

II

(Comunicaciones)

COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN EUROPEA

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

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, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas)

(2020/C 99 I/01)

La Unión Europea está abierta a la inversión extranjera, esencial para nuestro crecimiento económico, competitividad, empleo e innovación. Muchas empresas europeas están plenamente integradas en las cadenas de suministro mundiales, que es necesario mantener en funcionamiento. La UE desea seguir siendo un destino atractivo para las inversiones extranjeras directas (IED), y lo seguirá siendo.

La emergencia relacionada con la COVID-19 está teniendo efectos generalizados en la economía de la Unión Europea. Como parte de la respuesta global, la Comisión ha destacado asimismo la cuestión del control de las inversiones extranjeras directas.

Entre las posibles consecuencias del actual *shock* económico se observa un mayor riesgo potencial para las industrias estratégicas, sobre todo para las industrias relacionadas con la atención sanitaria, aunque no limitado a estas. La resiliencia de estas industrias y su capacidad para seguir respondiendo a las necesidades de los ciudadanos de la UE debe situarse a la cabeza de los esfuerzos combinados, tanto a nivel de la Unión Europea como de los Estados miembros.

Sin embargo, hoy más que nunca, la apertura de la UE a la inversión extranjera debe compensarse con instrumentos de control adecuados. En el contexto de la emergencia por la COVID-19, podría producirse un mayor riesgo de tentativas de adquisición de **capacidades sanitarias (por ejemplo, para la producción de equipos médicos o de protección) o de industrias afines como centros de investigación** (por ejemplo, para el desarrollo de vacunas) a través de las inversiones extranjeras directas. Es necesario mantenerse vigilantes para garantizar que tales inversiones extranjeras directas no tengan efectos perjudiciales en la capacidad de la UE para cubrir las necesidades sanitarias de sus ciudadanos.

El brote de COVID-19 ha puesto de relieve la necesidad de preservar y mejorar la puesta en común de estas valiosas capacidades dentro del mercado único, así como con las personas que las necesitan en cualquier otro lugar del mundo. En este contexto, las adquisiciones de activos relacionados con la asistencia sanitaria tendrían consecuencias para el conjunto de la Unión Europea.

En su Comunicación de 13 de marzo de 2020 ⁽¹⁾, la Comisión indicó que los Estados miembros deben estar alerta y utilizar todos los instrumentos de que dispongan a nivel nacional y de la Unión para evitar que la actual crisis provoque una pérdida de activos y tecnología esenciales.

Las normas de la UE proporcionan un marco para garantizar la protección de los objetivos legítimos en el ámbito de las políticas públicas cuando dichos objetivos se vean amenazados por inversiones extranjeras. Dichas normas se recuerdan en el anexo.

⁽¹⁾ Respuesta económica coordinada al brote de COVID-19, COM(2020) 112 final.

Actualmente, la responsabilidad del control de las IED corresponde a los Estados miembros. El control de las IED debe tener en cuenta el impacto sobre la Unión Europea en su conjunto, en particular con el fin de garantizar la continuidad de la capacidad crítica de la industria de la UE mucho más allá del sector sanitario. Los riesgos para las capacidades estratégicas más amplias de la UE pueden verse exacerbados por la volatilidad o la infravaloración de los mercados de valores europeos. Los activos estratégicos son cruciales para la seguridad de Europa y forman parte de la columna vertebral de su economía y, por consiguiente, de su capacidad para recuperarse rápidamente.

A tal fin, la Comisión Europea insta a los Estados miembros a:

- utilizar plenamente desde ahora sus mecanismos de control de las IED con el fin de tener plenamente en cuenta los riesgos para las infraestructuras sanitarias esenciales, el suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos, como se prevé en el marco jurídico de la UE;
- en el caso de aquellos Estados miembros que actualmente no disponen de un mecanismo de control, o cuyos mecanismos de control no cubren todas las operaciones pertinentes, que establezcan un mecanismo de control completo y, mientras tanto, que utilicen todas las demás opciones disponibles para abordar los casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología pueda suponer un riesgo para la seguridad o el orden público en la UE, incluido un riesgo para las infraestructuras sanitarias esenciales y el suministro de insumos críticos.

Las orientaciones examinan también el tipo de medidas que pueden adoptarse para restringir los movimientos de capitales cuando esté justificado.

ANEXO

1. **Ámbito de aplicación del Reglamento sobre el control de las inversiones extranjeras directas**

El Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas abarca las inversiones extranjeras directas de terceros países, es decir, aquellas inversiones que «establecen o mantienen vínculos duraderos y directos entre inversores de terceros países, incluidas entidades estatales, y empresas que realizan una actividad económica en un Estado miembro»⁽¹⁾. El Reglamento se aplica a todos los sectores de la economía y no está sujeto a umbrales. En efecto, la necesidad de controlar una operación puede ser independiente del valor de la operación en sí misma. Las pequeñas empresas emergentes pueden tener un valor relativamente limitado, pero su importancia estratégica puede ser significativa en aspectos como la investigación o la tecnología.

