

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL CONTROL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

La nueva regulación de la Unión Europea sobre el control de las inversiones extranjeras

El reciente Reglamento (UE) 2019/452 se ocupa de la inversión extranjera directa, y tiene como objetivo lograr un equilibrio entre la protección de infraestructuras críticas, tecnología y conocimientos de la Unión Europea y sus Estados miembros y dar la bienvenida a las inversiones extranjeras como fuente principal de crecimiento económico. El Reglamento prevé un proceso de revisión supranacional de inversiones extranjeras que involucre a la Comisión. Este proceso no reemplaza el control de la inversión extranjera nacional. Tampoco habrá un sistema de “ventanilla única” para los inversores extranjeros. Sin embargo, las autoridades de los Estados miembros deberán tener en cuenta cualquier opinión de otros Estados miembros y la Comisión sobre las inversiones extranjeras. La revisión de las inversiones puede tener un peso político sustancial para el proceso nacional de toma de decisiones y puede constituirse en un importante instrumento de control para las inversiones exteriores en la UE.

PALABRAS CLAVE

Inversión extranjera, Unión Europea, Reglamento, Seguridad pública, Orden público, Infraestructuras críticas, Tecnologías críticas, Defensa nacional.

The new European regulation on screening of foreign investments

The recent EU Regulation (EU) 2019/452 deals with foreign direct investment, and aims to strike the balance between protecting critical infrastructures, technology and knowhow of the European Union and its Member States and welcoming foreign investments as major source of economic growth. The Regulation provides for a multinational screening process of foreign investments involving the Commission. This process does not replace national foreign investment control and there will be no one-stop shop solution for foreign investors either. However, any views of the Member States and the Commission on foreign investments will have to be taken into account by authorities in Member States. Screening may thus have substantial political weight for the national decision-making process and could emerge as an important control instrument for EU inbound investments from third countries.

KEY WORDS

Foreign investment, European Union, Regulation, Public security, Public order, Critical infrastructure, Critical technologies, National defense.

Fecha de recepción: 01-01-2019

Fecha de aceptación: 01-02-2019

INTRODUCCIÓN

El 10 de abril de 2019 entró en vigor el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (“Reglamento (UE) 2019/452”). No obstante, el propio Reglamento establece en su artículo 17 que sus disposiciones serán aplicables a partir del 11 de octubre de 2020.

Este Reglamento representa la primera ocasión en que, de un modo significativo, la Unión Europea adopta una medida concreta para el control de las inversiones exteriores en sectores críticos dentro de los Estados miembros.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2019/452, no existía ningún marco global en la Unión Europea para el control de las inversiones directas realizadas por inversores de terceros Estados. La Unión Europea había considerado que la aplicación de controles sobre inversiones procedentes de terceros Estados por razones de orden o seguridad pública constituía una cuestión local.

Pese a que la norma adopta la forma de Reglamento, no supone la introducción de un sistema de

control obligatorio en el ámbito de la Unión Europea. Tampoco supone una armonización completa de los regímenes nacionales de control de inversiones extranjeras existentes en los distintos Estados miembros. Por el contrario, el Reglamento (UE) 2019/452 se limita a establecer un marco europeo con pautas generales que deberán ser desarrolladas por los Estados miembros en su legislación interna e introduce una serie de mecanismos de coordinación en el análisis de las inversiones exteriores entre los Estados miembros y la Comisión Europea.

En todo caso, la decisión última sobre la aprobación, restricción o prohibición de las inversiones extranjeras se mantiene como una competencia de los distintos Estados miembros sometida a la legislación de cada Estado.

Exponemos a continuación las principales novedades introducidas por el Reglamento (UE) 2019/452.

2. Requisitos mínimos que deben cumplir los regímenes nacionales de control de inversiones extranjeras

El Reglamento (UE) 2019/452 no impone a los

Estados miembros la obligación de aplicar un mecanismo de control de inversiones extranjeras. De hecho, en el momento de la aprobación del Reglamento, únicamente doce Estados miembros tenían un régimen de control de inversiones procedentes de terceros países en vigor.

