

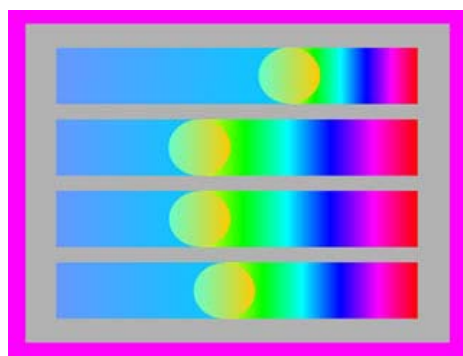
**CONFÉRENCE DES NATIONS  
UNIES SUR LE COMMERCE  
ET LE DÉVELOPPEMENT**



**UNITED NATIONS  
CONFERENCE ON TRADE  
AND DEVELOPMENT**

**DITE - SITE**

**IIA - TRAINFORTRADE**



## **ADMISIÓN Y ESTABLECIMIENTO**

**Sección 1:**

**Planteamiento de la cuestión**

---

**INDICE****PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

A.	Formas de control y restricciones .....	3
1.	Acceso a la economía del país receptor .....	3
2.	Entrada condicionada a la economía del país receptor .....	5
3.	Regímenes reguladores.....	6
4.	Medidas relativas a la propiedad y el control.....	6
B.	Importancia del tema. ....	8
C.	Distinción entre derecho de admisión y derecho de establecimiento .....	9
1.	Derecho de admisión.....	9
2.	Derecho de establecimiento .....	10

## PLANTAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La mejor manera de plantear la cuestión básica objeto del presente estudio es hacer referencia a la potestad soberana del Estado, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, de controlar la entrada y el establecimiento de extranjeros en su territorio<sup>1</sup>. Esta entrada es un asunto de jurisdicción interna que está sujeto al control exclusivo del Estado sobre su territorio (Brownlie, 1998, pág. 522). En consecuencia, un Estado receptor tiene un margen muy amplio de discrecionalidad para decidir si permite la entrada de inversionistas extranjeros y en qué condiciones lo hará (Wallace, 1983, págs. 84 y 85).<sup>2</sup>

### A. Formas de control y restricciones

La reglamentación de la entrada y el establecimiento de ETN ha revestido la forma de controles o restricciones sobre la admisión y el establecimiento de inversionistas extranjeros, entre otras cosas sobre la adquisición de intereses en empresas del país (recuadro 1) y limitaciones sobre la propiedad y el control por extranjeros (recuadro 2). Estas medidas pueden establecer restricciones o limitaciones absolutas sobre la presencia extranjera o pueden contener normas discrecionales sobre autorización, inscripción y documentación (UNCTAD, 1996b, págs. 174 a 177). Otras medidas que no tienen el alcance de la exclusión pueden determinar también las condiciones de entrada de inversionistas extranjeros. Cabe citar como ejemplos las normas en materia de rendimiento, entre ellas las reglas sobre contenido nacional, las normas sobre transferencia de tecnología, las cuotas relativas al empleo de personal del país o las normas en materia de exportación. Por el mismo motivo, los regímenes de incentivos determinan materialmente las condiciones en las que se hace una inversión (UNCTAD, 1996b, págs. 178 a 181). Los efectos de las diversas medidas se han analizado detalladamente en diversos estudios recientes (UNCTAD y UNCTC, 1991; Shihata, 1994; Muchlinski, 1995, y UNCTAD, 1996c) y algunos de los efectos son objeto de otros estudios de la presente colección.

#### 1. Acceso a la economía del país receptor.

Las medidas enumeradas difieren según el grado de restricción aplicado. Las medidas más restrictivas prohíben realizar inversiones extranjeras, en el conjunto de la

economía -lo que no es corriente- o en determinadas actividades o industrias, lo que es una práctica ampliamente utilizada incluso en las economías más abiertas para impedir que industrias estratégicas caigan bajo el dominio extranjero. En cambio, determinar el porcentaje de la participación extranjera en las compañías del país o disponer que es necesario crear una empresa mixta con un asociado del país no prohíbe la IED en el sector correspondiente, pero fija límites a su participación en esa actividad..

