

## EMPRESA JURÍDICAMENTE INTERNACIONAL

### Sumario

#### PARECERES OFICIALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE ITAIPU

- [1. Parecer L-208, de 22.9.1978 - Consultoría - General de la República](#)
- [2. Parecer FC-27, de 9.3.1990 - Consultoría - General de la República](#)
- [3. Parecer GQ-16, de 29.4.1994 - Abogacía - General de la Unión](#)
- [Decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión \(TCU\) sobre el Control de los Actos de Gestión de ITAIPU](#)
- [4. Decisión nº 279/95 del TCU](#)

#### Presentación

El Excelentísimo Señor Presidente de la República Federativa de Brasil aprobó, el 17.10.78 el Parecer L-208, de la Consultoría General de la República, en el cual se define la estructura jurídica de ITAIPU como una empresa jurídicamente internacional y sujeta solamente a los procedimientos de tutela representados en controles administrativos o financieros, de orden externo o interno, que constan de las disposiciones pertinentes de los actos internacionales que la rigen.

Se reúne, en esta publicación, el mencionado Parecer L-208, así como la del jurista MIGUEL REALE que también estudió el asunto.

#### PARECERES OFICIALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE ITAIPU

##### Consultoría General de la República

1 - Parecer

L-208, de 22.9.1978

Aprobado por el Excelentísimo Señor Presidente de la República el 17.10.1978.

**PROCESO:** 033/C/77 - PR. 3 635/77

**ASUNTO:** Naturaleza jurídica de ITAIPU.

## RESUMEN:

I) La entidad binacional denominada ITAIPU, creada directamente por el Tratado entre Brasil y Paraguay, del 26 de abril de 1973, constituye una empresa jurídicamente internacional, consistente en una persona jurídica emergente en el campo del derecho internacional público, por ser consecuente de un Tratado, con la vocación y la finalidad específica de desempeño de actividad industrial, como concesionaria de servicio público internacional, común a dos Estados.

II) Sometida, primordialmente, al régimen de derecho internacional, en los términos establecidos en el competente acto de su creación, ITAIPU solamente está sujeta a los procedimientos de tutela representados en controles administrativos o financieros, de orden externo o interno, que constan de las disposiciones pertinentes de los actos internacionales que la rigen, no aplicándosele las normas de derecho interno, constitucionales o administrativas, incidentes sobre agentes, entidades o responsabilidades estrictamente comprendidas en el ámbito de la jurisdicción nacional.

Atendiendo a la solicitud del Ministerio de las Minas y Energía, que constan en la Exposición de Motivos nº 423/77, el Excelentísimo Señor Presidente de la República determina la audiencia de esta Consultoría General a fin de dirimir dudas en cuanto a la naturaleza jurídica de la entidad binacional ITAIPU, así como en cuanto a corresponderle los controles financieros, interno y externo, establecidos en la legislación patria (Aviso nº 1.237/77, del Señor Ministro Jefe de Gabinete Civil).

Realza, la referida Exposición de Motivos, que la caracterización jurídica de ITAIPU ya proporcionó la “manifestación de renombrados juristas sobre su identificación dentro las especies existentes en el ámbito del derecho público o privado, patrio o internacional”, entre ellos, los eminentes Miguel Reale, Paulo Salvador Frontini y Celso Antônio Bandeira de Mello.

Pese a la alta enseñanza de los ilustres jurisconsultos, la proposición anterior tiene como justificada la solicitud de parecer de la Consultoría General de la República, en que se firme, por su razón normativa, el entendimiento y la conducta a ser observadas, en el ámbito de aquel Ministerio y de la Administración Pública Federal, con relación a la entidad binacional.

Son puestos a consideración los estudios elaborados por los preclaros maestros, arriba mencionados, cuyas lecciones conviene recoger, desde luego, como inestimable guía y contribución decisiva a la determinación del problema.

El eminente Miguel Reale, que colaboró en la redacción del anteproyecto de los actos internacionales, tenida como “empresa pública binacional”, en referencia al usual concepto de empresa pública, pareciéndole que “lo que se dio en primer lugar, fue el traslado de un modelo jurídico, elaborado en el asunto del Derecho Administrativo Interno, para el ámbito del Derecho Internacional, con todas las consecuencias inherentes a esta transposición...”

Después de afirmar que surge, así, “una entidad internacional de naturaleza empresarial, tanto o más que una empresa de naturaleza internacional”, el consagrado maestro va al núcleo de la cuestión, conceptuando la personalidad jurídica atribuida a ITAIPU:

“Como esta personalidad jurídica, dotada de amplio espectro de poderes, se destina a la explotación de un bien público, otorgado conjuntamente por los dos Estados “condominio”, resulta más que caracterizada la existencia de una persona jurídica pública de derecho internacional” (fls.).

En la misma línea de indagación teórica, el ilustre jurista, Paulo Salvador Frontini, la pone en el cuadro de los “organismos internacionales públicos”, con plena capacidad de derecho internacional, aseverando:

“Teniendo tales peculiaridades, forzoso convenir que se trata de organismo internacional, surgido de un tratado binacional, o sea, su origen es bilateral (y no multilateral como otros organismos). Pero la simplicidad de esta bilateralidad en nada la disminuye ante otras organizaciones de origen multilateral, pues todas se nivelan en un mismo plano de igualdad, en cuanto a la capacidad jurídica de derecho internacional.

.....

A la luz de estas ponderaciones, se concluye que “ITAIPU Binacional” es persona jurídica de Derecho Internacional, de la especie de los organismos internacionales, dotada de inequívoca naturaleza empresarial” (fls.).