Sin embargo, se han establecido unos requisitos mínimos que deben cumplir estos mecanismos en el supuesto de que los Estados miembros decidan aplicarlos. En concreto, se prevé que los regímenes que adopten los Estados miembros estén sometidos a:

- (i) *Los principios de transparencia y no discriminación*: Las normas y procedimientos relacionados con los mecanismos de control y, en concreto, los plazos aplicables, serán transparentes y no discriminarán entre terceros países. Los Estados miembros deberán determinar las circunstancias que deben concurrir para iniciar un control, los motivos de este y las normas de procedimiento aplicables.
- (ii) *Plazos*: Los Estados miembros aplicarán plazos en el marco de sus mecanismos de control, al término de los cuales ha de dictarse una resolución expresa.
- (iii) *Protección de la información confidencial*: Se protegerá la información confidencial facilitada al Estado miembro que esté efectuando el control.
- (iv) *Derecho a recurso*: Se deberá establecer un sistema de recursos contra las decisiones adoptadas bajo la normativa de control de inversiones extranjeras
- (v) *Medidas para evitar la elusión de la norma*: Los Estados miembros deberán adoptar todas las medidas necesarias para evitar la elusión de los mecanismos de control y decisiones de control.

Factores que pueden tenerse en cuenta en el análisis

La jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea ha establecido que, en la medida en que el control de las inversiones extranjeras supone una restricción de la libre circulación de capitales y establecimiento, esta libertad únicamente puede ser limitada por razones de orden público o seguridad. De este modo, los mecanismos que implanten los Estados miembros habrán de estar justificados por motivos de seguridad u orden público.

El Reglamento enumera una lista de factores que pueden tomarse en consideración para determinar si una medida puede afectar al orden o a la seguridad pública y justifica, por tanto, la adopción de un mecanismo de control de inversiones extranjeras.

Entre los factores relativos al sector afectado por la inversión, se mencionan:

- (i) Las infraestructuras críticas, tanto físicas como virtuales, incluyendo las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera y las instalaciones sensibles.
- (ii) Tecnologías críticas y productos de doble uso, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespacial de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.
- (iii) El suministro de insumos fundamentales, en particular energía o materias primas, así como la seguridad alimentaria.
- (iv) El acceso a información sensible, en particular, datos personales, o la capacidad de control de dicha información.
- (v) Pluralismo y libertad de los medios de comunicación.

Adicionalmente, se prevé que los Estados puedan tener en cuenta factores relacionados con el inversor y, en concreto:

- Si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el Gobierno de un tercer país, mediante la estructura de propiedad o una financiación significativa.
- Si el inversor extranjero ha participado en actividades que puedan afectar a la seguridad o el orden público de un Estado miembro.
- Si existe un riesgo grave de que el inversor realice actividades delictivas o ilegales.

Mecanismos de cooperación entre Estados miembros y entre los Estados miembros y la Comisión Europea

Una de las principales novedades del Reglamento (UE) 2019/452 es la introducción de un mecanis-

mo de cooperación entre los Estados miembros y la posibilidad de intervención de la Comisión Europea en el análisis de la inversión extranjera.

Obligación de información

Los Estados miembros donde tenga lugar la inversión extranjera deberán poner la siguiente información a disposición de la Comisión Europea u otros Estados miembros sin demora:

- (i) Estructura de propiedad del inversor extranjero, incluyendo la información sobre el inversor último y su participación en el capital, y de la empresa objeto de la inversión.
- (ii) Valor aproximado de la inversión extranjera directa y la financiación de la inversión y su fuente.
- (iii) Productos o servicios ofrecidos por el inversor extranjero y la empresa objeto de la inversión.
- (iv) Estados miembros donde el inversor y la empresa objeto de la inversión desarrollen actividades.
- (v) Fecha en la que se haya revisto realizar o se haya realizado la inversión extranjera.

Mecanismos de cooperación

El Reglamento (UE) 2019/452 establece varios mecanismos para facilitar la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión Europea.

— Cooperación en relación con inversiones extranjeras que estén siendo objeto de control

Se prevé un sistema de comunicación entre los Estados miembros de toda inversión extranjera directa en su territorio que esté siendo sometida a control. Esta comunicación podrá incluir una lista de los Estados miembros cuya seguridad u orden público puedan verse afectados por la inversión.

Los Estados miembros podrán formular observaciones en relación con una inversión extranjera que esté siendo analizada por otro Estado miembro si consideran que esta puede afectar a su seguridad u orden público o si tiene información que considera relevante. Del mismo modo, cuando la Comisión Europea considere que una inversión extranjera puede afectar a la seguridad u orden público de más de un Estado miembro podrá emitir un dictamen a la atención del Estado miembro que esté realizando el control. Se establece un plazo máximo de 35 días para la remisión de observaciones o la emisión de un

informe motivado por parte de la Comisión Europea a contar desde el momento en el que el Estado miembro informa de la existencia de un procedimiento de control.

Se prevé que el Estado miembro que esté efectuando el control deberá tomar en consideración las observaciones de los demás Estados miembros y, en su caso, el dictamen de la Comisión Europea, pero seguirá siendo soberano en la adopción de la decisión.

