



<https://doi.org/10.18800/dys.202301.003>

FECHA DE RECEPCIÓN: 29/04/2023
FECHA DE APROBACIÓN: 03/05/2023

EL CONTROL DE INVERSIONES EN LA UE Y LOS EE. UU. DIFERENTES MODELOS – ¿LOS MISMOS OBJETIVOS?¹

The control of investments in the EU and the USA. Different models- ¿same objectives?

Björn Arp*

Washington College of Law

American University Washington College of Law

¹ Los enlaces de las páginas web citadas en este artículo están actualizadas al mes de mayo de 2023.

* Profesor y Fellow del Centro de Arbitraje Comercial Internacional de la Facultad de Derecho de American University, en Washington, D.C. ORCID iD: 0009-0003-0606-5446. Correo electrónico: arp@wcl.american.edu

Resumen:

Este artículo analiza el control de inversiones extranjeras efectuado en años recientes por los EE.UU. y por la Unión Europea (UE). Este análisis se justifica porque desde hace apenas unos cinco o seis años a ambos lados del Atlántico se ha reforzado el control de inversiones que llegan a estos territorios. El artículo clarifica y compara el alcance del control de inversiones en cada uno de estos dos territorios. Este estudio permite observar los riesgos de una progresiva expansión de la noción de “seguridad nacional”, y especialmente en la UE —debido al carácter descentralizado del control de inversiones— a un uso políticamente condicionado que puede tener impacto en las relaciones entre los Estados miembros y los órganos de la UE, incluida la judicialización de la definición de seguridad nacional y orden público a través de la intervención del Tribunal de Justicia de la UE, y entre los EE.UU. y la UE.

Abstract:

This article analyzes the control of foreign investments carried out in recent years by the US and the European Union (EU). This analysis is justified because for only about five or six years on both sides of the Atlantic, the control of investments that reach these territories has been strengthened. The article clarifies and compares the scope of investment control in each of these two territories. This study allows us to observe the risks of a progressive expansion of the notion of “national security”, and especially in the EU- due to the decentralized nature of investment control- to a political use with an impact on relations between Member States and EU bodies, including the judicialization of the definition of national security and public order through the intervention of the Court of Justice of the EU. In addition, investment screening may impact the EU-US trade and investment relations.

Palabras clave:

Control de inversiones — Derecho de la UE — relaciones internacionales — globalización — seguridad nacional — orden público.

Keywords:

Investment control — EU law — International relations — globalization — national security—
public order.

Sumario:

1. Introducción — 2. El modelo centralizado de control de inversiones de los Estados Unidos — 3. El modelo descentralizado de control de inversiones seguido en la Unión Europea — 4. Coordinación de los esfuerzos de EE. UU. y la UE en el control de inversiones — 5. Comparación y conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El control de inversiones extranjeras es un procedimiento ante una agencia gubernamental para autorizar nuevas inversiones extranjeras entrantes o cambios sustanciales en las inversiones extranjeras existentes. El ejercicio de este control atiende a criterios generales de política de inversión considerados claves en ese estado, tales como seguridad nacional, interés público o situaciones de emergencia nacional. Los procedimientos de control de inversiones han existido en algunas economías desarrolladas durante muchos años, pero no han tenido mucha importancia en la práctica. En años más recientes, estos procedimientos de control de inversiones experimentaron un aumento en el uso en la mayoría de los países desarrollados del mundo, y más notablemente en los Estados Unidos (en adelante, EE. UU.) y la Unión Europea (en adelante, UE).²

Con unos \$2,5 trillones de flujos de inversión anual desde los EE. UU. a la UE y viceversa³, los flujos de inversión transatlántica constituyen una parte importante de la relación entre los dos continentes, y el crecimiento del control de inversiones tiene inevitablemente un impacto en las relaciones de inversión entre ambas partes. Este artículo revisa el marco legal para el control de las inversiones extranjeras tanto en los EE. UU. como en la UE. Asimismo, se efectuará un análisis por separado del régimen en cada lado del Atlántico porque el modelo seguido por cada uno es diferente: mientras que los EE. UU. sigue

² El Informe sobre las inversiones en el mundo de 2021 de la UNCTAD mencionó la introducción o reintroducción de mecanismos de control de inversiones, especialmente en las economías desarrolladas, como una de las tendencias más importantes de las políticas nacionales de inversión en 2021. El informe identificó 34 estados que introdujeron o reforzaron su control de inversiones nacionales por motivos de seguridad nacional en 2020 y principios de 2021. Véase UNCTAD, “World Investment Report 2021. Investing in Sustainable Recovery,” UN Doc. UNCTAD/WIR/2021, en p. 111.

³ Véase los datos del flujo de inversiones entre los EE.UU. y la UE para el año 2021 en la página web oficial de “Trade” de la Comisión Europea, disponible en https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/united-states_en.

un modelo centralizado (Sección 2), administrado por una agencia federal; en la UE se deja un amplio margen de actuación a los individuales Estados miembros (Sección 3). A la vista de la relevancia práctica del control de inversiones también para los flujos de inversiones entre los dos continentes, la Sección 4 se ocupará de exponer las formas de coordinación acordadas por los EE. UU. y la UE. En la última sección (Sección 5) se resumirán algunas observaciones que se pueden formular a la luz del estado actual de desarrollo e implementación de los mecanismos de control.

2. EL MODELO CENTRALIZADO DE CONTROL DE INVERSIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS

2.1. Breve referencia a la evolución del control de inversiones en los Estados Unidos

Estados Unidos tiene un proceso centralizado de control de inversiones administrado por el Comité Interinstitucional de Inversiones Extranjeras en Estados Unidos (“CFIUS” en sus siglas en inglés). Los orígenes de CFIUS se remontan a los intentos del presidente Ford en 1975 de monitorear el impacto de la inversión extranjera directa y de cartera en los EE. UU., y de coordinar la implementación de la política de los EE. UU. sobre dicha inversión⁴ en respuesta a peticiones del Congreso de hacer algo en esta materia. CFIUS podía analizar las inversiones en los EE. UU. que se consideraba que tenían “implicaciones importantes para los intereses nacionales de los Estados Unidos”⁵.

El Congreso otorgó explícitamente autoridad al Presidente para llevar a cabo una revisión de las inversiones extranjeras en 1988⁶, y en 1993 el Congreso hizo obligatoria la revisión de toda transacción que podía resultar en el control por un gobierno extranjero de una empresa involucrada en comercio federal y que podría afectar la seguridad nacional de los Estados Unidos⁷. En respuesta a un controvertido intento de Dubai *Ports World* de adquirir P&O (incluidas sus operaciones portuarias en los EE. UU.), el Congreso aprobó la Ley de Inversión Extranjera y Seguridad Nacional de 2007 (FINSNA) para revestir formalmente a

⁴ Orden Ejecutiva N° 11858, 40 Fed. Reg. 20263 (7 de mayo de 1975), Sección 1(b).