A su vez, el docto Celso Antônio Bandeira de Mello, en abordajes bajo la óptica de los controles administrativos sobre ITAIPU, concluye en que la no sujeción al control del Tribunal de Cuentas de la Unión y al recurso jerárquico, en la escala de la Administración, centra su argumento en las siguientes proposiciones:

“ITAIPU es persona binacional, donde los controles a que estará sometida han de resultar de acción conjunta de las partes interesadas, toda vez que éstas, en los términos del Tratado que engendró el nacimiento de la persona, se aseguraran, recíprocamente, posición jurídica de equivalencia; esto es, ninguna de ellas desfrutará de posición superior con relación a la otra sea en lo que se refiere al objeto del pacto internacional, sea lo en lo que se refiere a la persona creada para dar satisfacción al deseo común.

.....

De verdad: parece por entero prescindible fundamentar largamente la afirmación, pues es perceptible a todas luces que a la ley nacional de un país no se puede arrogar la fuerza de regir una entidad nacida de la voluntad conjunta de dos países, además que no fue editada en vista de esto.

Son los términos del Tratado, así como los principios jurídicos convivientes con la autonomía de las partes y deducibles del acuerdo que pueden regular las situaciones no previstas explícitamente” (fls.).

Frente a la consulta, incumbe a este Parecer, exponer y analizar los datos en busca de formular respuesta a la indagación, la misión exclusiva y la aplicabilidad restringida al campo interno, en el sentido de orientar la conducta de órganos y entidades de la Administración Pública Federal, en lo tocante a la relación con ITAIPU Binacional, bajo la óptica del ejercicio de controles administrativos o financieros. Se debe entender, caso aprobado, como acto unilateral, de orden administrativo, tendiente a dar cumplimiento, repercutiendo en el ordenamiento interno, las disposiciones del Tratado, tal como está previsto en el artículo XVIII, sin alzarse, por tanto, a la condición jurídica formal de interpretación del Tratado, que sólo a ambas Partes Contratantes compete “por los medios diplomáticos usuales” (Art. XXII).

## II

La posición de los ilustres juristas, arriba nominados, parece asistida de razón en la opinión coincidente de que la ecuación de la realidad jurídica de ITAIPU se coloca en el plan del derecho internacional público.

En que pese a la precariedad o el incompleto concepto que, comprensiblemente, invade este campo de Derecho y, particularmente, este nuevo tema, es cierto que existen precedentes con características análogas a la entidad, en causa, permitiendo la aprehensión de denotaciones suficientes a una razonable construcción jurídica.

De modo general, por lo tanto, la doctrina ha minimizado o tomado con negligencia el trato del fenómeno específico, emergente de acuerdos inter estatales bilaterales, volcándose, simplemente, al enfoque de las organizaciones internacionales, transnacionales o comunitarias, asentadas en actos internacionales multilaterales (cfr. Paul Reuter, “Institutions Internationales”; Fernand L’Huillier, “Les Institutions Internationales et Transnationales”), y hay quien refute, sumariamente, especificidad organizacional a la realidad que comprendiese solo la acción de dos Estados, por agotada en la bilateralidad de los derechos y obligaciones recíprocos (cfr. R. Monaco, “Organizzazione Internazionale”, in NDI).

Mientras tanto, la frecuencia siempre mayor, a partir del período pos-guerra, de entidades internacionales o transnacionales emergentes de acuerdos entre solo dos Estados, en función de emprendimientos que se exigen comunes por la magnitud o por peculiaridades de circunstancia, han inducido la doctrina más reciente a la elaboración de los conceptos pertinentes.

En notable obra (“Les Organismes Internationaux Spécialisés - Contribution a la Théorie Générale des Etablissements Publics Internationaux”, 3 vs., 1965-1967), además pionera, H. T. Adam, de la Universidad de París, distingue, entre diversas instituciones resultantes de acuerdos internacionales, inclusive bilaterales, aquellas que presentan determinadas características, aptas para

incluirlas en su concepto de “establecimientos públicos internacionales”, cuyas notas son así enunciadas:

“L’Etablissement public international est un organisme à vocation spéciale, doté d’un régime ‘international ou communautaire, pourvu des pouvoirs et moyens autonomes et destiné, soit à faire des prestations à des particuliers, soit à réglementer l’usage, par ces derniers, du domaine public étatique ou interétatique.

Conformément à cette définition, plusieurs éléments doivent être réunis pour qu’il y ait un Etablissement public international:

1. Un organisme créé, une entreprise constituée;
2. Une vocation spéciale;
3. Un régime international;
4. Autonomie de moyens et pouvoirs;
5. Prestations à des particuliers ou réglementation de l’usage du domaine public ou interétatique” (Ob. cit., vol. 1, pág. 09).

H. T. Adam hace comprender, bajo esa concepción, diversas entidades, en régimen internacional, de origen y constitución paritaria entre dos Estados, con objetivos comunes y personalidad jurídica en ambos territorios, tales como, entre otros: 1) El Instituto Franco-Alemán de Pesquisas de Saint-Louis (Convención entre Francia y Alemania, del 31.3.1958); 2) el Organismo Técnico para a Utilización del Subsuelo Saariano (Acuerdo entre Francia y Algeria, de 1962); 3) la Agencia Franco-Alemana para la Juventud (Tratado de 22.1.1963); 4) el organismo paritario, de carácter industrial y comercial, para la exploración de las vías férreas de la Costa de Marfil y de la República del Alto Volta (Convención entre los dos países, en 1960); 5) la organización mixta e igualitaria de Yugoslavia y Rumania, para la explotación del sistema eléctrico y navegación del Danubio (Acuerdo de 30.11.1963); 6) el Fondo Belga Congolés de Amortización y Gestión, definiéndose como “institución autónoma de derecho público internacional, con personalidad jurídica” (Convención de 6.2.1965); 7) la Asociación Cooperativa Franco Algeriana para la investigación y explotación de hidrocarburos en Algeria (Acuerdo de 1965); 8) el Aeropuerto de Bâle-Mulhouse y otros casos mas.

Pero se relacionan, igualmente, varios acuerdos bilaterales tendientes a un emprendimiento común que, todavía, no alcanzaron la forma institucional de un establecimiento público internacional, pero se ceñirán a adjudicar un cuaderno de encargos internacionales a empresas preexistentes, sin necesariamente adoptarse régimen internacional, o aún, conferir, por convención, a establecimiento público nacional, la realización de tareas comunes, como es el caso de la hidroeléctrica de Emosson, en Suiza, en acuerdo con Francia.

