos necesarios para adquirir un número de acciones que le otorgue la mayoría de votos en la junta general, puede hacerse con el control de la sociedad.

Hacerse con el control de una sociedad implica la posibilidad de disponer de toda su tecnología, de romper sus compromisos con un determinado Estado para adquirirlos con otro, etc. Por lo tanto, es fácil darse cuenta de las consecuencias que puede tener que una industria importante para la defensa pase a ser controlada por extranjeros.

Se hace necesario aprobar algún tipo de norma que permita a las autoridades actuar frente a las operaciones del mercado de control que puedan poner en peligro la seguridad nacional, ya sea prohibiéndolas o imponiéndoles algunas condiciones. De todas formas, es éste un tema en el que hay que actuar con gran delicadeza para no proporcionar a las autoridades una patente de corso que les permita hacer y deshacer operaciones a su antojo.

Probablemente sean Estados Unidos el país en el que este tema ha provocado más polémicas. La intensa actividad del mercado de control societario unida a la gran cantidad de empresas privadas que están involucradas de algún modo en la defensa, hace que el Gobierno haya tenido que intervenir en numerosas ocasiones y que se haya planteado un interesante debate doctrinal. Para facilitar estas intervenciones, el Congreso aprobó una norma específica autorizando al presidente a prohibir aquellas operaciones en las que alguna persona extranjera pretenda controlar una empresa americana, poniendo en peligro la seguridad nacional.

(3) Uno de los únicos libros en español que trata el tema del mercado de control societario es Arruñada, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid, 1990. Aunque no se refiere a sus implicaciones con la Defensa nacional.

En España, no se dispone de ninguna norma específica para estos supuestos, ya que, como veremos, otras normas contienen autorizaciones muy amplias que son aplicables en estos casos.

Modelo estadounidense

Para dar una respuesta al problema que planteaban los repetidos intentos de compra, por parte de inversores extranjeros de empresas que tenían contratos con el Gobierno en materia de defensa, se aprobó en el año 1988 la sección 5.021 de la OTCA (*Omnibus Trade and Competitiveness Act*), conocida también por el nombre de enmienda Exon-Florio, que concede poder al presidente de los Estados Unidos para bloquear cualquier adquisición extranjera que ponga en peligro la seguridad nacional (4).

Cuando el Presidente o la persona que éste disponga reciba la notificación de una operación que tenga como consecuencia la adquisición de una empresa estadounidense por capital extranjero, dispone de un plazo de 30 días para decidir si es necesario abrir una investigación que determine el impacto de la adquisición pretendida sobre la seguridad nacional. Si no se decide abrir la investigación, se entiende que la operación ha sido autorizada. Si por el contrario, se considera necesaria la investigación, se dispone de 45 días para realizarla. A continuación, el presidente tiene que adoptar una decisión definitiva en un plazo de 15 días.

Se puede apreciar que se trata de un procedimiento muy rápido, en el que lo más que se puede demorar la decisión final son 90 días.

Para prohibir una adquisición por aplicación de la enmienda Exon-Florio, es necesario que tras la investigación se encuentren pruebas claras de que ésta pone en peligro la seguridad nacional y no haya ninguna otra forma de salvaguardia. Además de prohibir o suspender la operación, el Presidente puede autorizar al Fiscal General para que adopte las medidas necesarias para reparar el daño causado. Hay que tener en cuenta que, generalmente, las adquisiciones tienen lugar sin notificar, por lo que, en la mayoría de los casos, cuando se decida prohibir una adquisición, ésta ya se habrá producido.

Nos encontramos aquí con uno de los problemas más delicados del derecho de sociedades anónimas y de la competencia: el de la desconcentración.

Seguramente, habrá casos en los que la única forma de evitar las consecuencias negativas para la seguridad nacional sea deshacer la adquisición que ya ha tenido lugar, es decir, realizar una operación de desconcentración. Ahora bien, ¿cómo se puede volver atrás una operación en la que se han comprado a miles de particulares acciones por valor de miles de millones de pesetas, en la que estas acciones pueden haber vuelto a cambiar de manos varias veces, y en la que la sociedad adquirida lleva meses funcionando regida por las decisiones de los nuevos directivos? Declarar nulas todas las actuaciones desde

(4) Sobre el contenido y los problemas que plantea la aplicación de esta ley vid.: Conway, R. y Savarino, W., *Foreign takeovers of high-tech companies: practical considerations and strategies for the defence contractor*, en *International Company and Commercial Law Review*, número 1, 1990, pp. 9 y siguientes. Stern, S. y Buthusiem, E., *Coping with Exon-Florio: potential pitfalls and practical considerations for the foreign acquirer*, en *International Company and Commercial Law Review*, número 3, 1990, pp. 65 y siguientes. El primer artículo se centra en los problemas con los que se encuentra la empresa que va a ser adquirida, mientras que el segundo se centra en los problemas con los que se va a encontrar el adquirente.

el momento de la toma del control por el grupo extranjero provocaría un caos de consecuencias imprevisibles.