⁵ Orden Ejecutiva N° 11858, 40 Fed. Reg. 20263 (7 de mayo de 1975), Sección 1(b) (3).

⁶ Enmienda Exon-Florio a la Sección 721 de la Ley de Producción de Defensa de 1950, adoptada en la Ley Ómnibus de Comercio y Competitividad de 1988, 5021, Ley Pública 100-418, U.S. Statutes at Large 102 (1988): 1107, codificado en U.S.C. 50 1988, App. § 2170.

⁷ Enmienda Byrd a la Ley de Autorización de Defensa Nacional para el año fiscal 1993, Ley Pública 102-484, U.S. Statutes at Large 106 (1993) pp. 2315- 2463, § 837(a).

CFIUS de una base legal⁸. La Ley reafirmó los poderes de CFIUS para evaluar las amenazas a la seguridad nacional que podrían surgir de las adquisiciones extranjeras de empresas estadounidenses y estableció la obligación de CFIUS de enviar informes al Congreso de EE. UU. para garantizar una supervisión y transparencia adecuadas⁹.

En 2018 surgieron nuevas preocupaciones sobre el control extranjero de ciertas estructuras de inversión, en particular, empresas chinas que invierten en empresas estadounidenses de alta tecnología. Esto llevó a que el Congreso aprobara la Ley de Modernización de la Revisión de Riesgos de Inversión Extranjera de 2018 (ley FIRRMA)¹⁰. La ley FIRRMA extendió el procedimiento de control de CFIUS ampliando la noción de “inversión cubierta” para incluir inversiones que no fueran “de control” (es decir, minoritarias). La más reciente

⁸ Ley de Inversión Extranjera y Seguridad Nacional de 2007, Ley Pública 110-49, Estatutos Generales de EE.UU. 121 (2007): 246, que modifica la Sección 721 de la Ley de Producción de Defensa de 1950. Siguiendo la última estructura orgánica de CFIUS, el comité está presidido por el Secretario del Tesoro y sus miembros incluyen representantes de los Departamentos de Justicia, Seguridad Nacional, Comercio, Defensa, Estado y Energía, la Oficina del Representante Comercial de EE.UU., y la Oficina de Política Científica y Tecnológica. El Director de Inteligencia Nacional y el Secretario del Trabajo son miembros ex officio sin derecho a voto; véase Congressional Research Service (CRS), “The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)”, actualizado el 26 de febrero de 2020, disponible en línea en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL33388>.

⁹ Ley de Inversión Extranjera y Seguridad Nacional de 2007, Ley Pública 110-49, Estatutos Generales de EE.UU. 121 (2007): 246, que modifica la Sección 721 de la Ley de Producción de Defensa de 1950. Siguiendo la última estructura orgánica de CFIUS, el comité está presidido por el Secretario del Tesoro y sus miembros incluyen representantes de los Departamentos de Justicia, Seguridad Nacional, Comercio, Defensa, Estado y Energía, la Oficina del Representante Comercial de EE.UU., y la Oficina de Política Científica y Tecnológica. El Director de Inteligencia Nacional y el Secretario del Trabajo son miembros ex officio sin derecho a voto; véase Congressional Research Service (CRS), “The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)”, actualizado el 26 de febrero de 2020, disponible en línea en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL33388>.

¹⁰ Título XVII, Ley Pública 115-232. Otras regulaciones que hacen cumplir las leyes aprobadas por el Congreso relacionadas con la revisión de CFIUS de la inversión extranjera se encuentran en el Capítulo VIII de la Parte 31 del Código de Regulaciones Federales. Estas regulaciones incluyen 31 CFR parte 800 (“Disposiciones relativas a ciertas inversiones en los Estados Unidos por personas extranjeras”) modificada por la regla final del Departamento del Tesoro vigente el 13 de febrero de 2020); 31 CFR parte 801 (establecido por una regla provisional que implementa un programa piloto para revisar ciertas transacciones que involucran tecnología crítica que entró en vigencia desde el 10 de noviembre de 2018 hasta el 12 de febrero de 2020); y 31 CFR parte 802 (agregado por la regla final del Tesoro del 13 de febrero de 2020 para implementar la autoridad ampliada de CFIUS con respecto a ciertas transacciones de bienes raíces por parte de personas extranjeras en los Estados Unidos).

Orden Ejecutiva 14083, del 15 de septiembre de 2022, extendió todavía más las competencias de control para CFIUS¹¹.

2.2. Alcance de la evaluación de inversiones en los Estados Unidos

La *inversión cubierta* se refería tradicionalmente a cualquier fusión, adquisición o toma de control, incluido a través de una empresa conjunta, que fue propuesta o pendiente después del 23 de agosto de 1988 y que podría resultar en el control extranjero de una empresa estadounidense. Desde 2018, la ley FIRRMMA agregó la compra, arrendamiento o concesión de bienes inmuebles públicos o privados ubicados en los EE.UU. y que servirá como parte de un puerto marítimo o aéreo, o que está ubicado próximo a una propiedad relevante del gobierno de los EE.UU., por razones de seguridad nacional o que podría permitir que la persona extranjera recopile inteligencia o de otra manera represente una amenaza para la seguridad nacional de los EE.UU.¹² El control de inversiones también cubre las relacionadas con infraestructura crítica, tecnologías críticas y datos personales confidenciales de ciudadanos estadounidenses que pueden ser explotados de una manera que amenace la seguridad nacional (el denominado *negocio TID*, por sus siglas en inglés).¹³ El control se aplica, además, a las inversiones existentes en las que el inversionista extranjero toma cualquier medida que resulte en su control efectivo del negocio en los EE.UU. o que afecte la seguridad nacional de otra manera (aunque no sea a través de una participación mayoritaria). A CFIUS también se le ha otorgado explícitamente el poder de realizar un procedimiento de revisión cuando

¹¹ Orden Ejecutiva 14083 del 15 de septiembre de 2022, “Garantía de una consideración sólida de los emergentes riesgos de seguridad nacional por parte del Comité de Inversiones Extranjeras en los Estados Unidos”.

¹² FIRMMMA, Sec. 1703 (a)(4)(B)(ii). Las transacciones de bienes raíces cubiertas excluidas incluyen la compra o arrendamiento de una “unidad de vivienda unifamiliar”, bienes inmuebles ubicados en áreas o grupos urbanizados, espacio de oficinas comerciales (con un máximo del 10% de propiedad de una persona extranjera) y espacio utilizado para la venta minorista de bienes y servicios de consumo al público.