Bajo esta óptica y en esta doctrina, ITAIPU estaría inequívocamente caracterizada como establecimiento público internacional.

Sin embargo, esta denominación, derivada de un genuino, y no poco controvertido, concepto de derecho francés, es, por ambas razones, generalmente confrontada, igual por aquellos que coinciden en la aprehensión de sus notas características.

Claude-Albert Colliard, de la Panthéon-Sorbonne, prefiere abordar la especie bajo la categoría genérica de “organismos internacionales de gestión”, valiéndose transcribir, a propósito, exhortos de su excelente obra, “Institutions des Relations Internationales” (6ème. éd. 1974):

“L’organisme international de gestion doté de la personnalité morale ne constitue pas une catégorie juridique très strictement définie, il existe une gamme véritable de types d’organismes.

Les “organismes internationaux de gestion” doivent toutefois être distingués des sociétés internationales qui sont de caractère purement privé e qui demeurent donc des organismes privés même si elles peuvent quelquefois apparaître comme concessionnaires d’un service public international”.

Después de criticar la fórmula de establecimiento público internacional, raramente empleada en los textos, igual cuando es justificado por la sola presencia de capitales públicos, salvo el ejemplo del Aeropuerto de Bâle-Mulhouse, acentúa:

“Ainsi l’organisme international de gestion, doté de la personnalité juridique, peut-il revêtir, en dehors de l’hypothèse de coincidence avec une véritable organisation internationale, soit la forme d’un établissement public, soit plus fréquemment celle d’une société. Cette dernière formule a l’avantage de la souplesse puisqu’elle convient aussi bien lorsque le capital est entièrement public que lorsqu’il présente un caractère mixte” (Ob. Cit. págs. 801-803).

Nuestro emérito Profesor Haroldo Valladão definiría la especie como “sociedades comerciales supranacionales” que “serían aquellas constituidas solo por Estados, miembros de la Comunidad Internacional, p. ex., el caso de la Empresa Brasil Paraguay, de ITAIPU, para la explotación industrial y comercial del potencial hidráulico en el río Paraná” (cfr. “Derecho Internacional Privado”, III/20).

Ha sido también propugnada, con relación a la hipótesis, la conceptualización de “empresa común”, tomada, obviamente, en un sentido más amplio de lo que se precisa y expresa aplicación al derecho comunitario de Europa, como se ve en Giuseppe Ferri, después de mencionar el empleo de la expresión en el Tratado Institucional de la Euratom:

“Peraltro nella dottrina internazionalistica l’espressione “impresa comune” viene usata in una accezione piú ampia e in un senso diversa e di “impresa comune” si parla con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui, sulla base di un

accordo internazionale, si predispone la costituzione di un ente a carattere imprenditoriale per lo svolgimento diretto di attività economiche che presentano un interesse comune a due o più stati... (...).

.....

Una nozione autonoma di impresa comune può avere una giustificazione e un significato soltanto nelle ipotesi in cui l'espressione "impresa comune" stia a individuare anche una particolare struttura organizzativa, e cioè una struttura organizzativa che trovi nell'accordo internazionale la sua base e la sua disciplina e che sia svincolata dalla legge nazionale dello stato in cui "l'impresa comune si localizza" (in "Le imprese comuni di diritto internazionale" - Studi in onore di S. Passarelli, II/301 e segs.).

Descartando, por la impropiedad o prejuicio, nociones tales como la de establecimiento público, dadas las razones conocidas; la de sociedad, por el contorno firme y preciso de derecho interno que la vuelve inaplicable; la de empresa pública, por cuanto, aún mismo con denotaciones mas aproximadas, no recibe, en todas partes, la misma acepción; y la de empresa común, por el sentido ya definido y estricto que asume en los tratados europeos, - el jurista suizo, Emmanuel Libbrecht, escoge como definidor esencial de la especie, el concepto simple y neutro de empresa, justificando:

"Compte tenu de la confusion que peut engendrer l'usage de certains termes pour définir ces phénomènes juridiques, nous avons estimé qu'il était opportun de préférer à tous les concepts précités et juridiquement définis, la notion neutre d'entreprise.

L'acceptation que nous lui donnons est délibérément large afin qu'elle puisse embrasser tous les cas sans aucune exclusive, ni apriorisme. Elle permettrait de dégager, à la suite de la confrontation avec la réalité, une typologie de ces phénomènes juridiques qui serait basée sur leurs traits spécifiques" (in "Entreprises à caractère juridiquement international", pág. 18).

Distinguiéndolas de las empresas que tienen, igualmente, pero solo, un carácter internacional, ejerciendo actividades económicamente internacionales, esto es, empresas de carácter económicamente internacional, cuyo régimen jurídico pertenece al derecho internacional privado de cada Estado, Libbrecht, siguiendo la conceptualización de B. Goldman, define las empresas de carácter jurídicamente internacional como aquellas:

"... qui n'ont pas été constituées en application exclusive d'une loi nationale, dont les associés et les dirigeants, relèvent non pas seulement en fait, mais organiquement et impérativement, de plusieurs souverainetés nationales; dont la personnalité juridique ne découle pas non plus, ou du moins pas exclusivement, de la décision d'une autorité nationale, ou de l'application d'une loi nationale; dont le fonctionnement, enfin, est régi au moins partiellement par des règles ne trouvant pas leur source dans un seul, voire dans plusieurs droits nationaux..." (ob. cit., pág. 10).

Las referencias doctrinarias así ampliamente traídas a colación tienen en mira situar el plano de consideraciones en que se pone el problema de la naturaleza jurídica de ITAIPU, preliminar a la solución de los términos de la consulta, así como destacar la controversia justificada por la nueva de los fenómenos y de las consecuentes indagaciones, orientadas, en la verdad, como se ve, en el sentido de la purificación de los conceptos.