Por eso, la solución más razonable es admitir que la adquisición ha tenido lugar y proporcionar al adquirente un plazo razonable para que vuelva a vender la empresa a un grupo estadounidense que goce de la confianza del Gobierno. De esta forma, se volverá a garantizar el suministro normal de los productos fabricados por la empresa adquirida, aunque no se pueda evitar que los adquirentes hayan tenido acceso a todos sus secretos industriales.

Cuando sea posible, no se ordenará vender toda la empresa adquirida sino sólo aquella de sus filiales o una determinada sección que sea la que es importante para la Defensa nacional. Así, en el caso de la adquisición de la empresa General Ceramics Inc., una empresa especializada en la fabricación de productos cerámicos de alta tecnología que, entre otras cosas fabricaba berilio cerámico, un componente importante para la construcción de misiles nucleares, por parte de la japonesa Tokuyama Soda Co. Ltd., sólo se permitió la operación después de que Tokuyama se comprometiese a vender la división de producción de berilio cerámico a otra empresa norteamericana.

La prohibición de una adquisición debe quedar sólo para casos extremos, siendo lo normal que ésta se autorice, aunque haya que establecer ciertas condiciones. También, cuando la empresa alemana Heuls AG intentó adquirir la americana Monsanto Electronics Materials Company, se le exigió que mantuviese en los Estados Unidos los centros de investigación y desarrollo de Monsanto.

Otro aspecto interesante es el de los criterios que se tienen en cuenta para adoptar una decisión. El CFIUS (*Committee on Foreign Investment in the United States*), que es el organismo encargado de realizar las investigaciones y de aconsejar al Presidente a la hora de tomar una decisión, se ha referido a los siguientes criterios:

- El impacto de la transacción en la efectividad de las Fuerzas Armadas.
- El impacto de la transacción en el suministro de las Fuerzas Armadas.
- El impacto de la transacción en las nuevas tecnologías.
- Si la transacción puede producir un acceso no autorizado a información calificada como secreta o si puede dar lugar a infracciones de las leyes para el control de las exportaciones.

Además, hay autores (5) que se refieren a otros criterios como la producción doméstica de los productos fabricados por la empresa adquirida, que se necesita para garantizar la defensa, cantidad que pueden producir las restantes empresas, la capacidad de la industria nacional para suplir en un plazo breve la producción de la empresa adquirida, etc.

Uno de los principales problemas que plantea la aplicación de la sección 5.021 de la OTCA es la indeterminación de su concepto central: el de seguridad nacional. El mencionado precepto no contiene ningún tipo de delimitación del concepto de seguridad nacional, lo que permite una aplicación expansiva de esta disposición. Y no es conveniente esta aplicación expansiva de una norma que puede suponer una limitación importante a las inversiones extranjeras y que tiene un marcado carácter restrictivo. Aunque, por otro lado, hay que tener en cuenta que la importancia de la seguridad nacional aconseja interpretar este concepto de forma amplia (6).

(5) Conway, R. y Savarino, W., *ob. cit.*, p. 10.

(6) Stern-Buthusiem, *ob. cit.*, p. 69.

La voluntad expansiva de la sección 5.021 también resulta de su definición de control como "el poder directo o indirecto, se ejercite o no... para formular, determinar, decidir o dirigir asuntos importantes relativos a la empresa" (7). Es una definición más amplia que las que se utilizan habitualmente en derecho de sociedades o en derecho de la competencia, en las que se suele exigir un porcentaje del capital que garantice el control de la junta general o una autoridad contractual implícita.

Durante el primer año de aplicación de la sección 5.021, se notificaron 242 intentos de adquisición, pero sólo en seis de estos casos se llegó a realizar la investigación. Tan elevado número de notificaciones se debe a que los abogados estadounidenses utilizan la sección 5.021 de la OTCA como un sistema de defensa frente a las adquisiciones hostiles. Aunque la empresa que está en peligro de ser adquirida no tenga nada que ver con la seguridad nacional, realiza la notificación con la única finalidad de ganar tiempo, algo que en este tipo de operaciones puede ser de capital importancia. De todas formas, el hecho de que sólo se haya abierto seis investigaciones es una prueba de la moderación con la que las autoridades estadounidenses están actuando en esta materia.