¹³ FIRMMMA, Sec. 1703 (a)(4)(B)(iii); Regla final 31 CFR 800. 211. Una transacción de inversión sin adquirir el control está sujeta a la revisión de CFIUS cuando una persona extranjera tiene acceso a “información técnica importante no pública en posesión del negocio TID de EE.UU.; derechos de membresía en la junta o de observador en la junta directiva, o cualquier participación en la toma de decisiones sustantivas con respecto al negocio que no sea a través de la votación, por ejemplo, con respecto al desarrollo o prueba de una o más tecnologías críticas, fabricación o administración de una infraestructura crítica, o mantenimiento y recopilación de información confidencial de datos de ciudadanos estadounidenses”.

considere que una estructura de inversión persigue el objetivo de eludir las regulaciones sobre el control de inversiones.¹⁴

Los fondos de inversión están específicamente regulados en cuanto al control de inversiones. Se requiere que el socio general, socio administrador o equivalente no sea una persona extranjera. Si personas extranjeras participan en juntas asesoras u otros comités del fondo de inversión, es necesario que no tengan la capacidad de aprobar, desaprobado o controlar de otro modo las decisiones de inversión del fondo. La persona extranjera tampoco puede tener la facultad de destituir unilateralmente, impedir la destitución, seleccionar o determinar la remuneración del socio general, socio director o equivalente. Por tanto, los fondos que no cumplen con este test en virtud de FIRRMA serán objeto de revisión¹⁵.

Ciertas transacciones están excluidas de la revisión de CFIUS. Este no revisa una transacción en la que una persona extranjera posee el diez por ciento o menos de la participación con derecho a voto en una entidad estadounidense con el único propósito de inversión pasiva¹⁶. Una inversión en totalmente nuevas instalaciones (*greenfield investment*) también se encuentra fuera de la jurisdicción del CFIUS¹⁷. Tampoco tiene jurisdicción sobre inversiones provenientes de un “estado extranjero exceptuado”¹⁸. El Departamento del Tesoro ha determinado que Canadá, el Reino Unido, Australia y, más recientemente, también Nueva Zelanda, cumplen con los requisitos para los estados extranje-

¹⁴ 50 US § 4565(a)(4).

¹⁵ 50 US § 4565(a)(4)(D)(iv).

¹⁶ Norma final, 31 CFR 800.302 (b).

¹⁷ CFIUS aclaró en el caso de “Fufeng” que no tenía competencia sobre inversiones que apenas estaban invirtiendo en proyectos futuros. Así, el CFIUS determinó que no tenía jurisdicción para revisar el proyecto de molinero de maíz propuesto por la compañía china Fufeng Group Limited (“Fufeng”) por \$700 millones en Dakota del Norte. La noticia se produjo después de que CFIUS completara una revisión e investigación de tres meses de la compra por Fufeng a un ciudadano privado de un terreno sin explotar de 370 acres en Grand Forks, Dakota del Norte, para construir un molino de maíz. Vid. la nota de prensa de Mayer-Brown, “CFIUS Determines It Has No Jurisdiction Over Fufeng Group’s North Dakota Corn Mill Project”, de 26 de enero de 2023, disponible online en [https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2023/01/cfius-determines-it-has-no-jurisdiction-over-fufeng-groups-north-dakota-corn-mill-project#:~:text=Under%20CFIUS%20regulations%2C%20CFIUS%20has,assets%20comprising%20a%20US%20business](https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2023/01/cfius-determines-it-has-no-jurisdiction-over-fufeng-groups-north-dakota-corn-mill-project#:~:text=Under%20CFIUS%20regulations%2C%20CFIUS%20has,assets%20comprising%20a%20US%20business.). Vid. también CRS, “The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), updated July 3, 2018”, RL33388, pág. 40, disponible online en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL33388/68>.

¹⁸ 31 CFR, regla final, 800.219.

ros exceptuados, debido a su intercambio de información con los EE. UU. y su sólido control de inversiones extranjeras al modo de CFIUS¹⁹.

2.3. Significado de “seguridad nacional”

CFIUS revisa las transacciones cuando existen cuestiones de “seguridad nacional”. La ley FIRRMA dispone que “[e]l término ‘seguridad nacional’ se entenderá como incluyendo aquellas cuestiones relacionadas con la ‘seguridad de la patria’, incluida su aplicación a la infraestructura crítica”²⁰. La reglamentación sobre la revisión de seguridad nacional identifica una larga lista de factores para determinar si existe una amenaza a la seguridad nacional, y otorgan a CFIUS amplia autoridad y discreción para aplicar estos factores de seguridad nacional según lo considere apropiado. Para evaluar si una transacción podría afectar la seguridad nacional de los EE. UU., CFIUS realiza un “análisis basado en el riesgo” que incluye una evaluación de la amenaza, las vulnerabilidades y las consecuencias para la seguridad nacional relacionadas con la transacción.²¹

Una orden ejecutiva presidencial de 2022 refuerza la amplia discreción del Comité para mitigar los riesgos de seguridad nacional, estableciendo cinco factores de seguridad nacional adicionales, que se centran en la capacidad de recuperación de la cadena de suministro, el liderazgo tecnológico de EE. UU., las tendencias de inversión agregadas, la ciberseguridad y los datos confidenciales²². Esto lleva a observar que el concepto tradicional de seguridad nacional se ha ampliado en las sucesivas enmiendas de CFIUS, e incluye ahora

¹⁹ Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, “Fact Sheet: Final Regulations Modifying the Definitions of Excepted Foreign State and Excepted Real Estate Foreign State and Related Actions”, de 5 de enero de 2022, <https://home.treasury.gov/system/files/206/Fact-Sheet-Final-Rule-Revisión-EFS-Definiciones-2.pdf>. En cuanto a la expansión del estatus de estado extranjero exceptuado a Nueva Zelanda y la confirmación del Reino Unido como tal, véase Akin Gump, “CFIUS Formally Determines United Kingdom and New Zealand Will Remain Foreign Excepted States,” *International Trade*, 13 de febrero de 2023, disponible en línea en <https://www.akingump.com/en/news-insights/cfius-formally-determines-united-kingdom-and-new-zealand-will-remain-foreign-excepted-states.html>.

²⁰ FIRMMA, Sec. 1703(a)(1).

²¹ Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, “Guidance Concerning the National Security Review Conducted by CFIUS”, 73 FR 74569 (8 de diciembre de 2008); FIRMMA, Sec. 1718, 4(A), que modifica ampliamente la Sección 721 de la Ley de Producción de Defensa de 1950, codificada como 50 U.S. § 4565(l)(4)(A).