Importa, entonces, y sobre todo, analizar los textos y buscar su significación y conclusiones jurídicas.

### III

Brasil y Paraguay firmaron Tratado, el 26 de abril de 1973, ordenando la realización, en común, del “aprovechamiento hidroeléctrico de los recursos hídricos del río Paraná, pertenecientes en condominio a los dos países, desde e inclusive el Salto Grande de Siete Caídas o Salto de Guairá hasta la embocadura del río Iguazú”.

Del lado brasileño, el texto del Tratado fue aprobado por el Decreto Legislativo nº 23, de 30 de mayo de 1973, y promulgado por el Decreto nº 72.707, de 28 de agosto de 1973, pasando a entrar en vigor, por tiempo indeterminado, a partir de la fecha del cambio de los instrumentos de ratificación e integrando, por ese efecto, el ordenamiento jurídico nacional.

Los Estados convenientes acordaron crear, en este acto y por el, “una entidad binacional denominada ITAIPU”, investida de la finalidad específica de realizar el aprovechamiento hidroeléctrico, emprendimiento que es razón y objetivo del Tratado.

Creada, así, directa y automáticamente, por este acto jurídico internacional, a su complementación constitutiva, en plan de efectividad orgánica y funcional, se hace por la participación de la ELETROBRÁS y de la ANDE en la composición, en términos igualitarios, del capital de ITAIPU, representado en cien millones de dólares (EE.UU.), la integración de cuyas partes, iguales e intransferibles, por las dos entidades administrativas, será suplida por el Tesoro de los respectivos países, o por financiamiento indicado por los Gobiernos (Art. III, § 1º, del Trat.). En ese carácter societario es que el Estatuto tiene a ambas como partes de ITAIPU (Art. I), sin que esto afecte la especificidad del ser jurídico de la entidad binacional.

Concomitantemente, se establece el régimen jurídico de la entidad, que es primordial y expresamente, circunscrito y estructurado por las normas del Tratado, así como de sus Anexos, notadamente el Estatuto de ITAIPU (Anexo A), que forman parte del Tratado y sólo pueden, por tanto, ser modificados, de común acuerdo, por los Gobiernos (Art. III, §§ 1º e 2º, Art. VI, del Trat.).

En la línea de desdoblamiento de estos presupuestos, el Estatuto (Anexo A) dispone que ITAIPU tiene capacidad jurídica, financiera y administrativa, así como responsabilidad técnica, para estudiar, proyectar, dirigir y ejecutar las obras que tiene por objeto, ponerlas en funcionamiento y explotarlas.

Consecuentes de estos atributos y para el efecto de cumplir estos objetivos, realizando su vocación especial, la entidad podrá adquirir derechos y contraer obligaciones (Art. IV).

El estricto criterio igualitario que preside, en todo momento, a su composición y estructura, se traduce, también, en que los órganos de su administración sean integrados por igual número de nacionales de ambos países y, a ejemplo de similares en el plano internacional, tenga dos sedes, de igual categoría e importancia, en Brasilia y en Asunción, sin que de esta peculiar circunstancia resulte la quiebra de la unidad institucional (Art. IV, del Trat.).

Sede y foro, en cada uno de los dos países signatarios del Tratado, asumen especial significación y consecuencia en su vinculación a la norma convenida, en función de la cual ITAIPU se somete a dos distintas jurisdicciones, bajo el criterio del territorio en que tengan domicilio o sede las personas físicas o jurídicas con las cuales la entidad binacional establezca relaciones jurídicas de cualquier naturaleza. Así, sin perjuicio de las disposiciones del Tratado e igual en razón de ellas, como que a título de recepción de la ley nacional y no de su aplicación subsidiaria, se opera una domiciliación o sujeción al ordenamiento jurídico de uno y de otro país, con relación al estricto campo de la constitución de relaciones jurídicas y según la verificación de aquel presupuesto de la sede de la contraparte. Entre tanto, se incluye en el campo de la autonomía contractual de ITAIPU estipular, libre del criterio impositivo de la cláusula, cuando de las relaciones contractuales de obras y suministro con personas físicas o jurídicas, no domiciliadas en el Brasil o Paraguay (Art. XIX del Trat.).

Criterio del todo diverso, en materia de reenvío, viene dispuesto en el artículo XXI del Tratado, donde se sigue el principio de la ley nacional cuando se trata del cómputo y juzgamiento de la responsabilidad civil o criminal por actos lesivos a los intereses de ITAIPU, practicados por sus administradores y empleados, brasileños o paraguayos, independiente, por tanto, del domicilio del agente o del lugar en que se practica el acto lesivo. Otro criterio es el que se observa con relación a los empleados de tercera nacionalidad, en lo tocante a las mismas responsabilidades, cual el de la incidencia de la ley del lugar, brasileña o paraguaya, de la sede de sus funciones, dispositivo que también excepciona los principios comunes (Art. XXI del Trat.).

De modo específico, la edición de normas jurídicas aplicables a las relaciones de trabajo y seguridad social fue reservada, por el Tratado, para constituir objeto de acto internacional, lo que efectivamente vino a verificarse por el Protocolo de 11 de febrero de 1974, aprobado por el Decreto Legislativo nº 40, de 1974, y promulgado por el Decreto nº 74.431, de 19 de agosto de 1974. Ahí, al mismo tiempo en que se consubstancian normas especiales, ocurre el reenvío de determinados ítems, bajo el criterio del lugar de la celebración del contrato, para la ley nacional, cuya incidencia entonces se da en virtud de la determinación de la cláusula convencional.

Regístrese, por su relevancia en la caracterización jurídica de la hipótesis, el dispositivo que anuncia otorgar la concesión a ITAIPU para realizar, durante la vigencia del Tratado, el emprendimiento hidroeléctrico que es objeto de este, utilizando recursos hídricos pertenecientes en condominio a los dos países, en el río contiguo. Este emprendimiento es, por tanto, común a los dos Estados, y no a cada uno de ellos en particular bajo color de yuxtaposición, significando el resultado de decisión acorde de soberanías que, simultáneamente, instituyó un servicio público internacional o transnacional y concedió a ITAIPU la realización y explotación del emprendimiento, calificándolo como concesionaria de ese servicio público (Art. V del Trat.).