### **Cuadro 1. Medidas relacionadas con la admisión: y el establecimiento**

#### **1. Controles reguladores del acceso a la economía del país receptor**

- Prohibición absoluta de todas las formas de IED (por ejemplo, los controles que existieron en algunas economías centralmente planificadas antes del proceso de transición).
- Exclusión de la IED en ciertos sectores, industrias o actividades por consideraciones económicas o estratégicas o de otro carácter general.
- Restricciones cuantitativas que limitan el número de las compañías extranjeras admitidas en determinados sectores, industrias o actividades por consideraciones económicas o estratégicas o de otro carácter general.
- La inversión debe revestir determinada forma jurídica (por ejemplo, adquisición de la personalidad jurídica de conformidad con las normas del derecho mercantil del país).
- Empresas mixtas obligatorias con la participación del Estado o con inversionistas privados del país
- Selección/autorización general de todas las propuestas de inversión; selección de determinadas industrias o actividades; selección basada en la propiedad extranjera y límites del control sobre las compañías del país.
- Restricciones aplicadas a ciertas formas de entrada (por ejemplo, no se autorizan las fusiones y adquisiciones o bien éstas deben ajustarse a determinadas normas suplementarias).
- La inversión no está autorizada en determinadas zonas o regiones de un país.
- La admisión a las subastas de privatización está restringida o está condicionada a la existencia de garantías suplementarias en el caso de los inversionistas extranjeros.
- Normas sobre el control de cambios.

*Fuentes:* UNCTAD, 1996b, p. 176; Muchlinski, 1995, ch. 6.

## 2. Entrada condicionada a la economía del país receptor.

La utilización de procedimientos de selección por los países receptores indica la conveniencia de la IED, pero la evaluación de cada proyecto da la seguridad de su utilidad económica y social para el país receptor. Este criterio puede tener como resultado la estipulación de normas en materia de rendimiento o de otras normas (en la medida autorizada por los acuerdos internacionales) que se consideren necesarias para verificar dicha utilidad. Por ello conviene distinguir entre las prohibiciones y las restricciones de entrada y las condiciones que puedan exigirse para una entrada que en principio se puede autorizar..

### **Cuadro 2. Medidas relacionadas con la admisión: y el establecimiento:**

#### **2. Entrada condicional en la economía del país receptor**

##### *Condiciones generales:*

- Entrada condicional en el caso de que la inversión se ajuste a determinados criterios en materia de desarrollo o de otra clase (por ejemplo, la responsabilidad medioambiental y el beneficio a la economía nacional) que dependen del resultado de los trámites de evaluación para la selección.
- Los inversionistas han de ajustarse, como condición para la entrada, a normas relacionadas con la seguridad nacional, el régimen político, las costumbres y la moral pública.

##### *Condiciones basadas en normas en materia de capital:*

- Normas en materia de capital mínimo.
- Normas en materia de inversión o reinversión adicional ulterior.
- Restricciones aplicadas a la importación de los bienes de equipo necesarios para realizar la inversión (por ejemplo, la maquinaria o los programas informáticos), combinadas tal vez con normas en materia de aprovisionamiento en el país.
- Los inversionistas han de depositar determinadas garantías (por ejemplo, en el caso de las instituciones financieras).

##### *Otras condiciones:*

- Normas especiales aplicadas a la formas de inversión no relacionadas con el capital social (por ejemplo, acuerdos de CET o concesión de licencias a la tecnología extranjera).
- Los inversionistas han de obtener las licencias exigidas por los reglamentos propios de cada actividad o industria
- Derechos de admisión (tasas) y derechos de reconocimiento de la personalidad jurídica (tasas).
- Otras normas en materia de rendimiento (por ejemplo, normas sobre contenido nacional, cuotas de empleo y normas reguladoras de las exportaciones).

*Fuentes:* UNCTAD, 1996b, p. 176; Muchlinski, 1995, ch. 6.