²² Orden Ejecutiva 14083 del 15 de septiembre de 2022, “Garantía de una consideración sólida de los emergentes riesgos de seguridad nacional por parte del Comité de Inversiones Extranjeras en los Estados Unidos”.

nociones relacionadas con la preservación del liderazgo tecnológico de los EE. UU., la protección de datos personales de los ciudadanos estadounidenses y la seguridad del sistema electoral estadounidense para la elección del cargo de presidente y de los miembros del Congreso²³.

2.4. Descripción general del procedimiento de control

El procedimiento de control puede iniciarse de tres formas: mediante la presentación voluntaria de cualquiera de las partes involucradas en una operación cubierta²⁴, mediante la presentación obligatoria en conformidad con la ley FIRRMA de 2018, o mediante la revisión de una inversión iniciada por el CFIUS *sua sponte*²⁵.

CFIUS generalmente revisa las transacciones en base a una notificación voluntaria de las empresas involucradas en una transacción cubierta. La presentación voluntaria de notificación ha sido en gran medida efectiva, ya que las empresas prefieren cumplir con la notificación debido a los poderes indefinidos de CFIUS para revisar las transacciones, incluso si inicialmente no habían sido notificadas, y el poder del presidente de los EE. UU. para ordenar posteriormente la desinversión u otras acciones apropiadas.

La ley FIRMMA hizo obligatorio el aviso de transacciones cuando (i) una transacción cubierta con un negocio TID de EE. UU. involucre tecnología crítica, para la cual se requeriría al inversionista extranjero una autorización regulatoria de EE.UU. para la exportación, reexportación, transferencia o re-transferencia²⁶, o (ii) una entidad extranjera tiene un “interés sustancial” en un negocio TID de EE.UU.

CFIUS también tiene el poder de abrir una investigación de oficio y forzar la producción de información de una inversión cubierta por citación. Este poder

²³ Ver sobre esto también Zable S. (2 de agosto de 2018). The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, *Lawfare Blog*. Disponible en línea en <https://www.lawfareblog.com/foreign-investment-risk-review-modernization-act-2018>.

²⁴ 50 USC § 2170(b) (1) (C) (i).

²⁵ 50 USC § 2170(b)(1)(D).

²⁶ “Autorización reglamentaria de EE.UU.” significa una licencia del Departamento de Estado para artículos y servicios de defensa establecidos en las Regulaciones de tráfico internacional de armas; la licencia del Departamento de Comercio para tecnologías emergentes y fundamentales reguladas en conformidad con la Ley de Reforma del Control de Exportaciones; ciertas autorizaciones del Departamento de Energía para equipos y materiales nucleares; y ciertas licencias de la Comisión Reguladora Nuclear. vid. 9 bid.

explica por qué las empresas prefieren realizar una presentación voluntaria en lugar de estar potencialmente sujetas a una citación.

En todo caso, habiendo recibido una notificación de CFIUS, que puede haber sido en respuesta a una notificación voluntaria por una adquisición en EE. UU., o por una transacción en bienes raíces, o por una notificación obligatoria, se puede solicitar a CFIUS que emita una carta de “puerto seguro” (safe harbor). Esta carta impide, en principio, que CFIUS abra posteriormente una investigación contra esta empresa por la inversión realizada.

La ejecución forzosa de las decisiones de CFIUS se lleva a cabo a través de sanciones pecuniarias civiles²⁷, sin perjuicio de los cargos penales posteriores en caso de incumplimiento de las órdenes de CFIUS o con base en la aplicación de otras leyes.²⁸

Para la revisión formal, la ley FIRRMA aumentó el tiempo permitido para las revisiones e investigaciones: (i) 30 días para la entrega de la documentación; (ii) una revisión de seguridad nacional de 45 días (en lugar de 30 días antes de 2018), incluyendo un límite de tiempo ampliado para el análisis por parte del Director de Inteligencia Nacional (de 20 a 30 días); y (iii) una investigación de seguridad nacional de 45 días, con opción a una prórroga de 15 días por “circunstancias extraordinarias”²⁹. Durante la investigación, CFIUS puede concluir que la transacción amenaza con perjudicar la seguridad nacional de EE. UU. Al finalizar la investigación, CFIUS debe autorizar la transacción (con o sin condiciones de mitigación) o remitir el caso al presidente (con o sin una recomendación de actuación) cuando no pueda resolver los problemas de seguridad nacional. El presidente tiene 15 días para revisar y decidir autorizar, suspender, prohibir o imponer condiciones a la transacción³⁰. El presidente es la única autoridad investida con un poder legal para bloquear o suspender una inversión extranjera

²⁷ En 2019, CFIUS impuso una multa de \$750,000 debido a que una empresa no restringió ni controló el acceso a los datos protegidos. Ver en el sitio web de CFIUS en <https://home.treasury.gov/system/files/206/Actions-Taken-by-the-Committee-to-Impose-Penalties-and-Unilateral-Reviews-Initiated-2019.pdf>. En 2018, CFIUS impuso una sanción civil de \$1 millón a una empresa por no proporcionar políticas de seguridad adecuadas y por no proporcionar informes al Comité. Consulte el sitio web de CFIUS en <https://home.treasury.gov/system/files/206/Penalties-Imposed-and-Unilateral-Reviews-Initiated-2018.pdf>.

²⁸ Vea sobre las acciones de aplicación tomadas, el sitio web de CFIUS en <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-seguimiento-y-cumplimiento>

²⁹ CFS, “CFIUS Reform Under FIRRMA”, hoja informativa actualizada al 21 de febrero de 2020, pág. 1, disponible en línea en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10952>.

³⁰ Id.

si existe una evidencia creíble de una amenaza a la seguridad nacional y si otras leyes, además de la Sección 721 de la Ley de Producción de Defensa de 1950³¹ y la Ley de Poderes Económicos en Casos de Emergencias Internacionales³², no proporcionan la autoridad adecuada para proteger la seguridad nacional.³³

2.5. El control en la práctica

El contenido político del mecanismo de control es evidente en la posibilidad de que CFIUS centre su atención en ciertos países declarándolos “un país de especial preocupación” (country of special concern)³⁴. Además, el enfoque del mecanismo de control de inversión extranjera de EE. UU. después de la ley FIRRMA sobre China queda manifiesto en la obligación del Comité de presentar un informe semestral sobre las transacciones de inversión extranjera directa realizadas por entidades chinas en los EE. UU.³⁵

El número de revisiones de inversión extranjera entrante ha ido en aumento. Mientras que en 2018 se realizaron 249 revisiones, este número aumentó a 436 en 2022³⁶. Hasta ahora, CFIUS ha bloqueado seis inversiones en el transcurso de sus más de 30 años de historia³⁷. La mayoría de los avisos no requieren ninguna medida de mitigación, como lo demuestra el hecho de que CFIUS solo ordenó 28 medidas de mitigación en respuesta a 272 avisos³⁸. CFIUS impuso medidas provisionales de mitigación antes de concluir su procedimiento de control en solo un caso³⁹.