Son estos los datos fundamentales, que constan en los textos, que propician un esbozo de la naturaleza y de la posición de ITAIPU, en fase del derecho interno, para los fines de la consulta.

#### IV

Como se ve, el Tratado eximió de definir a la entidad binacional, en términos de categoría jurídica, ofreciendo, en tanto, notas suficientes a la construcción del concepto.

Aunque silenciosas las cláusulas, ITAIPU se evidencia como una persona jurídica, pues a tanto inducen, necesariamente, a su capacidad jurídica, apta a volverla centro de imputación de derechos y obligaciones, así como la correlativa capacidad administrativa y financiera, inseparablemente, por consiguiente, actos, voluntad y patrimonio propios, identificables, como tales, y perfectamente distintos de los pertinentes a los Estados que la crearon o de las entidades administrativas, Eletrobrás y Ande, que, como instrumentos de aquellos, participan formalmente de su organización y capital social.

Su existencia y forma tiene fuente en el ámbito internacional, por tanto resultado de la voluntad expresa y concordante de sujetos de derecho público internacional, actuando como tales. Luego, es una persona jurídica emergente en el campo del derecho internacional público, primera significación de la locución entidad binacional, en que binacional es calificativo de la dualidad de voluntad originantes, pero al mismo tiempo especie del género internacional. En esta condición jurídica, la entidad es recibida y reconocida en el ordenamiento interno, como automática consecuencia de ratificación del Tratado, autorizada a, en el, actuar, en los límites de su aptitud y finalidades, independiente de someterse a las normas de la ley nacional que confieren la existencia y personalidad jurídicas.

Ni es preciso insistir en que la entidad en causa se somete, primordialmente, a un régimen internacional. Su grado de internacionalización se revela en coordenadas de un máximo de intensidad en cuanto a la naturaleza de sus actos formativos, y de un mínimo de extensión en cuanto al número de sujetos de derecho participantes de su institución. Si su creación se debió a un acto internacional entre Estados que, en común, y en el ejercicio de las respectivas soberanías, le confirieron la personalidad jurídica, toda su

dinámica transcurre, igualmente, de la misma fuente normativa, esto es, su objetivo, capacidad y responsabilidad, recursos, procedimientos y estructura son aquellas disciplinadas e delimitadas en el Tratado.

Este régimen es completo en si mismo, y del Tratado transcurre el universo jurídico en que se sitúa ITAIPU. En virtud de las disposiciones en el incluidas es que ordenes jurídicas internas pasan a integrar su ordenamiento, y será en función de esto que la entidad, en sus relaciones jurídicas privadas con terceros, se subordina a las mismas reglas que inciden sobre las entidades sometidas a la respectiva jurisdicción nacional, salvo las anulaciones operadas por la convención interestatal.

Por todo esto conviene, en primera aproximación, a ITAIPU, la prédica genérica de organismo internacional. Entretanto, la fase de indagación sobre sus métodos de actuación y objetivos funcionales se tiene que ella se substraer a lo que comúnmente se denomina un establecimiento de autoridad para configurarse como ente u organismo de gestión, de tipo industrial, correspondiente a su condición de concesionario de servicio público internacional vinculado a la explotación de energía eléctrica en río internacional bajo condominio.

De ahí, en la terminología de Colliard, largamente empleada, la entidad, en causa, correspondería a un “organismo internacional de gestión”, o, con los mismos elementos connotativos, a una sociedad internacional o transnacional, menos equívoco que establecimiento público internacional, siempre que sea guardada la indeclinable distinción para con las sociedades llamadas internacionales, de carácter privado, típicamente multinacionales, que se constituyen, ordinariamente, según el derecho interno de cada país, en que actúan, y a cuya jurisdicción se someten en sus desdoblamientos externos, y que no son jurídicamente internacionales, aún siendo económicamente.

Entretanto, todas las características, que, en ella, se apuntan, autorizan a sumirla en el concepto de empresa, que, tomado en su simplicidad y en comprensión advenida de las varias connotaciones que a ella convergen, se ajustan cabalmente a la entidad en causa.

Resguardada, además, su proveniencia al campo del derecho internacional público, la empresa, que es la entidad binacional, en pantalla, guarda ponderable similitud con el fenómeno de la empresa pública, tal como ocurre en el derecho interno, haga vista a su origen interestatal, y hasta cierto punto la composición de su capital social, es considerado la provisión por el Tesoro de cada país, y no, la participación formal y expresa de entidades administrativas de segundo grado. Esta peculiaridad de institución es que relativiza la posibilidad de definirla, con precisión, como empresa pública internacional, a parte de las objeciones de la doctrina internacionalista, en utilizar un concepto aún disputado en el campo del derecho interno.

El Tratado fue sabio en no comprometerse con conceptos y categorías jurídicas, limitándose a decir ITAIPU “entidad binacional”, sin decirle persona pública o privada. De ahí, la preocupación de definirla empresa pública talvez

advenga de la necesidad de atribuirle la personalidad privada que el modo y el objetivo de su actuación necesariamente reclaman. Entretanto, esta condición es inherente, en cuanto necesaria, no estando pre excluida. Así como al propio Estado, en la fase externa o interna, cierta doctrina reconoce una personalidad y patrimonialidad públicas al lado de personalidad y patrimonialidad privadas, según actúe *jure imperii* o *jure gestionis*, así también, y con mayor razón, a la empresa binacional, como persona jurídica de derecho internacional público, en actuación en el ámbito de la jurisdicción interna, si ha de reconocer la personalidad funcional, ajustada a su vocación especial y apta al desempeño de sus actividades de gestión, que otra no podría ser, si no la correspondiente a la índole de las relaciones de derecho privado, esto es, aquello que es característico de una empresa, todavía *sui generis*.

