

ACCIONISTAS EXTRANJEROS EN EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES

GUILLERMO JOSÉ CERVIO

RESUMEN

La presencia de accionistas extranjeros en las empresas de telecomunicaciones se ha incrementado en los últimos años. La normativa aplicable regula de manera distinta la presencia del accionista extranjero a partir del servicio de telecomunicaciones de que se trate. A pesar de la presencia de accionistas extranjeros en empresas de radiodifusión, no ha habido a la fecha una autorización a dicha presencia por parte de la autoridad de aplicación.

1. COMENTARIO PRELIMINAR

Entre los objetivos del presente Congreso se menciona la circunstancia de que las empresas deben ser los instrumentos para la reactivación y el crecimiento de la economía. También se contempla

entre estos objetivos el análisis de los temas de las empresas en el ámbito nacional e internacional, enfatizando los procesos de integración.

A partir de estos objetivos se consideró que podía resultar de interés hacer una referencia a la normativa aplicable a los accionistas extranjeros de empresas de telecomunicaciones. Ello, por cuanto el sector de las telecomunicaciones ha sido un claro motor de inversiones durante los últimos años, habiéndose convertido algunos multimedios nacionales en propiedad de empresas extranjeras.

2. SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, EXCEPTO RADIODIFUSIÓN

El marco regulatorio es el Decreto N° 764/00, con excepción de aquellas especiales regulaciones que algunas empresas tienen como consecuencia de las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones dictados en el marco de los procesos licitatorios a través de los cuales se les adjudicaron las licencias.

Las normas aplicables diferencian entre los servicios de telecomunicaciones por una parte y los servicios de radiodifusión por la otra. El Decreto N° 764/00 dispone que su objeto es establecer los principios y disposiciones que regirán el otorgamiento de las licencias y la prestación de servicios de telecomunicaciones, *excluyendo la prestación de los servicios de radiodifusión*.

El Decreto N° 764/00 es amplio en cuanto a la recepción de inversores extranjeros, desde que el mismo dispone el no establecimiento de restricción alguna para la participación de capitales extranjeros en la prestación de servicios de telecomunicaciones¹.

Teniendo como base la no existencia de restricciones a la presencia de capital extranjero en la prestación de servicios de telecomunicaciones, el Decreto N° 764/00 permite a las sociedades extranjeras prestar dichos servicios en forma *indirecta* (a través de la adquisición de acciones de una sociedad local ya existente, o de la constitución de una sociedad local nueva) o en forma *directa* (a través de su inscrip-

¹ Artículo 4.7 del Reglamento de Licencias del Decreto N° 764/00.

2.1. PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN FORMA INDIRECTA

De decidir la sociedad extranjera prestar los servicios en forma indirecta, entonces deberá acompañar determinada documentación societaria². El Decreto N° 764/00 también regula la transferencia de acciones en una sociedad local que presta servicios de telecomunicaciones, estableciendo que debe obtenerse antes la autorización de la Secretaría de Comunicaciones, con dictamen previo de la Comisión Nacional de Comunicaciones.

2.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN FORMA DIRECTA

De decidir la sociedad extranjera prestar los servicios en forma directa, el Reglamento de Licencias³ del Decreto N° 764/00 le exige la acreditación del cumplimiento de lo establecido por el artículo 118 y concordantes de la Ley 19.550.

3. SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN

La Ley Nacional de Radiodifusión N° 22.285 (“LNR”) establece que: “...*los socios de las sociedades deben reunir al momento de su presentación al concurso público y mantener durante la vigencia de la licencia, los siguientes requisitos: ... a) ser argentino nativo o naturalizado, en ambos casos con más de diez años de residencia en el país y mayor de edad*⁴...”; “*e) no tener vinculación jurídica societaria u otras formas de sujeción con empresas periodísticas o de radiodifusión extranjeras, salvo que los acuerdos suscriptos por la República Argentina con terceros países contemplen tal posibilidad*”;⁵ y que: “*sin perjuicio de los requisitos y de las condiciones que para sus socios establece el artículo precedente, las sociedades deberán ajustar-*

² Esta documentación se lista en el artículo 9.1 del Reglamento de Licencias.

³ Artículo 9.1.

⁴ Art. 45 inciso a).