Como conclusión se puede afirmar que la enmienda Exon-Florio constituye un elemento extraordinariamente eficaz para proteger a las empresas nacionales de caer en manos extranjeras siempre que con la operación se pueda poner en peligro la seguridad nacional. Su eficacia está garantizada por la libertad de actuación que su alto grado de indeterminación deja al Presidente. Pero es también esta indeterminación su principal defecto. Así, el hecho de que se admitan notificaciones voluntarias crea un elemento de distorsión en el mercado de control societario al facilitar que se retrasen, y por lo tanto dificultar, intentos de adquisición que no afectan para nada a la Defensa nacional.

Aunque la sección 5.021 sea la disposición más reciente y también más eficaz para proteger a la tecnología de aplicación militar norteamericana de caer en manos extranjeras, el completo cuadro normativo sobre esta materia se completa con una serie de disposiciones que regulan aspectos más concretos.

Así, la DISR (*Department of Defense Industrial Security Regulation*), establece un procedimiento para proteger la información secreta que utilizan las empresas que contratan con el Gobierno. De acuerdo con esta disposición, cada empleado de una empresa privada que tenga acceso a información clasificada necesita una acreditación personal y el DISR permite retirar todas las acreditaciones a los empleados de una empresa que caiga en manos extranjeras.

Además, cuando una empresa americana sea adquirida por extranjeros, se considera que hay una transferencia de tecnología a favor del comprador extranjero. Esto puede dar pie a que, si la empresa en cuestión dispone de información clasificada, intervenga el secretario de Estado, que es, de acuerdo con la *Arms Export Control Act* la persona sobre quien recae en última instancia, el control sobre la exportación de información clasificada a extranjeros (8). En el caso de que la tecnología de la empresa adquirida no sea clasificada, aunque sea importante para la Defensa nacional, es el secretario de Comercio quien puede intervenir apoyándose en la *Export Administration Act*.

(7) En esta definición se engloban las operaciones de compra de acciones, de compra de activos, las campañas de captación de delegaciones de voto, *las joint ventures*, etc.

(8) En esta labor, el secretario de Estado se ve auxiliado por dos organismos, la "Oficina de control de municiones" y el *Reglamento sobre el tráfico internacional de armas*.

Resulta evidente que Estados Unidos disponen de un completísimo cuadro normativo para evitar que las adquisiciones por parte de extranjeros de empresas norteamericanas pueda poner en peligro la seguridad nacional. Hay un importante conjunto de normas que tienen su principal razón de ser en la seguridad nacional y que afectan a diversas ramas del Derecho como el derecho de sociedades, el derecho industrial o el comercio internacional.

Quizá el principal defecto que se le pueda achacar a este sistema sea el carácter expansivo con el que se concibe la seguridad nacional. Es perfectamente admisible que se puedan producir injerencias estatales en lo que son relaciones económico-privadas por razones de seguridad nacional, pero por simples razones de seguridad jurídica, se debe determinar con precisión qué es lo que se entiende por seguridad nacional y restringir su contenido a lo estrictamente indispensable. Sino, normas como la sección 5.021 de la OTCA se pueden convertir en instrumentos peligrosos en manos de gobiernos excesivamente proteccionistas.

Modelo español

El panorama con el que nos encontramos en España, no tiene nada que ver con el que acabamos de reseñar. Las autoridades españolas pueden intervenir en aquellas operaciones por las que una empresa extranjera pretenda hacerse con el control de una empresa española, poniendo en peligro la Defensa nacional, pero la vía para conseguir esta intervención es totalmente distinta.

Es cierto que la situación con la que nos encontramos en España es muy distinta a la estadounidense, ya que el mercado de control societario es mucho menos activo y además, gran parte de las industrias armamentísticas son públicas, por lo que, en principio, quedan fuera del mercado de control. Sin embargo, como se verá más adelante, ya ha habido casos en los que el gobierno se ha visto obligado a intervenir.

La disposición clave en esta materia es el RD legislativo 1.265/1986 de 27 de junio sobre inversiones extranjeras en España (9). La finalidad del RD es adaptar la legislación española en materia de inversiones extranjeras a la normativa comunitaria, y establece como principio básico un régimen de libre inversión. Ahora bien, se mantiene la necesidad de una autorización gubernativa cuando las inversiones se realizan en algunos sectores entre los que se encuentran las actividades directamente relacionadas con la Defensa nacional (artículo 20).

Siempre que una persona extranjera, ya sea física o jurídica, pretenda invertir en una empresa española que esté directamente relacionada con la defensa tiene que ser autorizada por el Gobierno.