### **3. Regímenes reguladores**

Es posible establecer regímenes reguladores especializados para adaptarse a las características de tipos concretos de IED, lo que conduce a la fijación de condiciones específicas según la actividad o la industria correspondiente o bien a la elaboración de nuevas formas de IED, entre ellas el sistema de construcción explotación y transferencia (CET).

### **4. Medidas relativas a la propiedad y el control**

Incluso en condiciones de puerta abierta, los países receptores querrán tal vez mantener cierto control sobre el inversionista o sobre la inversión. Con este fin, se han elaborado diversas técnicas de vigilancia de la IED, entre ellas la fijación de límites a la participación extranjera con acciones reservadas o derechos especiales de voto en favor de las autoridades del país receptor o de inversionistas privados del país para garantizar el control nacional de importantes decisiones de gestión, normas en materia de inscripción y normas en materia de transmisión de datos y documentación. Normalmente estas atribuciones no son incompatibles con los derechos de entrada y establecimiento, sino que coexisten con dichos derechos.

**Cuadro 3. Medidas relacionadas con la propiedad y el control****1. Controles reguladores de la propiedad**

- Restricciones aplicadas a la propiedad extranjera (por ejemplo, no se permite que el capital de propiedad extranjera exceda del 50%).
- Transferencia obligatoria de la propiedad a empresas del país, por lo común a lo largo de un período determinado (normas en materia de transferencia gradual).
- Restricciones por razón de la nacionalidad aplicadas a la propiedad de la compañía o de las acciones.

**2. Controles basados en la limitación de las atribuciones de los accionistas**

- Restricciones aplicadas según la clase de las acciones o de los bonos en poder de los inversionistas extranjeros (por ejemplo, acciones sin derecho de voto).
- Restricciones aplicadas a la libre transferencia de acciones o de otros derechos de propiedad sobre la compañía en poder de inversionistas extranjeros (por ejemplo, las acciones no se pueden transferir sin autorización).
- Restricciones de los derechos de los accionistas extranjeros (por ejemplo, sobre el pago de dividendos, el reembolso del capital con motivo de la liquidación, los derechos de voto y la denegación de datos sobre determinados aspectos de la gestión de la inversión).

**3. Controles basados en la intervención oficial de la gestión de la inversión**

- Las autoridades se reservan el derecho de designar a uno o más miembros del consejo de administración.
- Restricciones relacionadas con la nacionalidad de los miembros del consejo de administración o limitación del número de extranjeros en puestos de dirección..
- Las autoridades se reservan el derecho de oponerse a determinadas decisiones o bien exigen que importantes decisiones del consejo de administración se adopten por unanimidad.
- Las autoridades del país receptor serán titulares de acciones privilegiadas que les permitirán, por ejemplo, intervenir si el inversionista extranjero adquiere una parte de la inversión superior a un determinado porcentaje.
- Las autoridades habrán de ser consultadas antes de la adopción de determinadas decisiones.

**4. Otras clases de restricción**

- Restricciones sobre la gestión de monopolios controlados por extranjeros o sobre la privatización de empresas públicas.
- Restricciones sobre la propiedad de terrenos o de inmuebles y sobre su transferencia.
- Restricciones en materia de propiedad industrial o intelectual o bien protección insuficiente de dicha propiedad.
- Restricciones sobre la utilización de préstamos extranjeros (por ejemplo, bonos) a largo plazo (cinco años o de duración superior).

*Fuentes:* UNCTAD, 1996b, p. 177.

**B. Importancia del tema.****Distribución eficiente de los recursos**

La concesión de derechos de establecimiento a inversionistas extranjeros se justifica fundamentalmente con el argumento de que ello permite la distribución eficiente de los recursos productivos entre los países gracias a la acción de las fuerzas del mercado y se evita así la creación de obstáculos políticos a las corrientes internacionales de inversión. Desde esta perspectiva, cabe decir que los derechos de establecimiento tratan de evitar la discriminación entre inversionistas extranjeros e inversionistas nacionales o entre inversionistas de distintos países de origen.