Así, atento a la mejor lección de la citada doctrina de Libbrecht, y acompañando sus conceptos, excluida la terminología de vacilante precisión conceptual y adecuada aplicabilidad, cabría proponer la definición de la entidad binacional ITAIPU, simplemente, como empresa jurídicamente internacional, esto es, persona jurídica emergente del derecho internacional, con la finalidad específica de desempeño de actividad industrial, la que se aplica como concesionaria de servicio público internacional, sometida a régimen de derecho internacional público, en los términos en que fue establecido en el acto de su creación, sin perjuicio de sujeción a la ley nacional de uno y de otro Estado conveniente, por efecto de lo dispuesto en la cláusula internacional, en la extensión, presupuestos y condiciones en ella establecidos.

Al decirse comprendida en la categoría genérica, doctrinariamente construida, de empresa jurídicamente internacional, en contraposición dialéctica la empresa económicamente internacional o empresa multinacional, ITAIPU se distingue esencialmente de las congéneres, por su especificidad propia, ha de ser binacional, característica que, al mismo tiempo que le delimita la extensión habla estrechamente vinculada a los Estados que la instituirán, como un producto en común de dos soberanías, volcado a la relación externa, a manera de las instituciones menores en que los Estados internamente se desdoblarán, sin que alcance aquel grado de autonomía, irrestricto internacionalismo o supranacionalidad de las personas jurídicas de derecho internacional público, *tout court*.

V

Pese a que la autonomía, quiera ser administrativa, financiera o técnica, reconocida por los organismos internacionales de gestión o de carácter empresarial, esto es, empresas jurídicamente internacionales, como condición primordial para el eficiente desempeño, lo que ha caracterizado la estructuración de tales entidades donde sea que funcionen, es la realidad y el reconocimiento de la necesidad de medios de control, administrativo y financiero, o sea para la vigilancia sobre la aplicación de los recursos atribuidos, o para la verificación del desempeño y del cumplimiento de los fines de la institución. Se trata de fenómeno de cierto modo correspondiente

a la tutela mantenida, internamente, por el Estado, sobre las entidades por el instituidas para la realización de servicios públicos, y es la correspondencia o analogía de objetivos que justifican la aplicación a estos otros organismos, diversamente de lo que pasa con los que la doctrina ha llamado verdaderas organizaciones internacionales, tanto las intergubernamentales, como las supranacionales. En el caso de la binacional, tanto mas se justifica la invocación de estos mecanismos jurídicos de acompañamiento, cuanto dependiente ella se muestra de los Estados constitutivos, circunscrita a su actuación a los intereses comunes a ellos correspondientes, y sujetas a la permanente verificación, por ellos, de la satisfacción de los encargos para los cuales fue creada.

El mecanismo de control, de interés de los Gobiernos, se realiza, ordinariamente, en la medida de las participaciones estatales en el emprendimiento y de acuerdo con las opciones estructurales y las condiciones establecidas en el acto internacional de institución de la entidad.

En dos procedimientos específicos, configurados en el Tratado, se garantiza el ejercicio de la tutela de los Estados sobre la entidad binacional, asegurando la presencia y la fiscalización de los Gobiernos.

En primer lugar, la manifestación de esta tutela se verifica, en molde clásico, en la selección de los dirigentes y en la posibilidad de su revocación, a modo de lo que ocurre, invariablemente, en el plano del Derecho Administrativo.

Los órganos de la administración de ITAIPU están representados por el Consejo de Administración y por la Dirección Ejecutiva, cuyas composiciones, en exacta atención del dominante criterio paritario de todo el emprendimiento, cuentan con igual número de representantes de cada país. En cuanto a los Consejeros, tienen un mandato de cuatro años, los Directores tienen de cinco, todos nominados directamente por los respectivos Gobiernos, cabiendo, por tanto, destacar que tales mandatos son a cualquier tiempo revocables, lo que constituye un índice ponderable del poder de vigilancia de los Gobiernos sobre la vida de la entidad (Arts. VIII, IX, XI y XII, del Estatuto).

De acuerdo con las cláusulas estatutarias, en cuanto a la Dirección Ejecutiva practica los “actos de administración necesarios a la conducción de los asuntos de la entidad”, elaborando la propuesta presupuestaria, balances y demostración de la cuenta de resultados, así como ejecutando las normas y bases para prestación de los servicios de electricidad y, de modo general, las decisiones del Consejo de Administración (XIII), a este incumbe el ejercicio de amplias funciones, a nivel normativo, deliberativo y de control. Vale transcribir, por su relevancia, el rol de las principales atribuciones de este colegiado, en el tenor siguiente: a) cumplir y hacer cumplir el Tratado; b) editar las directrices fundamentales de administración, el plan de organizaciones de los servicios básicos, las bases de prestación de los servicios de electricidad; c) decidir sobre actos que importen alienación del patrimonio, reevaluaciones del activo y pasivo, obligaciones y préstamos y presupuesto; y, finalmente, examinar el Informe Anual, el Balance General y

la Demostración de la Cuenta de Resultados, elaborados por la Dirección Ejecutiva y presentarlos, con su parecer, a la ELETROBRÁS y a la ANDE (IX).

Con entera razón, el ilustre jurista C. A. Bandeira de Mello vislumbró en la composición de los mecanismos administrativos de ITAIPU, la existencia de controles internos y externos.

Residiría en las atribuciones del Consejo de Administración, arriba mencionadas, el ejercicio del control interno, inherente a la estructura de la propia entidad, pero del cual los Gobiernos, aunque de modo indirecto, participarían por la selección de sus integrantes.

Entretanto, el control externo, notadamente de orden económico financiero, será ejercido por la ELETROBRÁS y por la ANDE, mediante la apreciación y decisión sobre el Informe Anual, el Balance General y la Demostración de la Cuenta de Resultados del ejercicio anterior, elaborados por la Dirección Ejecutiva y ya sometidos a examen y parecer del Consejo de Administración (Art. VIII).