⁵ Art. 45 inciso e), conforme redacción Decreto N° 1005/99.

se al siguiente régimen específico: ... b) no serán filiales ni subsidiarias ni podrán estar controladas o dirigidas por personas físicas o jurídicas extranjeras".⁶

Como puede apreciarse, se establecen restricciones tanto a los socios de las sociedades licenciatarias de servicios como a las propias sociedades licenciatarias.⁷

3.1. EXTRANJEROS PROVENIENTES DE ESTADOS UNIDOS

Sin perjuicio de lo normado en la LNR en cuanto a la exigencia de que los socios de las sociedades licenciatarias de servicios sean "argentinos", el COMFER autorizó⁸ la participación de sociedades norteamericanas en sociedades licenciatarias de servicios de radiodifusión "cerrados" (los complementarios). Dichas autorizaciones fueron otorgadas en función del Tratado suscripto con Estados Unidos, sobre promoción y protección recíproca de inversiones⁹.

El Tratado con Estados Unidos permitió considerar a las inversiones provenientes de ese país como nacionales, entendiéndose que el mismo modificó la restricción contenida en el inciso a) del artículo 45 de la LNR. Y como consecuencia de ello el COMFER dictó la Resolución N° 350/95, la cual reglamenta la documentación que se exige a los inversores estadounidenses interesados en ser adjudicatarios de una licencia de radiodifusión.

⁶ Art. 46 inciso b).

⁷ El fundamento por el cual se pretende mantener en manos nacionales el *capital radiodifusor* data de varios años. Concretamente, el Decreto de fecha 31 de enero de 1944 (B.O. de fecha 08.02.44) ya establecía, como criterio justificativo de la propiedad nacional de los medios de radiodifusión, que la radiodifusión cumplía, en tiempos de paz, una labor excepcional en la educación artística, cultural y educativa del pueblo y era, en épocas de guerra, un auxiliar valioso para la seguridad y defensa nacionales; y que por ello era necesario asegurar que en las empresas de radiodifusión, los capitales fueran argentinos y que la ejecución de tan fundamentales servicios públicos estuviera en manos de argentinos nativos (considerandos primero y segundo del decreto antes mencionado).

⁸ Como ejemplo pueden citarse las Resoluciones N° 1291/95 (ingreso de TCI International Holdings, Inc. en Cablevisión S.A.), y N° 1272/95 (ingreso de S.A. Ventures Inc. a Fintelco S.A., accionista de VCC S.A.). Asimismo, de la Resolución N° 397 COMFER/98 surge que Galaxy Latin America L.L.C. es accionista de Galaxy Entertainment Argentina S.A. (licenciataria del servicio de televisión directa al hogar).

⁹ Aprobado por Ley N° 24.124, modificada por su similar N° 24.356.

En el Protocolo del Tratado con Estados Unidos¹⁰, este último se reservó el derecho a establecer o mantener ciertas excepciones limitadas al trato nacional en diferentes sectores, entre los cuales se encuentran los de: (i) propiedad y gestión de estaciones emisoras o de servicio público de radio y televisión, (ii) provisión de servicio público de teléfonos y servicios telegráficos, y (iii) prestación de servicios de cable submarino.

3.2. EXTRANJEROS PROVENIENTES DE PAÍSES DISTINTOS DE ESTADOS UNIDOS

Como se mencionara anteriormente, fue a partir del Tratado con Estados Unidos que el Comité Federal de Radiodifusión (“COMFER”) autorizó la participación de accionistas de ese país en sociedades licenciatarias de servicios de radiodifusión “cerrados”.

Posteriormente al dictado de la Resolución N° 350/95, el COMFER dictó otras resoluciones, las cuales hicieron extensivos los efectos de dicha resolución a los nacionales de otros países (Italia, Francia y Países Bajos)¹¹. En estos casos el COMFER interpretó que los tratados sobre promoción y protección recíproca de inversiones suscriptos con otros países modificaban también el inciso a) del artículo 45 LNR.

Con el dictado por parte del COMFER de resoluciones que hicieron extensivos los efectos de la Resolución N° 350/95 a los nacionales de otros países¹², el COMFER interpretó, como se dijera, que los

¹⁰ Artículo XIV punto 4. Argentina no se reservó el derecho de establecer o mantener excepciones limitadas al tratamiento nacional con relación al sector de las telecomunicaciones. Hay algunos acuerdos suscriptos a nivel MERCOSUR relacionados con este tema. Remitimos por este tema al trabajo de nuestra autoría titulado *Situación actual de los extranjeros en las sociedades licenciatarias de servicios de telecomunicaciones*, ED, ejemplar de fecha 01.06.01.