**Soberanía y objetivos de política nacional**

Por su parte, los países receptores han procurado controlar la entrada y el establecimiento de inversionistas extranjeros en aras del mantenimiento de los objetivos de la política económica nacional, la seguridad nacional, la salud y el orden públicos, la moral pública y otros importantes objetivos de carácter general (Dunning, 1993, cap. 20; Muchlinski, 1995, cap. 6). Estos controles son una manifestación de la soberanía y de la autonomía económica, en virtud de las cuales las autoridades evalúan la IED a la luz del orden de prioridades económicas del propio país en lugar de tomar como base los intereses concebidos por los inversionistas extranjeros.

**Soberanía y liberalización**

Cabe establecer un contraste entre el derecho del Estado a controlar la entrada y el establecimiento con las presiones cada vez mayores para conseguir el acceso a los mercados y los derechos de establecimiento que han surgido del proceso de mundialización. Teniendo en cuenta el carácter absoluto del derecho del Estado a controlar la entrada y el establecimiento de extranjeros, ningún Estado receptor tiene jurídicamente la obligación de conceder dichos derechos a inversionistas extranjeros. Por otra parte, los países deseosos de estimular la IED pueden limitar la amplitud de su discrecionalidad tanto mediante la liberalización unilateral de las condiciones de entrada y establecimiento enunciadas en las leyes nacionales como mediante acuerdos internacionales con la inclusión de una cláusula que enuncie los derechos de entrada y establecimiento de los inversionistas extranjeros

**Derechos basados en un tratado**

Conviene subrayar desde el principio que estos derechos son derechos que tienen su base en un tratado y no son derechos basados en la norma internacional

consuetudinaria. Es más, funcionan como excepciones respecto del principio jurídico consuetudinario general que reconoce la potestad de los Estados a admitir o excluir los extranjeros del territorio del Estado. Ejemplos de estas disposiciones serán objeto de análisis más adelante en la sección II, en la que se pondrá de manifiesto que puede haber amplias diferencias entre estas disposiciones en cuanto a los derechos de admisión y establecimiento ofrecidos y se subrayará el control permanente del Estado sobre la concesión de dichos derechos.

### **C. Distinción entre derecho de admisión y derecho de establecimiento**

Antes de seguir adelante es necesario explicar algunas cuestiones de concepto dimanantes de los derechos de admisión y establecimiento (UNCTC, 1990a). Es menester distinguir entre estos derechos:

#### **1. Derecho de admisión**

#### **Derecho de admisión**

Es menester distinguir entre estos derechos. Los derechos de admisión guardan relación con el derecho de entrada o presencia; en cambio, los derechos de establecimiento se refieren al tipo de presencia que se puede autorizar. El derecho de admisión puede ser temporal o permanente. La admisión temporal podrá bastar cuando una empresa extranjera desee mantener una presencia a corto plazo a los efectos de una sola transacción, pero no bastará a los efectos de una asociación comercial más regular con el país receptor. Si las autoridades del país receptor desean impulsar esta asociación, se podrá conceder un derecho permanente de acceso al mercado. Este derecho autorizará a la empresa a desenvolver su actividad en el país receptor, pero no comprenderá necesariamente el derecho de establecer una presencia comercial permanente. Los derechos de acceso al mercado bastarán cuando una empresa extranjera se dedique primordialmente al intercambio internacional regular de bienes o servicios o cuando las operaciones se efectúen mediante transacciones electrónicas, lo que hará innecesaria una presencia permanente en el país receptor.