El Reglamento faculta a los Estados miembros a examinar las inversiones dentro de su ámbito de aplicación por motivos de seguridad u orden público, y a adoptar medidas para hacer frente a riesgos específicos.

Este examen y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para evitar o condicionar una inversión en el ámbito de aplicación del Reglamento por motivos de seguridad u orden público es responsabilidad última de los Estados miembros. La Comisión podrá dirigir dictámenes y recomendar acciones específicas al Estado miembro en el que se realice la inversión, en particular cuando exista el riesgo de que la inversión afecte a proyectos y programas de interés para la Unión.

La Comisión insta a los Estados miembros a que se muestren especialmente vigilantes para evitar que la crisis sanitaria actual resulte en la venta masiva de empresas y operadores industriales europeos, incluidas pymes. La Comisión seguirá de cerca la evolución de la situación sobre el terreno y mantendrá contactos con los Estados miembros, según proceda.

La Comisión también recuerda a los Estados miembros las interdependencias que existen en un mercado integrado como el europeo, y pide a todos ellos que busquen asesoramiento y coordinación en los casos en que las inversiones extranjeras puedan tener un efecto real o potencial, ahora o en el futuro, en el mercado único.

2. **¿Cuál es el papel del control de la inversión extranjera directa en caso de emergencia de salud pública?**

Con arreglo al 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 el orden público. Esto incluye una situación en la que tales amenazas estén vinculadas a una emergencia de salud pública.

Para determinar si es probable que una inversión extranjera directa afecte a la seguridad o al orden público, los Estados miembros y la Comisión podrán «tener en cuenta todos los factores pertinentes, como los efectos sobre las infraestructuras críticas y las tecnologías (incluidas las tecnologías facilitadoras esenciales), así como los insumos que son esenciales para la seguridad o el mantenimiento del orden público, cuya perturbación, fallo, pérdida o destrucción tendría un impacto significativo en un Estado miembro o en la Unión»⁽²⁾.

El Reglamento sobre el control de las inversiones extranjeras directas se refiere explícitamente a los riesgos para las infraestructuras sanitarias críticas y el suministro de insumos fundamentales entre los factores que deben tenerse en cuenta al someter a control una inversión extranjera.

En el mercado interior europeo, los riesgos creados por una inversión no se detienen necesariamente en las fronteras del Estado miembro en el que esta se realiza. Por ello, el Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas no solo contempla la posibilidad de que la Comisión emita su dictamen sobre una inversión específica sino que otros Estados miembros distintos de aquel en el que tiene lugar la inversión también puedan solicitar información y formular observaciones.

El control de la inversión extranjera directa no necesariamente da lugar a una prohibición de la inversión prevista. Existen casos en los que las medidas de reducción de riesgos pueden ser suficientes (por ejemplo, condiciones que garanticen el suministro de medicamentos o productos sanitarios). El interés de la Unión puede dictar que estos compromisos de suministro se extiendan más allá de las necesidades previstas del Estado miembro de acogida. También es importante tener en cuenta que los Estados miembros pueden intervenir en algunos casos, al margen de los mecanismos de control, por ejemplo imponiendo licencias obligatorias a los medicamentos patentados ante una emergencia nacional como una pandemia.

(1) Véase el considerando 9 del Reglamento sobre el control de las inversiones extranjeras directas.

(2) Véase el considerando 13 del Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas.

Por último, una adquisición extranjera que es probable que afecte a proyectos o programas de interés para la Unión estará sujeta a un control más riguroso por parte de la Comisión, cuyos dictámenes deben ser tenidos muy en cuenta por los Estados miembros. Este sería el caso, por ejemplo, de la inversión extranjera en empresas de la UE que hayan recibido financiación con cargo al Programa de Investigación e Innovación de la UE «Horizonte 2020». Así, se prestará especial atención a todos los proyectos de Horizonte 2020 relacionados con el sector de la salud, incluidos los futuros proyectos en respuesta al brote de la COVID-19 ⁽³⁾.

3. ¿Qué deben esperar los inversores desde este momento en lo que respecta al control de las inversiones?

Ya existen mecanismos nacionales de control en catorce Estados miembros ⁽⁴⁾. La Comisión insta a estos Estados miembros a hacer un uso pleno de sus mecanismos de control existentes de conformidad con el Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas y otros requisitos impuestos por el Derecho de la UE. La Comisión también insta 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, en pleno cumplimiento del Derecho de la Unión y de las obligaciones internacionales, a fin de abordar aquellos casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología pueda crear un riesgo para la seguridad o el orden público, incluida la seguridad sanitaria, en la UE.