¹¹ Es el caso de las Resoluciones N° 8/96, N° 1323/96 y N° 1324/96, las cuales refieren a ciudadanos italianos, franceses y holandeses, respectivamente; y extienden los efectos de la Resolución N° 350/95 a nacionales de aquellos países.

¹² Entré algunos acuerdos para la promoción y la protección recíproca de inversiones suscriptos por Argentina, pueden mencionarse los celebrados con: Francia (Ley N° 24.100), Reino Unido de España (Ley N° 24.118), Italia (Ley N° 24.122), República Popular China (Ley N° 24.325), República de Austria (Ley N° 24.328), Hungría (Ley N° 24.335), Turquía (Ley N° 24.340), República de Chile (Ley N° 24.342), Reino de los Países Bajos (Ley N° 24.352), Túnez (Ley N° 24.394), Armenia (Ley N° 24.395), Senegal (Ley N° 24.396), Dinamarca (Ley N° 24.397), Bulgaria (Ley N° 24.401), Marruecos (Ley N° 24.890), Estados Unidos Mexicanos (Ley N° 24.972), República Checa (Ley N° 24.983), Lituania (Ley N° 24.984), República del

demás tratados firmados por Argentina dejaban también de lado las restricciones impuestas por la LNR.

Teniendo en cuenta que Argentina celebró numerosos tratados de promoción y protección recíproca de inversiones con varios países, era lógico suponer la necesidad de encontrar una solución global al tema de los accionistas extranjeros. Sin embargo, la idea de encontrar una solución global no recibió una opinión favorable de parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, el cual tiene una postura contraria a la extensión ilimitada de lo establecido en el Tratado con Estados Unidos al resto de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por Argentina¹³. Entre algunos argumentos que fundan, a criterio de la Cancillería, la improcedencia pueden listarse los siguientes:

(i) los tratados sobre promoción y protección recíproca de inversiones suscriptos por Argentina prevén que la admisión de las inversiones extranjeras se efectúen *de conformidad con la legislación interna*, y en este sentido han incorporado por remisión las restricciones previstas en la legislación nacional¹⁴. Por ende, Argentina no ga-

Salvador (Ley N° 25.023), República de Costa Rica (Ley N° 25.139), República de Guatemala (Ley N° 25.350), República de Nicaragua (Ley N° 25.351), Sudáfrica (Ley N° 25.352), Federación de Rusia (Ley N° 25.353), y República de Filipina (Ley N° 25.481).

¹³ Uno de los casos más importantes en materia de accionistas extranjeros en empresas de radiodifusión fue la compra por parte de Telefónica (de España) de Canal 11, Canal 9 y otras sociedades radiodifusoras del interior del país. A diferencia del criterio favorable a esta inversión que demostró el COMFER, la Cancillería rechazó la inversión española en el sector de la radiodifusión (dictámenes 393 del 06.11.98, y dictamen 29 del 26.01.01). La Procuración compartió la posición de Cancillería en torno a la imposibilidad de que los países que no gozan del trato preferencial que se deriva para los inversores de origen estadounidense del Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado con Estado Unidos puedan invocar la cláusula de la nación más favorecida, toda vez que aquéllos estarían fuera del ámbito material de aplicación de sus respectivos tratados (dictamen de la Procuración es de fecha 20 de septiembre de 2001, y fue emitido en el marco del expediente N° 394 COMFER/95). La Procuración también manifestó que la prohibición que surge del texto del artículo 45 inciso e) de la LNR *alcanza sólo* a las empresas extranjeras periodísticas o de radiodifusión, y no a las que no reuniesen ese carácter y estuvieren comprendidas en los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones aprobados por leyes, siempre que el vínculo jurídico que se establezca entre ellas y las licenciatarias nacionales *no configure ninguna de las situaciones de control o dependencia* prohibidas por el inciso b) del artículo 46 de la LNR.

¹⁴ En el Tratado con España se estableció, entre otras cosas, que cada Parte promovería, en la medida de lo posible, las inversiones efectuadas en su territorio por inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte y admitiría estas inversiones *conforme a sus disposiciones legales* (artículo II, titulado Promoción y admisión, punto 1). También se acordó que cada Parte protegería en su territorio las inversiones efectuadas, *conforme a su legislación*, o inversiones de la otra Parte y no obstaculizaría, mediante injustificadas o discriminatorias, la

rantizaría el trato nacional al inversor extranjero, en aquellos sectores que la legislación interna prevé algún tipo de restricción; como por ejemplo, el art. 45 inciso a) de la LNR.