Como se ve, el régimen administrativo y financiero de ITAIPU, también en el capítulo del control administrativo y de la fiscalización financiera y presupuestaria, sea interna, sea externa, se rige por las normas emergentes del pacto internacional.

El ordenamiento jurídico resultante de norma internacional trasciende, necesariamente, el ámbito estatal, excede el espacio jurídico de validez e incidencia del ordenamiento interno. Se confirma, de este modo, el régimen de derecho internacional a que se somete, también en este sector, la empresa binacional, situación jurídica objetiva que constituye, sistemáticamente, el cuadro en que ella se mueve, sin que se autorice su suministro por la recurrencia, directa o subsidiaria, a la legislación interna si no en los puntos y en el alcance expresamente admitidos.

El reconocimiento de este status internacional y el propósito, además coherente y lógico, de resguardarlo se patentan, por ejemplo, en la circunstancia que los casos de divergencia en cuanto a la interpretación o aplicación del Tratado serán resueltos por los medios diplomáticos usuales (Art. XXII del Trat.), y las lagunas del Estatuto, cuya integración no se haga posible en el ámbito de la competencia del Consejo de Administración, refluirán a la decisión de los dos Gobiernos, con el previo parecer de la Eletrobrás y de la Ande (Art. XXIX del Estatuto).

Por esto, bajo el régimen correspondiente a su origen y constitución, la entidad binacional, como empresa jurídicamente internacional delimitada por su naturaleza y ámbito de actuación, no es reductible, lógica o jurídicamente, a cualquier tipo de entidad, estatal o paraestatal, de administración directa o indirecta, pertinente al derecho interno.

ITAIPU no está sujeta, por consiguiente, a las normas aplicables a agentes públicos y entidades públicas nacionales, bajo formas de inspección

administrativa o supervisión jerárquicas, y de control interno o externo, que constan en el derecho constitucional o administrativo brasileño, igual que sus agentes no pueden, de modo alguno, ser considerados funcionarios internacionales.

Además, las previsiones del texto constitucional y de las leyes administrativas, con relación a entes, responsabilidades y procesos sujetos a los mecanismos de control, no se compadecen con realidades y conceptos del ordenamiento jurídico binacional, que, por distintos y peculiares, aquellas no se subsumen. El control ejercido por la jurisdicción nacional solamente se extenderá hasta el momento administrativo y financiero y la entidad responsable, comprendidos en su espacio jurídico, cesando necesariamente siempre que sean traspuestos sus lindes.

Como se trata de emprendimientos y recursos puestos en común, de tal modo que resaltan una unidad orgánica y personificada, es jurídicamente imposible admitir disociarlos, o suponer un reparto abstracto, para hacer incidir procedimientos unilaterales. Y por ser, de hecho, imposible, cualquier medida unilateral, de derecho interno, tendiente al control de la actuación de ITAIPU, confrontaría, al estremecimiento de las normas de derecho internacional instituidas en el Tratado, los intereses consubstanciados de una soberanía distinta.

Por tanto, los medios de control y actuación sobre la empresa binacional son solamente aquellos dispuestos en los actos internacionales, a cuya observancia están sujetos órganos y entidades de la Administración, puesto que las cláusulas respectivas constituyen normas jurídicas incorporadas al ordenamiento interno, con la categoría, la eficacia y las consecuencias de ley nacional.

Brasilia, 22 de septiembre de 1978.

***Luiz Rafael Mayer***

*Consultor General de la República*

*(Publicado en el D.O.U. del 19.10.78, p. 16.869-77.)*

**Abogacía General de la Unión**

3 - Parecer GQ-16, del 29.4.1994

Nº GQ - 16, del 29 de abril de 1994. “De acuerdo, delante las informaciones. El 6/5/94.” (Proceso nº 48000.007279/93-51 encaminado al Excelentísimo Señor Ministro Jefe de la Casa Civil de la Presidencia de la República).

PROCESO: Nº 48000.007279/93-51

ORIGEN: Ministerio de Minas y Energía

ASUNTO: Audiencia de la Abogacía General de la Unión respecto a la aplicación de la Ley n° 8.666, del 21.6.93, a los procedimientos licitatorios de ITAIPU Binacional, creada por el Tratado entre Brasil y Paraguay, del 26 de abril de 1973.

PARECER N° GQ - 16

ADOPTA, para los fines y efectos de los Arts. 40 y 41 de la Ley Complementaria n° 73, del 10 de febrero de 1993, el anexo PARECER N° AGU/LS-02/94, labra del eminente Consultor de la Unión, Doctor L. A. PARANHOS SAMPAIO.

Brasilia, 29 de abril de 1.994

**GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO**

*Abogado General de la Unión*

PARECER N° AGU/LS-02/94 (Anexo al Parecer GQ-16)

PROCESO N° 48000.007279/93-51

ASUNTO: Audiencia de la Abogacía General de la Unión respecto de la aplicación de la Ley n° 8.666, de 21.6.93, a los procedimientos licitatorios de ITAIPU Binacional, creada por el Tratado entre Brasil y Paraguay, de 26 de abril de 1973.

RESUMEN: ITAIPU Binacional. Persona jurídica pública de derecho internacional, creada por el Tratado firmado entre el Brasil y el Paraguay, de 26 de abril de 1973, no se somete a las reglas inscritas en la Ley n° 8.666, de 21 de junio de 1993, t si a las normas generales de licitaciones, aprobadas por el su Consejo de Administración.

La responsabilidad civil y/o penal de los Consejeros, Directores y demás empleados brasileños o paraguayos, por actos dolosos o culposos lesivos a sus intereses, será tramitada y juzgada conforme a las respectivas leyes nacionales.