La Ley considera que son inversiones extranjeras, además de las realizadas por extranjeros, las realizadas por empresas españolas participadas por capital extranjero en un determinado porcentaje. Con esta medida se pretende evitar que se burle la Ley haciendo que sean sociedades interpuestas quienes realicen la inversión, ya que muchas veces, los grupos inversores extranjeros canalizan sus inversiones en un determinado país a través de una empresa de dicho país (10).

(9) BOE número 154 de 28 de junio de 1986.

(10) Puede servir de ejemplo el caso de KIO, que adquirió el control de una empresa española, la Papelera Torras que, posteriormente, se dedicó a invertir en otras empresas con dinero de KIO. De esta forma, las inversiones parecían españolas.

El artículo 8 del *Reglamento de inversiones extranjeras* establece que se considerarán como inversiones extranjeras al 100 % aquellas realizadas por empresas españolas en las que exista participación extranjera superior al 50 % de su capital. También establece que, con carácter excepcional, se considerarán como inversiones extranjeras al 100 % las realizadas por empresas españolas con participación igual o inferior al 50 %, pero superior al 25 % de su capital cuando los socios extranjeros tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa que permita comprobar a la Administración la influencia decisiva de los socios extranjeros en la gestión de la sociedad. Hay que decir que en este punto la Ley se queda corta, ya que en la actualidad no es difícil que una gran empresa se dirija con porcentajes de capital inferiores al 25 %.

Aplicando esta Ley, el Gobierno ha intervenido en la compra de Explosivos Ríotinto, por el grupo kuwaití KIO, obligándole a segregar de la empresa la división de defensa y a vendérsela a una empresa española. La Ley es eficaz pero, si acusáramos a la estadounidense de utilizar un concepto demasiado amplio de seguridad nacional, la alusión que hacen la Ley y el *Reglamento de inversiones extranjeras* a las empresas "relacionadas con la defensa" supone la indeterminación más absoluta. Someter a autorización gubernativa las inversiones extranjeras en empresas españolas relacionadas con la defensa sirve, sin duda, para evitar que se ponga en peligro nuestra capacidad defensiva, pero también sirve para que el Gobierno pueda intervenir en operaciones que no afecten para nada a la Defensa nacional.

La reciente Ley de Defensa de la Competencia, contiene, en sus artículos 14 y siguientes, un procedimiento para controlar las concentraciones económicas. Sin embargo, su ámbito de aplicación se limita a aquellas operaciones de concentración o de toma de control que afecten o puedan afectar al mercado español, especialmente mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio. Además es necesario que se adquiera o se incremente una cuota superior o igual al 25 % del mercado nacional o de una parte sustancial del mismo, o que la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20.000 millones de pesetas.

Así pues, podemos descartar la aplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia a los casos que nos ocupan. Sólo se podría utilizar, de forma muy excepcional y a falta de otra solución, en aquellos casos en los que, se sobrepasase el umbral establecido por la Ley (20.000 millones), lo cual ya es difícil, y se pudiese alegar que se crea una posición de dominio en el mercado. Quede claro que en este caso, la operación no se prohibiría por interés de la Defensa nacional, sino para defender la libre competencia, aunque fuese la defensa la causa subyacente.

Hay que tener en cuenta que el concepto de posición de dominio es muy flexible en función de cuál sea el mercado que se tenga en cuenta, y las autoridades suelen moderarlo a su antojo en cada momento. Así, por ejemplo, podemos suponer que una empresa española que fabrica un determinado tipo de fusil va a ser adquirida por una empresa extranjera. Si consideramos que el mercado afectado por esta operación es el de las armas de fuego en España, lo más probable es que el grupo resultante de la operación no tenga una posición de dominio en este mercado. Sin embargo, si consideramos que el mercado relevante es el de los fusiles, ya hay más posibilidades de que se cree una posición de dominio, y si consideramos que el mercado relevante es el de los fusiles

con unas características determinadas, lo más probable es que se cree una posición dominante (11).

Como conclusión, se puede afirmar se dispone de los suficientes medios legales para evitar que una inversión extranjera ponga en peligro la Defensa nacional. Sin embargo, no estaría de más una normativa más específica que, además de autorizar al Gobierno para intervenir, restringiese al mínimo estrictamente necesario los supuestos en los que es posible esta intervención y además garantizase a las partes afectadas una tramitación con plazos breves, y en la que la decisión final sólo se adoptase tras una investigación realizada con todas las garantías.

(11) El caso "United Brands", resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es pragmático acerca de la flexibilidad de conceptos como "mercado relevante" o "posición de dominio".