Además de este número relativamente bajo de inversiones extranjeras bloqueadas, algunos inversores deciden durante el procedimiento de control retirar sus inversiones. Por ejemplo, en septiembre de 2022, un inversor chino en una empresa estadounidense que desarrollaba un innovador químico de

³¹ Vid supra, nt. 18. 50 U.S.C. App. 2170 (1960), con las modificaciones posteriores a esta sección.

³² Ley Pública L.95-223, 91 Stat. 1626, adoptada el 28 de octubre de 1977, 50 U.S.C. 1701 et seq. Sección 721(d) de la Ley de Producción de Defensa.

³³ Orden Ejecutiva del Presidente No. 14083, de 15 de septiembre de 2022, Sección 1.

³⁴ FIRRMA, Artículo 1719(b).

³⁵ Vid. Akin Gump, “CFIUS Reports Significant Uptick in Filings and Non-Notified Inquiries”, International Trade Alert, 18 de agosto de 2022, disponible en línea en <https://www.akingump.com/en/news-insights/cfius-annual-informe-2021.html>.

³⁶ Para obtener información actualizada, consulte Akin Gump, “2022 Foreign Investment Review and What to Expect in 2023”, International Trade Alert, 31 de enero de 2023, disponible en línea en <https://www.akingump.com/en/news-insights/2022-foreign-revisión-de-inversiones-y-que-esperar-en-2023.html>. Ver también CFIUS – Informe Anual al Congreso – CY 2021, p. 17.

³⁷ Id.

³⁸ Id.

flujo, anunció que abandonaría la inversión debido a preocupaciones sobre CFIUS⁴⁰.

3. EL MODELO DESCENTRALIZADO DE CONTROL DE INVERSIONES SEGUIDO EN LA UNIÓN EUROPEA

3.1. El control de inversiones en la UE

El enfoque europeo para el control de inversiones es una combinación de las actuaciones de los estados miembros y las competencias de coordinación de la UE. Esta combinación es el resultado de la práctica de larga data de los estados miembros individuales en la evaluación de inversiones más una competencia superpuesta de la UE desde el tratado de Lisboa de 2009⁴¹. En los últimos años, sin embargo, una práctica históricamente limitada y marginal de control de inversiones por parte de los Estados ha adquirido una importancia significativa, debido al impacto económico del control sobre las inversiones afectadas, así como al amplio alcance de las inversiones sujetas a estas revisiones. De hecho, el Abogado General Capeta comentó en su Opinión, en un caso reciente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que versaba sobre el control de inversiones, que:

[s]i hubiera recibido [una pregunta sobre la legalidad del control de inversiones entre los estados miembros de la UE] hace 20 años, habría habido pocas dudas, en mi opinión, que se trataba de un proteccionismo del tipo que no tolera una economía de mercado libre y abierta⁴².

Sin embargo, los conceptos tradicionales europeos de libre circulación de capitales han experimentado cambios importantes en los últimos años⁴³.

⁴⁰ El 22 de septiembre de 2022, Snapdragon Chemistry anunció que no realizará la adquisición previamente anunciada por Asymchem. Snapdragon y Asymchem no pudieron acordar términos de mitigación que satisficieran los requisitos de CFIUS manifestados durante el procedimiento de control. Véase la nota de prensa “Snapdragon Chemistry and Asymchem Abandon Planned Acquisition”, 9 de septiembre de 2022, disponible en línea en <https://www.prnewswire.com/news-releases/snapdragon-chemistry-and-asymchem-abandon-planned-acquisition-301621418.html>.

⁴¹ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Lisboa), adoptado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, DO C 306 de 17.12.2007, pp. 1–271; y 2702 UNTS I-47938.

⁴² Ver el Caso de *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. v. Innovaciones es Tecnología Miniszter, se sumó al partido: ‘Janes és Társa’ Szállítmányozó, Kereskedelmi es Vendéglátó Kft*, Asunto C-106/22, Conclusiones del Abogado General Capeta, 30 de marzo de 2023, párr. 3.

⁴³ Id.

La UE comenzó a regular el control de inversiones en 2019, cuando el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el Reglamento por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (Reglamento 2019/452)⁴⁴. El Reglamento de la UE no crea un mecanismo de control nuevo y distinto, sino que, por el contrario, establece un marco para el control por parte de los estados miembros de la UE por motivos de seguridad u orden público⁴⁵ basado en la cooperación entre los Estados miembros, y entre los Estados miembros y la Comisión Europea, para consultarse mutuamente sobre inversiones que puedan afectar a la seguridad del orden público⁴⁶.

3.2. El alcance del control de inversiones en la UE

El marco de la UE para el control de inversiones se basa en gran medida en la cooperación con los estados miembros. Cada estado miembro sigue teniendo el derecho de proteger sus intereses esenciales de seguridad y de decidir si controlar o no una inversión extranjera en particular⁴⁷. Cada estado miembro también podrá establecer sus propios mecanismos de control. A pesar de esta aparente libertad, la Comisión tiene el poder de alentar a los estados a crear un mecanismo de control de inversiones, y efectivamente lo ha hecho en la práctica⁴⁸.

⁴⁴ Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, *DO L 791*, de 21 de marzo de 2019, p. 1–14.

⁴⁵ Artículo 1.1 del Reglamento 2019/452.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Artículo 1, párrs. 2 y 3, del Reglamento 2019/452.

⁴⁸ Artículo 3.1 del Reglamento 2019/452 indica que los estados pueden “mantener, modificar o adoptar” mecanismos nacionales de control. Poco después, la Comisión adoptó una nota de orientación que establece que los estados miembros deberían “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; [y] 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”; *vid.* “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), C(2020) 1981 final, de 22 de marzo de 2022, p. 2.

La Comisión también realiza un seguimiento del establecimiento de nuevos mecanismos.⁴⁹

En cuanto a las inversiones que podrían estar sujetas a control de inversiones, el enfoque de la UE de fomentar el control por motivos de seguridad nacional y orden público parece apuntar a un enfoque amplio.⁵⁰ El control de inversiones se define como un “procedimiento que permite evaluar, investigar, autorizar, condicionar, prohibir o deshacer inversiones extranjeras directas”⁵¹.