— Cooperación en relación con inversiones extranjeras que no estén siendo objeto de control.

Si un Estado miembro considera que una inversión extranjera directa que está siendo realizada en otro Estado miembro no está sometida a control en dicho Estado miembro y puede afectar a su seguridad u orden público, podrá formular observaciones a ese otro Estado miembro. De forma análoga, si la Comisión Europea considera que una inversión extranjera directa que está siendo realizada en un Estado miembro que no esté siendo sometida a control en dicho Estado miembro puede afectar a la seguridad u orden público en más de un Estado miembro, podrá emitir un dictamen a la atención del Estado miembro en que se haya previsto o realizado dicha inversión extranjera directa. La Comisión Europea emitirá este dictamen si al menos un tercio de los Estados miembros considera que una inversión extranjera directa puede afectar a su seguridad u orden público.

Los Estados miembros o la Comisión Europea podrán formular alegaciones en relación con una inversión extranjera directa hasta quince meses después de que esta se hubiera realizado.

— Cooperación en caso de inversiones extranjeras que puedan afectar a proyectos o programas de interés para la Unión

Si la Comisión Europea considera que una inversión extranjera directa puede afectar a programas o proyectos de interés para la Unión, podrá emitir un dictamen a la atención del Estado miembro en que se haya previsto o realizado dicha inversión. Entre estos programas se encuentran los programas para el establecimiento y explotación de los sistemas europeos de radionavegación por satélite (Galileo, EGNOS y Copérnico), el programa de Investigación e Innovación Horizonte 2020, las redes transeuropeas de transporte y energía, el programa europeo de desarrollo industrial en materia de defensa y los proyectos incluidos en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente.

Impacto del Reglamento en la normativa española sobre control de inversiones exteriores

Como reflexión final, cabe plantear cuál puede ser el impacto del Reglamento en la normativa española sobre el control de inversiones exteriores.

La regulación española en este ámbito se encuentra fundamentalmente en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior; y en el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores. Esta regulación parte de la premisa general de que las inversiones exteriores se encuentran liberalizadas en España, sin perjuicio de que ese régimen de liberalización pueda suspenderse por Acuerdo del Consejo de Ministros cuando se trate de inversiones que puedan afectar a actividades relacionadas con el ejercicio de poder público o actividades directamente relacionadas con la defensa nacional o que afecten al orden público, seguridad pública y salud pública. El artículo 11 del Real Decreto 664/1999 mantiene, como suspensión normativa indefinida, la suspensión del régimen de liberalización en relación con inversiones en actividades que puedan afectar a la defensa nacional. Es en ese ámbito de la defensa donde, en nuestro ordenamiento, se ha producido la aplicación constante a lo largo del tiempo del régimen de autorización previa de la inversión.

Cabe pensar que, *a priori*, el régimen español se acomoda ya, en su configuración actual, al marco diseñado por el Reglamento (UE) 2019/452, al menos en cuanto al fondo de la regulación y los supuestos en que es posible el control previo de las inversiones exteriores. Del mismo modo, conforme a las garantías generales previstas en la legislación

sobre procedimiento administrativo, también nuestro sistema cumpliría en general con las exigencias requeridas por el Reglamento por razones de seguridad jurídica para el inversor.

No obstante, es cierto que nuestro sistema probablemente requiera una adaptación a la nueva mecánica de colaboración entre la Comisión Europea y los Estados miembros, que constituye probablemente la principal novedad que experimenten los procedimientos de autorización de la inversión extranjera en nuestro país.

Del mismo modo, no puede desconocerse que el Reglamento abre nuevas posibilidades respecto del potencial establecimiento de mecanismos de control, en la medida en que define con mayor precisión el concepto de seguridad y orden público como justificativo de la restricción a la libertad de movimiento de capitales. Por ejemplo, el nuevo Reglamento permite la introducción de controles en el sector tecnológico o en el sector de los medios de comunicación, adaptándose así a nuevas realidades socioeconómicas donde la seguridad y el orden público no solo dependen de los medios tradicionales (ejercicio de la autoridad o defensa).

En suma, será necesario estar atentos a la evolución normativa que pueda desplegarse en España con vistas al momento en el que el Reglamento será aplicable (11 de octubre de 2020) y cómo impacta ello en un sistema como el nuestro centrado exclusivamente en el sector de la defensa nacional y que deberá adaptarse a un entorno de colaboración con la Comisión Europea y los Estados miembros para adoptar una visión estratégica de ámbito europeo en el control de las inversiones exteriores.

MANUEL VÉLEZ FRAGA Y ANA RAQUEL LAPRESTA BEINZ (*)

(*) Abogados del Área de Derecho Público, Procesa y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).