La Comisión europea insta a los Estados miembros de la Unión Europea a controlar las inversiones extranjeras directas

Elisa Torralba Mendiola

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

En el DOUE C 99 I, de 26 de marzo se publica la Comunicación de la Comisión europea con orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa. En ella, la Comisión insta a los Estados miembros al control de las inversiones directas, a fin de hacer frente a los riesgos a los que se enfrenta la economía como consecuencia de la situación de alarma generada por el COVID19.

En concreto, la Comisión constata que ya existen mecanismos nacionales de control en catorce Estados miembros, a los que insta a hacer un uso pleno de ellos de conformidad con el Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas (pese a que la entrada en vigor de este texto no se producirá hasta el 11 de octubre de 2020) y otros requisitos impuestos por el Derecho de la Unión Europea, con la finalidad de «tener plenamente en cuenta los riesgos para las infraestructuras sanitarias esenciales, el suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos». Insta también a los Estados miembros que actualmente no disponen de un mecanismo de control, o cuyos mecanismos de control no cubren todas las operaciones pertinentes, a que establezcan un mecanismo de control completo y a que, hasta entonces, examinen otras opciones a su disposición, siempre en cumplimiento del Derecho de la Unión y las obligaciones internacionales.

Los puntos fundamentales de esta comunicación son los siguientes:

1.- Inversiones extranjeras directas.

La responsabilidad del control de las inversiones extranjeras directas corresponde a los Estados miembros, pero ese control debe tener en cuenta el impacto sobre la Unión Europea en su conjunto. De acuerdo con el Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas, los Estados miembros pueden adoptar medidas para impedir que un inversor extranjero adquiera o asuma el control de una empresa cuando tal adquisición o control suponga una amenaza para su seguridad o para el orden público, incluyendo en esos conceptos los riesgos para las infraestructuras sanitarias críticas y el suministro de insumos fundamentales. No obstante, puesto que en el mercado interior europeo los riesgos creados por una inversión no se detienen necesariamente en las fronteras del Estado en el que se realiza, se permite que la Comisión emita un dictamen sobre una inversión específica y que otros Estados miembros puedan solicitar información y formular observaciones.

Además, en caso de que una inversión extranjera no sea sometida a un proceso de control nacional, los Estados miembros y la Comisión pueden presentar observaciones y dictámenes en un plazo de quince meses a partir de que se haya realizado la inversión extranjera. Aclara la Comunicación que eso significa que una inversión extranjera realizada ahora (marzo de 2020) podría ser objeto de observaciones por parte de los Estados miembros o de dictámenes de la Comisión a partir del 11 de octubre de 2020 (fecha de la plena aplicación del Reglamento) y hasta junio de 2021 (quince meses después de realizada la inversión).

El control de la inversión extranjera directa no necesariamente da lugar a una prohibición de la inversión prevista, sino que en ciertos casos las medidas de reducción de riesgos pueden ser suficientes (por ejemplo, condiciones que garanticen el suministro de medicamentos o productos sanitarios).

2.- Inversiones de cartera

Estas inversiones podrían ser relevantes en términos de seguridad o de orden público cuando representen la adquisición de participaciones cualificadas que otorguen determinados derechos al accionista o a los accionistas vinculados en virtud del Derecho de sociedades nacional (por ejemplo, el 5 %). Los Estados miembros pueden someterlas a control con arreglo a las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales.

3.- Acciones de oro

Los Estados miembros pueden retener derechos especiales en determinadas empresas. En algunos casos, tales derechos pueden permitir al Estado bloquear o limitar determinados tipos de inversiones en las empresas afectadas, siempre dentro de los límites del artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que prevé la libre circulación de capitales dentro de la Unión Europea y con terceros países. Las restricciones deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas para alcanzar objetivos legítimos en el ámbito de las políticas públicas, entre los que pueden invocarse razones de orden público, seguridad pública y salud pública en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

4.- Compras predatorias

En caso de «compra predatoria» de activos estratégicos por parte de inversores extranjeros la excepción a la libre circulación de capitales más pertinente es el «orden público o la seguridad pública», establecida en el artículo 65 del TFUE. Ello podría justificar, por ejemplo, las medidas restrictivas necesarias para garantizar la seguridad del suministro (por ejemplo, en el ámbito de la energía) o la prestación de servicios públicos esenciales si otras medidas menos restrictivas (por ejemplo, medidas reguladoras que impongan obligaciones de servicio público a todas las empresas que operan en determinados sectores) no bastan para hacer frente a una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. También pueden adoptarse medidas restrictivas para hacer frente a las amenazas a la estabilidad financiera.

5.- Funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria y de la balanza de pagos de los Estados miembros no pertenecientes a la zona euro

El TFUE prevé salvaguardias en caso de dificultades o amenazas graves para el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria y para la balanza de pagos de los Estados miembros no pertenecientes a la zona del euro. En el caso de la inversión extranjera de terceros países en empresas con valoraciones en los mercados de capitales que se consideren muy por debajo de su valor real o intrínseco, se podrían introducir restricciones teniendo en cuenta el impacto real o potencial de esas inversiones en la salvaguardia de los intereses públicos (por ejemplo, si pueden dar lugar a una dependencia excesiva de los inversores extranjeros de terceros países para la prestación de suministros o servicios de carácter esencial).

Por último, cabe señalar que, en el análisis de la justificación y de la proporcionalidad, las restricciones a los movimientos de capitales hacia y desde terceros países tienen lugar en un contexto jurídico diferente en comparación con las restricciones a los movimientos de capital en el seno de la Unión Europea, lo que tiene como consecuencia que puedan admitirse motivos de justificación adicionales en el caso de restricciones sobre operaciones que impliquen a un tercer país y que en esos casos los motivos admisibles de justificación también pueden interpretarse de forma menos restrictiva.

La lista completa de los mecanismos nacionales de control y los enlaces a la legislación nacional vigentes a 28 de febrero de 2020 se pueden consultar en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/157946.htm>