3.3. Mecanismos nacionales de control en la UE

El Reglamento de la UE reconoce la potestad de los estados miembros para desarrollar sus propios mecanismos de control, aunque con una serie de limitaciones y condiciones⁵². Por ejemplo, los mecanismos nacionales deben establecer las circunstancias que activan el control, los motivos del control y un procedimiento detallado, todo lo cual debe ser transparente y no discriminatorio entre terceros países⁵³.

El Reglamento también ofrece una lista de factores que pueden tenerse en cuenta al someterse a un control⁵⁴. Estos factores incluyen una lista de cinco sectores económicos que son particularmente sensibles para fines de detección: infraestructura crítica (física y virtual), tecnologías críticas y productos de doble uso, suministro de insumos críticos como energía, materias primas y seguridad alimentaria, datos personales y actividades relacionadas con la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación⁵⁵. Entre las características específicas del inversionista extranjero que pueden desencadenar la

⁴⁹ Artículo 3.7 del Reglamento 2019/452. De conformidad con el art. 3.8 del presente Reglamento, la Comisión pondrá a disposición del público una lista de los mecanismos de control de los Estados miembros y la mantendrá actualizada. En la última publicación de la lista de mecanismos notificados, el 10 de mayo de 2022, 18 de los 27 estados miembros de la UE habían notificado mecanismos nacionales de control de inversiones. Consulte la lista en línea en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf.

⁵⁰ Esto se ilustra con la interpretación de la UE de las tareas del GT N° 8 sobre el control en la UE en comparación con los EE. UU., donde afirmó que la UE y los EE. UU. “reconocen la importancia de ciertos riesgos para la seguridad nacional y, *dentro de la UE, el orden público*” [Énfasis agregado]. Esta frase denota los diferentes enfoques entre los EE. UU. y la UE sobre el control de inversiones: la UE también protege el “orden público” además de la seguridad nacional.

⁵¹ Artículo 2.3 del Reglamento 2019/452.

⁵² Artículo 3 del Reglamento 2019/452.

⁵³ Artículo 3.3 del Reglamento 2019/452.

⁵⁴ Artículo 4 del Reglamento 2019/452.

⁵⁵ Artículo 4.1(a)-(e) del Reglamento 2019/452.

investigación, el Reglamento menciona el control directo o indirecto por parte de un gobierno extranjero, las actividades previas de ese inversionista que afectaron la seguridad o el orden público en un estado miembro, y si existe la posibilidad de que el inversionista extranjero participe en actividades ilegales o actividades delictivas en la UE⁵⁶.

En la práctica, el ejemplo de Alemania puede ilustrar que en Europa la evaluación se aplica a una amplia gama de flujos de inversión entrante: en 2022, se realizaron 110 evaluaciones de inversores estadounidenses, 37 evaluaciones de inversores chinos y 40 de inversores del Reino Unido y las Islas del Canal⁵⁷. El gran porcentaje de control de inversores estadounidenses ha sido habitual también en los años comprendidos entre 2019 y 2021⁵⁸.

El reglamento alemán de control de inversiones distingue entre revisiones intersectoriales y específicas del sector. El sector de la industria en el que opera la empresa y la nacionalidad del inversor determina qué procedimiento es aplicable. Si las actividades del inversor tienen lugar en los sectores de defensa o tecnología criptográfica, cualquier adquisición por parte de un inversor no alemán de al menos el 10 por ciento de los derechos de voto de la empresa adquirida está sujeta a presentación obligatoria⁵⁹. Los sectores de defensa y criptotecnología incluyen la fabricación y el desarrollo de armas, municiones, equipo militar y tecnología para procesar información gubernamental clasificada⁶⁰.

Una adquisición en cualquiera de los veintisiete sectores económicos designados como “infraestructura crítica” está sujeta a la obligación de presentación

⁵⁶ Artículo 4.2(a)-(c) del Reglamento 2019/452.

⁵⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, “Proyección de inversiones en Alemania: Facts & Figures”, 9 de enero de 2023, pág. 11, disponible en línea en https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Aussenwirtschaft/investment-screening-in-germany-facts-figures.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ La enmienda de 2020 a la Ordenanza de Pagos y Comercio Exterior amplía la aplicación de un umbral de activación del 10 % para adquisiciones por parte de entidades no pertenecientes a la UE. Vid. *Fünfzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung*, adoptado el 24 de mayo de 2020, publicado en *Bundesanzeiger* AT 01.06.2020 V1, disponible en línea en <https://dip.bundestag.de/vorgang/..../263217>.

⁶⁰ Esto cubre todos los artículos militares enumerados en la Parte 1, Sección A de la Lista de exportación alemana; véase la Lista de armas de guerra (modificada por el noveno reglamento que modifica la Lista de armas de guerra del 26 de febrero de 1998, Gaceta de leyes federales I, p. 385, disponible en línea en https://www.bafa.de/EN/Foreign_Trade/Export_Control/export_control_node.html).

obligatoria si se alcanza el mencionado umbral de derechos de voto. De esta lista, los siguientes se clasifican como especialmente críticos: energía, agua, finanzas, salud o transporte, telecomunicaciones, servicios de computación en la nube, telemática o ciertos proveedores en la industria de los medios de comunicación. Toda adquisición por parte de un inversor de fuera de la UE o de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)⁶¹ de al menos el 10 % de los derechos de voto de la empresa nacional está sujeta a revisión obligatoria por las autoridades. Si la empresa alemana adquirida opera en cualquiera de los otros sectores de infraestructura crítica restantes, se aplica un umbral del 20 por ciento. Estos incluyen productos farmacéuticos esenciales, inteligencia artificial, robótica, semiconductores, ciberseguridad, aeroespacial, tecnologías cuánticas y nanotecnología⁶².

Además, si un inversionista de fuera de la UE o AELC compra el 25% o más de los derechos de voto en una empresa alemana en otro sector, esa adquisición puede estar sujeta a una revisión intersectorial tras la presentación voluntaria.

En algunos casos, cuando las inversiones dan como resultado una participación efectiva en una empresa nacional (las llamadas adquisiciones atípicas de control) mediante la obtención de influencia adicional en los órganos de supervisión o de gestión, el régimen alemán también prevé el derecho a revisar los derechos de veto sobre decisiones estratégicas o derechos sobre información sensible que se hayan otorgado al inversionista extranjero. La notificación de una adquisición atípica en una revisión intersectorial es voluntaria, y una adquisición atípica en una revisión de un sector específico está sujeta a presentación obligatoria⁶³.