(ii) el Tratado con Estados Unidos garantiza el trato nacional a los inversores de esa nacionalidad en todos aquellos sectores que no se hayan exceptuado en el protocolo anexo al tratado (el sector de radiodifusión se halla comprendido dentro del ámbito de aplicación del tratado).

(iii) el trato de la nación más favorecida sólo sería posible invocarlo respecto de aquellas materias comprendidas en el ámbito material de aplicación de los convenios; por tanto, las inversiones provenientes de otros países que hubieran celebrado tratados de promoción y protección recíproca de inversiones con Argentina no podrían acogerse a sus beneficios toda vez que por efecto de la remisión a la legislación interna, las restricciones previstas en el sector de radiodifusión permanecerían vigentes.

Luego de los dictámenes de la Cancillería, se dictó la ley de bienes culturales N° 25.750, la cual mantiene un criterio poco permisivo a la presencia de inversiones extranjeras en las empresas de radiodifusión.

gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones (Artículo III, punto 2).

Asimismo, bajo el artículo IV, titulado Tratamiento, se establece que en todas las materias regidas por el Tratado con España, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país (punto 2); y que cada Parte aplicará, *con arreglo a su legislación nacional*, a las inversiones de los inversores de la otra parte un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores (punto 5).

La referencia a la legislación nacional es la que motiva la interpretación restrictiva. Vale decir, se podría entender que el Tratado con España prevé que la admisión de las inversiones extranjeras (en este caso españolas) se efectúe de conformidad con la legislación interna de Argentina, incorporándose por remisión las restricciones previstas en la legislación nacional, en este caso, las contenidas en el art. 45 inciso a) LNR.

Sin perjuicio de la interpretación antes mencionada, y que ha sido efectuada en los hechos, es importante destacar que el anterior Interventor del COMFER, Dr. Gustavo López, al momento de referirse a la situación de los *Holdings* con accionistas extranjeros, en el marco de un proyecto de ley de radiodifusión elaborado por el COMFER, manifestó que la intención es permitir "... *el ingreso del capital internacional, que hoy está limitado sólo para los de aquellos países con acuerdos comerciales o situaciones particulares como los Estados Unidos y España. Queremos que cualquier grupo internacional invierta, aunque sólo hasta 40% de la tenencia accionaria de una sociedad propietaria de medios...*" (diario BAE, *Negocios & Finanzas*, de fecha 12.03.01, página 4).

4. CONCLUSIONES

La presencia de accionistas extranjeros en las empresas de telecomunicaciones es regulada de manera diferente dependiendo del tipo de servicios de que se trate. En los servicios de telecomunicaciones, excepto radiodifusión, el accionista extranjero no tiene límites. Sin embargo, en los servicios de radiodifusión, la LNP prevé restricciones.

Pese a los numerosos tratados de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por Argentina, el tenor literal de los mismos, a criterio de la Cancillería, imposibilita una interpretación amplia y favorable al ingreso de accionistas extranjeros a los medios de radiodifusión, a excepción de Estados Unidos. Este criterio restrictivo de la Cancillería podría no estar en línea con lo normado por el artículo 75 inciso 18 de la Constitución Nacional¹⁵.

Sin perjuicio del criterio restrictivo antes mencionado, en los hechos la presencia de accionistas extranjeros existe y no ha tenido una aprobación específica de parte del COMFER.

¹⁵ El cual dispone que corresponde al Congreso el proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, para cuyo fin, y entre otros medios, se menciona a la *importación de capitales extranjeros*. A criterio de Miguel Angel Ekmekdjian (*Tratado de Derecho Constitucional*, t. IV, Depalma, 1997, p. 547) esta cláusula de la Constitución Nacional está directamente inspirada en Juan B. Alberdi, cuando este último dice en sus Bases: "*dejad que los tesoros de fuera, como los hombres, se domicilien en nuestro suelo. Rodead de inmunidades y privilegios el tesoro extranjero para que se naturalice entre nosotros. En América se necesita de capitales tanto como de población. El inmigrante sin dinero es un soldado sin armas. El capital es el brazo izquierdo del progreso de estos países*". Al momento de tratarse el tema de capitales extranjeros aparece en escena el Decreto N° 1853/93 (B.O. de fecha 08.09.93), el cual aprueba el texto ordenado de la ley de inversiones extranjeras 21.382 (t.o. 1980). En este texto ordenado, su artículo primero establece que los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país en cualquiera de las formas establecidas en la propia ley de inversiones extranjeras, destinados a la promoción de actividades de índole económica, o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujetos a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplen en regímenes especiales o de promoción.