Es importante recordar que, en caso de que una inversión extranjera no sea sometida a un proceso de control nacional, el Reglamento establece que 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. Esto puede llevar a la adopción de medidas por el Estado miembro en el que se haya realizado la inversión, incluidas las necesarias medidas de reducción de riesgos. En la práctica, una inversión extranjera realizada ahora (marzo de 2020) podría ser objeto de observaciones *ex post* 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).

Por lo que se refiere a las inversiones que no constituyen IED, es decir, inversiones de cartera, los Estados miembros pueden someterlas a control con arreglo a las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales. En general, en comparación con las IED, es menos probable que las inversiones de cartera, que no confieren al inversor una influencia efectiva en la gestión y el control de una empresa, planteen problemas de seguridad o de orden público. No obstante, solo podrían ser pertinentes en términos de seguridad o de orden público cuando representen la adquisición de, como mínimo, participaciones cualificadas que otorguen determinados derechos al accionista o a los accionistas vinculados en virtud del Derecho de sociedades nacional (por ejemplo, el 5 %).

Además del control de las inversiones, los Estados miembros pueden retener derechos especiales en determinadas empresas («acciones de oro»). En algunos casos, tales derechos pueden permitir al Estado bloquear o limitar determinados tipos de inversiones en las empresas afectadas. Estas medidas son específicas de la empresa afectada, y su alcance depende de las facultades otorgadas al Estado por la acción de oro. Al igual que otras restricciones a los movimientos de capitales, deben ser necesarias y proporcionadas para alcanzar un objetivo legítimo en el ámbito de las políticas públicas (véase la sección siguiente).

4. ¿Cuáles son las justificaciones a las restricciones de los movimientos de capitales?

El artículo 63 del TFUE prevé la libre circulación de capitales no solo dentro de la UE, sino también con terceros países, por lo que las restricciones deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas para alcanzar objetivos legítimos en el ámbito de las políticas públicas. Tales objetivos están definidos en el Tratado o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como razones imperiosas de interés general. Estos objetivos no deben ser puramente económicos ⁽⁵⁾. 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 ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ 47,5 millones de euros para proyectos de investigación sobre avances en el conocimiento para la respuesta clínica y de salud pública a la epidemia de COVID-19 a través de la convocatoria directa de Horizonte 2020 y 45 millones de euros por la asociación público-privada: Iniciativa sobre Medicamentos Innovadores.

⁽⁴⁾ Puede consultar la lista completa de los mecanismos nacionales de control y los enlaces a la legislación nacional en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/157946.htm>

⁽⁵⁾ Asunto C-563/17, Associação Peço a Palavra, apartado 70.

⁽⁶⁾ Véanse los asuntos C-54/99, Église de Scientologie, apartado 17, C-503/99, Comisión/Bélgica, apartado 47, y C-463/00, Comisión/España, apartado 72.

En caso de «compra predatoria» de activos estratégicos por parte de inversores extranjeros (por ejemplo, con el fin de limitar el suministro al mercado de la UE de una determinada mercancía o un determinado servicio), la excepción 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 ⁽⁷⁾.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la salud pública como razón imperiosa de interés general ⁽⁸⁾. Las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia en relación con otras libertades del Tratado incluyen también la protección de los consumidores, la preservación del equilibrio financiero del sistema de seguridad social y la consecución de objetivos de política social, que podrían ser pertinentes en situaciones de emergencia.

Además, el Tratado prevé salvaguardias en caso de dificultades o amenazas graves para el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria (artículo 66 del TFUE) y para la balanza de pagos de los Estados miembros no pertenecientes a la zona del euro (artículos 143/144 del TFUE).

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, podría examinarse la posibilidad de introducir restricciones teniendo en cuenta el impacto real o potencial de esas inversiones en la salvaguardia de los mencionados 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). Desde el punto de vista de la idoneidad de estas medidas, también debe tenerse en cuenta y, en su caso, mitigarse, su posible impacto negativo sobre las empresas y la economía en general.

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 UE ⁽⁹⁾. Por consiguiente, en virtud del Tratado, pueden admitirse motivos de justificación adicionales en el caso de restricciones sobre operaciones que impliquen a un tercer país. Los motivos admisibles de justificación también pueden interpretarse de forma menos restrictiva.

⁽⁷⁾ Véase la Declaración de la Comisión sobre los controles de capitales impuestos por las autoridades griegas el 29 de junio de 2015, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/STATEMENT_15_5271.

⁽⁸⁾ Asunto C-531/06, Comisión/Italia, apartado 51.

⁽⁹⁾ Asunto C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation / Commissioners of Inland Revenue, apartado 171.