3.4. Coordinación entre los mecanismos europeos de control

Los estados miembros tienen la obligación de informar a la Comisión de cualquier revisión de control que estén realizando⁶⁴. A su vez, los otros estados miembros tienen la posibilidad de expresar sus preocupaciones sobre una

⁶¹ AELC se refiere al Área Europea de Libre Comercio e incluye a Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. La organización fue creada para la promoción del libre comercio y la cooperación económica entre sus miembros.

⁶² Esto es conforme al artículo 4.1 del Reglamento 2019/452.

⁶³ Michael Jürgen Werner y Sabine Holinde, "Alemania: reglas globales sobre inversión extranjera directa", Norton Rose Fulbright, octubre de 2022, disponible en línea en <https://www.norton-rosefulbright.com/en/knowledge/publications/f5b8d5d0/germany>.

⁶⁴ Artículo 6.1 del Reglamento 2019/452.

inversión planificada que está sujeta a evaluación en uno de los otros estados miembros⁶⁵. La Comisión podrá adoptar un dictamen sobre la inversión propuesta⁶⁶. El Estado miembro dará “la debida consideración” a los comentarios de los demás Estados y al dictamen de la Comisión;⁶⁷ sin embargo, la decisión de prohibir una inversión continuará siendo del respectivo Estado miembro⁶⁸.

Otros Estados miembros y la Comisión también pueden plantear inquietudes por sí mismos sobre inversiones planificadas o inversiones ya establecidas en un estado miembro, mientras que el estado anfitrión de esa inversión tiene la discreción de decidir sobre esa inversión⁶⁹. Cuando es probable que la inversión propuesta afecte a proyectos y programas de interés de la UE⁷⁰, la Comisión solo tiene la facultad de adoptar un dictamen que no es jurídicamente vinculante para el Estado miembro que decide sobre la admisión de la inversión. No obstante, el Reglamento califica la opinión al requerir que el Estado miembro “tenga en cuenta la opinión de la Comisión” y proporcione una explicación a esta si no se sigue la opinión⁷¹. Si bien la Comisión puede argumentar sus opiniones sobre la base de las disposiciones de los reglamentos de la UE sobre control de inversiones, también puede ser posible invocar otras normas internacionales como los compromisos de la OMC⁷².

⁶⁵ Artículo 6.2 del Reglamento 2019/452.

⁶⁶ Artículo 6.3 del Reglamento 2019/452.

⁶⁷ Artículo 6.9 del Reglamento 2019/452.

⁶⁸ Id.

⁶⁹ Artículo 7.7 del Reglamento 2019/452.

⁷⁰ El Anexo del Reglamento 2019/452 ofrece una lista de dichos programas: Galileo & EGNOS, Copernicus, Horizon 2020, Trans-European Networks for Transport (TEN-T), Trans-European Networks for Energy (TEN-E), Trans-European Networks Redes de Telecomunicaciones, Programa Europeo de Desarrollo Industrial de la Defensa y Cooperación Estructurada Permanente (PESCO).

⁷¹ Artículo 8.2(c) del Reglamento 2019/452.

⁷² Tal invocación puede ser posible de conformidad con el párr. 35 del Preámbulo del Reglamento 2019/452: “La aplicación del presente Reglamento por parte de la Unión y los Estados miembros debe cumplir los requisitos pertinentes para la imposición de medidas restrictivas por motivos de seguridad y orden público en los acuerdos de la OMC, incluidos, en particular, el artículo XIV (a) y el artículo XIV bis del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios [*nota omissis*] (GATS). También debe cumplir con la legislación de la Unión y ser coherente con los compromisos contraídos en virtud de otros acuerdos comerciales y de inversión de los que la Unión o los Estados miembros son parte y los acuerdos comerciales y de inversión de los que la Unión o los Estados miembros son adherentes». Este reconocimiento del poder de la Comisión para invocar el derecho de la OMC en su coordinación del control de inversiones de los estados miembros representa una capa adicional de revisión de facto para el cumplimiento del derecho de la OMC.

También se plantea la cuestión de la relación que guarda el control de inversiones con la revisión de fusiones de la UE. El artículo 21 del Reglamento de Fusiones de la UE excluye cualquier otro procedimiento o autoridad distinta de la Comisión de la UE para rechazar o permitir una fusión relevante entre empresas⁷³. Esta disposición puede entrar en conflicto con los procedimientos de control de inversiones que se han establecido de conformidad con el Reglamento 2019/452. En un caso, la Comisión Europea ya concluyó que el rechazo por parte de Hungría de la inversión, a través de una fusión dentro de la UE, infringía el artículo 21 del Reglamento de concentraciones de la UE⁷⁴.

El TJUE adoptó una decisión prejudicial en la que se había preguntado si el Reglamento de control de la UE 2019/452 impide el control de inversiones cuando el flujo de inversión es dentro de la UE. Además, se planteaba si el ejercicio por parte de la Comisión Europea de un procedimiento de control de fusiones mediante el cual autorizó una fusión que afecta a la propiedad de un inversor indirecto extranjero impide el ejercicio del poder de decisión dentro del procedimiento de control de inversiones del Estado miembro⁷⁵. El Abogado General afirmó en su Opinión, afirmando que los estados miembros pueden establecer mecanismos de control de las inversiones dentro de la UE, “si esa inversión da como resultado una participación efectiva de la empresa del tercer país en la gestión del control de la empresa de la UE en la que se invirtió”⁷⁶. El Abogado General también afirmó que “[e]sta legislación nacional debe disponer

⁷³ Reglamento (CE) 2004/134 (Reglamento de concentraciones de la UE). Según el artículo 21.1, “[e]ste Reglamento por sí solo se aplicará a las concentraciones [...]”.

⁷⁴ Comisión Europea, “Fusiones: la Comisión encuentra que el veto de Hungría sobre la adquisición de las subsidiarias húngaras de AEGON por parte de VIG infringió el artículo 21 del Reglamento de concentraciones de la UE”, Comunicado de prensa de la Comisión Europea, 21 de febrero de 2022, disponible en línea en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1258.

⁷⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Petición de decisión prejudicial del Fővárosi Törvényszék (Hungría) presentado el 15 de febrero de 2022 – *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. v. Innovaciones es Tecnología Miniszter* (Asunto C-106/22), información disponible en línea en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=259779&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11883172>. Vid. también Blanka Börzsönyi, “Reciente jurisprudencia a nivel de la UE relacionada con la evaluación de inversiones directas extranjeras a nivel nacional”, nota de prensa de DLA Piper, 7 de julio de 2022, disponible en línea en <https://blogs.dlapiper.com/advocatus/2022/07/recent-jurisprudencia-a-nivel-de-la-ue-relacionada-con-la-investigación-directa-extranjera-a-nivel-nacional/>.