## 2. Derecho de establecimiento

<b>Tipo de presencia permitida</b>	<p>En cambio, cuando se prefiere alguna forma de presencia comercial permanente, el derecho de establecimiento garantiza al inversionista extranjero, sea éste una persona física o jurídica, el derecho de entrar en el país receptor y de establecer una oficina, agencia, sucursal o filial (según sea el caso), sujeta posiblemente a limitaciones justificadas por consideraciones de seguridad nacional, salud u orden públicos u otros motivos de carácter general (UNCTC, 1990b, págs 192 a 195). Así, el derecho de establecimiento conlleva no sólo el derecho de realizar transacciones comerciales en el país receptor, sino también el derecho de establecer en él una presencia comercial permanente. Reviste, por consiguiente, extrema utilidad para los inversionistas deseosos de realizar una inversión a largo plazo en un país receptor.<sup>3</sup></p>
<b>Presencia comercial permanente</b>	<p>Los derechos de establecimiento se pueden articular mediante diversos conflictos y normas. En particular, se han planteado cuestiones en relación con la necesidad de evitar la discriminación entre inversionistas extranjeros e inversionistas nacionales o entre inversionistas de diferentes países de origen. La discriminación del primer tipo puede ser evitada mediante la concesión del TN en el momento de la entrada; la de segundo tipo, mediante la concesión de la condición NMF:</p>
<b>Trato nacional</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se entiende por trato nacional el trato que no es menos favorable que el concedido a los nacionales que se dedican a la misma clase de operaciones que el inversionista extranjero. Esta norma es de particular importancia en el trato de los inversionistas extranjeros después de la entrada (OCDE, 1993). Ahora bien, como se indica más adelante en la sección II, se ha utilizado también como medio para conceder los derechos de entrada y establecimiento sobre la base de los derechos concedidos mutuamente a los Estados que participan en un régimen contractual que reconoce dichos derechos.</li></ul>
<b>TNM</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Se entiende por trato de la nación más favorecida el trato que no es menos favorable que el concedido a otros inversionistas extranjeros que se dedican a la misma clase de operaciones. Con la norma NMF se consigue que las condiciones más favorables de inversión concedidas a los inversionistas de un país de origen se hagan extensivas automáticamente a los inversionistas de otro país de origen.</li></ul>

Estas normas se pueden utilizar separadamente o en combinación una con otra, teniendo en cuenta cuál es el criterio de protección más elevado (véase, por ejemplo,

el tratado modelo sobre inversiones bilaterales formulado por los Estados Unidos (BIT), 1994, artículo II (1), en UNCTAD, 1996a, vol. III, pág. 197); estas normas se examinan más detalladamente en otros estudios de la presente colección. Otros conceptos y normas, entre ellos una definición amplia del acceso al mercado que abarque todas las formas de presencia en el mercado, se pueden adaptar también y elaborar a fin de articular el derecho de los inversionistas extranjeros al establecimiento. Además, en el caso de las agrupaciones extremadamente integradas de países, no se puede excluir *a priori* la posibilidad de evocar la noción de un derecho absoluto de establecimiento o incluso de un derecho de inversión de los inversionistas extranjeros dentro de la agrupación.

Por último, conviene subrayar que la concesión del derecho de establecimiento es solamente una posibilidad de las múltiples que se ofrecen en el asunto objeto de estudio. Como se indica en la sección subsiguiente, la práctica efectiva ha elaborado no sólo modelos para la liberalización de la entrada y el establecimiento, sino también modelos para el mantenimiento del derecho soberano del Estado a controlar estos asuntos. A este respecto la concesión de plenos derechos de entrada y establecimiento se puede considerar como la posibilidad de carácter más abierto de las diversas opciones.

---

<sup>1</sup> Véase un análisis detallado de los conceptos y principios del derecho internacional consuetudinario en materia de inversión extranjera en Fatouros (1993).

<sup>2</sup> Así lo puso de relieve en 1962 la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en su proyecto de Convenio sobre la protección de la propiedad extranjera; en el apartado b) del artículo 1 se enuncia el principio siguiente: "Lo dispuesto en el presente Convenio no menoscabará el derecho de cualquier Parte a autorizar o prohibir la adquisición de propiedad o la inversión de capital en su territorio por nacionales de otra Parte" (UNCTAD, 1996a, vol. II, pág. 114).

<sup>3</sup> Véase en UNCTAD y Banco Mundial (1994) un análisis detallado de los diversos grados de presencia comercial en el sector de los servicios .