⁷⁶ Ver el Caso de *Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. v. Innovaciones es Tecnología Miniszter, se sumó al partido: ‘Janes és Társa’ Szállítmányozó, Kereskedelmi es Vendéglátó Kft*, Asunto C-106/22, Conclusiones del Abogado General Capeta, 30 de marzo de 2023, párr. 95.

que las decisiones individuales de control expliquen por qué una determinada inversión extranjera directa representa una amenaza genuina y suficientemente grave para la seguridad del suministro y por qué una determinada decisión de control es apropiada y necesaria para abordar esa amenaza”⁷⁷.

El TJUE fue igualmente escéptico del carácter auténtico de interés nacional en la decisión del estado de restringir la inversión proveniente de otro estado miembro. En su sentencia, indicó que las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la UE en materia de libertad de establecimiento deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un mecanismo de control de las inversiones extranjeras, previsto por la normativa de un Estado miembro, que permite que la adquisición de la propiedad de una sociedad residente, considerada como estratégica, por otra sociedad residente que forma parte de un grupo de sociedades establecidas en varios Estados miembros y en la que una empresa de un tercer país tiene una influencia decisiva se prohíba por razón de que dicha adquisición perjudica o puede perjudicar el interés nacional en garantizar la seguridad del suministro en favor del sector de la construcción, en particular a escala local, en lo concerniente a materias primas básicas como la grava, la arena y la arcilla^{77bis}. Este primer caso demuestra que el TJUE pondera el interés de los estados miembros de defender la seguridad nacional con los principios del derecho de la Unión relacionados con la libertad de circulación de capitales.

4. COORDINACIÓN DE LOS ESFUERZOS DE EE. UU. Y LA UE EN EL CONTROL DE INVERSIONES

CFIUS se relaciona con los estados aliados para apoyar sus esfuerzos en el establecimiento e implementación de sus propios mecanismos de revisión de inversiones⁷⁸. CFIUS no puede compartir información presentada por empresas o inversionistas debido a limitaciones de confidencialidad⁷⁹. Sin embargo, puede compartir información sobre amenazas y vulnerabilidades y alertar a otros estados sobre transacciones que CFIUS ha descubierto por vías distintas

⁷⁷ Id.

⁷⁸ Akin Gump, “Revisión de la inversión extranjera de 2022 y qué esperar en 2023”, Alerta de comercio internacional, 1 de enero de 2023, disponible en línea en <https://www.akingump.com/en/news-insights/2022-foreign-investment-review-and-what-to-expect-in-2023.html>.

⁷⁹ Consulte las limitaciones de la UE sobre el procesamiento de datos personales con respecto a los inversores sujetos a la evaluación de inversiones en el art. 14 del Reglamento 2019/452.

de la presentación de casos. Poderes similares tienen los estados miembros de la UE y la Comisión Europea⁸⁰.

En la cumbre UE-EE. UU. de junio de 2021, las dos entidades establecieron el Consejo de Comercio y Tecnología UE-EE. UU.⁸¹ Entre los diez grupos de trabajo (en adelante, GT) creados bajo este Consejo, el GT N° 8 se ocupa específicamente del control de inversiones⁸². El GT ha realizado hasta el momento tres reuniones donde definió su alcance y misión. Además, se considera que su objetivo será mejorar la comprensión de los respectivos regímenes de evaluación de inversiones de las dos partes, las amenazas en evolución derivadas de ciertas inversiones y compartir las mejores prácticas para enfrentarlas⁸³.

5. COMPARACIÓN Y CONCLUSIÓN

Si bien el control de inversiones ha existido formalmente en los países desarrollados durante muchos años, la práctica real de bloquear las inversiones extranjeras se ha intensificado solo muy recientemente. Esta práctica ha generado un debate sobre su impacto en las protecciones legales de los inversionistas extranjeros y nacionales, así como más ampliamente el desafío que esto puede representar para la globalización.

Esta revisión sucinta y preliminar sobre la situación de los EE.UU. y la UE ya muestra algunas de las complejidades involucradas en el control de inversiones. Primero, la amplia definición de preocupaciones de seguridad nacional permite incluir temas variados, desde la interferencia electoral extranjera hasta la protección de datos personales. Esta definición amplia es un fenómeno común en los enfoques de seguridad nacional de los EE.UU. y la UE. Esta última, agrega la noción de “orden público”, que amplía aún más la posible revisión y bloqueo de las inversiones.

⁸⁰ Artículo 13 del Reglamento 2019/452, que establece que “Los Estados miembros y la Comisión podrán cooperar con las autoridades responsables de terceros países en cuestiones relativas al control de la inversión extranjera directa por motivos de seguridad y orden público”.

⁸¹ “Declaración de la cumbre EE. UU.-UE: Hacia una asociación transatlántica renovada”, 15 de junio de 2021, disponible en línea en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/15/us-eu-summit-statement/>.

⁸² Declaración conjunta inaugural del Consejo de Comercio y Tecnología UE-EE.UU., Declaración conjunta inaugural, 29 de septiembre de 2021, disponible en línea en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_4951.

⁸³ 77bis Vid. el Caso Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. v. Innovaciones es Tecnología Miniszter, se sumó al partido: ‘Janes és Társa’ Szállítmányozó, Kereskedelmi es Vendéglátó Kft, Asunto C-106/22, para. 74.

En segundo lugar, las definiciones amplias, cuando las aplica un grupo descentralizado de estados o entidades, pueden dar paso al uso político del control de inversiones para que los mercados nacionales protesten contra la competencia internacional en lugar de contra amenazas genuinas de política exterior. El sistema descentralizado actual para el control de inversiones en la UE puede ser un escenario para tales usos no deseados de los mecanismos nacionales. El TJUE conocerá de varios casos en un futuro próximo en los que tendrá que decidir sobre la admisibilidad de determinadas decisiones de los estados miembros en el contexto de sus procedimientos de control y articular las relaciones entre el procedimiento de supervisión de fusiones y el control de inversiones.

En tercer lugar, el gran poder de un procedimiento de control centralizado también puede dar lugar a abusos con fines partidistas. El ejemplo de las sucesivas enmiendas institucionales de EE.UU. a los poderes de CFIUS y los poderes de bloqueo presidencial demuestran el temor al abuso presidencial. Es posible que se deban adoptar cambios adicionales para mejorar la transparencia del mecanismo para cumplir plenamente con los requisitos constitucionales generales de debido proceso, igualdad de trato y política económica pública.