Señor Abogado General de la Unión

Por orden del Excelentísimo Señor Presidente de la República, el Señor Ministro Jefe de la Casa Civil, encamina a esta Abogacía General de la Unión para que sea examinada materia alusiva a la aplicación de la Ley n° 8.666, de 21 de junio de 1993, en los procedimientos licitatorios llevados a efecto por ITAIPU Binacional, entidad creada directamente por el Tratado de 26 de abril de 1973, promulgado por el Decreto Legislativo n° 72.707, de 28 de agosto de 1973, celebrado con la República del Paraguay, buscando el aprovechamiento hidroeléctrico de los recursos hídricos del Río Paraná.

2. A fin de justificar su postulación, en la Exposición de Motivos nº 002, de 5 de enero del corriente año, el Señor Ministro de Estado de Minas y Energía dice que sobre dicha entidad, con el advenimiento de la Ley nº 8.666/93, cuyas reglas, en algunos puntos, no coinciden con los contenidos en el mencionado Tratado, necesita de un pronunciamiento máxime de esta ABOGACIA GENERAL, respondiendo a las siguientes indagaciones:

a) ¿El régimen para obtención de la propuesta, adjudicación, contratación de servicios y obras, adquisición, alienación de bienes, debe atender a la disciplina de la Ley nº 8.666, de 21 de junio de 1993, o a las reglas de la Norma General de Licitación aprobada por el Consejo de Administración de ITAIPU?

b) ¿en la tramitación de la responsabilidad penal, se aplican a los Consejeros, Directores y demás empleados brasileños las normas previstas en la Ley nº 8.666/93?

3. El Consultante apoyó los autos del proceso al Parecer Conjur/MME nº 143/93 de la docta Consultoría Jurídica del Ministerio de Minas y Energía, que, en la esencialidad, así se manifestó “verbis”:

.....

“El Régimen Interno de la Entidad propone reglas propias y que son muy diferentes de aquellas preconizadas por la Ley nº 8.666/93, principalmente aquellas que están contempladas en el artículo XXVIII del Anexo A que se refiere a la obtención de propuestas; adjudicación; contratación de servicios y obras; adquisición de bienes, etc. Además, la previsión de normas de responsabilidad penal, que consta en el Art. XXI de aquel diploma legal, tiene características muy diferentes de nuestra ley que trata de los procedimientos licitatorios.

Por ser binacional, ITAIPU se somete al ordenamiento de uno u otro país, en cuanto a la constitución de relaciones jurídicas, en función de la sede de la persona involucrada.

De ahí la afirmación del Doctor Luiz Rafael Mayer, Autor del Parecer L-208 de la Consultoría General de la República, de 22 de septiembre de 1978 y aprobado por el Señor Presidente de la República, que siendo ITAIPU una empresa jurídicamente internacional, ella, como las demás, se distancian de los modelos de derecho interno de cada país signatario del Tratado.

Se ha de tomar en cuenta la extrema sensibilidad de como son tratados los acuerdos de niveles internacionales”.

4. En contenidas palabras, el parecer noble, opina por la atención del pleito venido de la entidad binacional y sugiere su encaminamiento a esta Abogacía General, en la función de Consultoría General de la Unión, para su análisis.

5. Así, trazada la materia arriba descrita, paso a examinarla.

6. En septiembre de 1978, atendiendo a una consulta del Ministerio de Minas y Energía (Exposición de Motivos n° 423/77), el Excelentísimo Señor Presidente de la República determinó la audiencia de la antigua Consultoría General de la República al respecto de la naturaleza jurídica de la entidad binacional ITAIPU, haciendo bien mientras a sí le caben los controles financieros, interno y externo, previstos en la legislación brasileña, sobre sus actividades.

7. En base a la consulta, el eminente ex-Consultor General y, después Ministro del Supremo Tribunal Federal, Luiz Rafael Mayer, consignó su lúcido parecer (L-208), aprobado el 17 de octubre de 1978, por el Exmo. Sr. Presidente de la República y publicado en la totalidad en el D.O. de 19 del mismo mes, habiendo, en la oportunidad, enfatizado que:

“I - La entidad binacional denominada ITAIPU, creada directamente por el Tratado entre Brasil y Paraguay, de 26 de abril de 1973, constituye una empresa jurídicamente internacional, consistente en una persona jurídica emergente en el campo del derecho internacional público, por ser consecuente de un Tratado, con la vocación y la finalidad específica de desempeño de actividad industrial, como concesionaria de servicio público internacional, común a dos Estados.

II - Sometida, primordialmente, al régimen del derecho internacional, en los términos en que esta establecido en competente acto de su creación, ITAIPU solamente está sujeta a los procedimientos de tutela representados en controles administrativos o financieros, de orden externo o interno, que constan de disposiciones pertinentes de los actos internacionales que la rigen, no aplicándosele las normas de derecho interno, constitucionales o administrativas, incidentes sobre agentes, entidades o responsabilidades estrictamente comprendidas en el ámbito de la jurisdicción nacional.” (Conforme resumen).

8. El argumento del ilustre consejero este es, en suma, lo siguiente:

.....

“El ordenamiento jurídico resultante de norma internacional trasciende, necesariamente, el ámbito estatal, excede el espacio jurídico de validez e incidencia del ordenamiento interno. Se confirma, de este modo, el régimen de derecho internacional a que se somete, también en ese sector, la empresa binacional, situación jurídica objetiva que constituye, sistemáticamente, el cuadro en que ella se mueve, sin que se autorice su suplemento por la recurrencia, directa o subsidiaria, a la legislación interna si no en los puntos y en el alcance expresamente admitidos.

El reconocimiento de ese status internacional y el propósito, además coherente y lógico, de resguardarlo se patentizan, por ejemplo, en la circunstancia de que los casos de divergencia en cuanto a la interpretación o aplicación del Tratado serán resueltos por los medios diplomáticos usuales (Art. XXII del Trat.), y las lagunas del Estatuto, cuya integración no se haga posible en el ámbito de competencia del Consejo de Administración, refluirán

a la decisión de los dos Gobiernos, con el previo parecer de la Eletrobrás y de la Ande (Art. XXIX del Estatuto).

Por esto, bajo el régimen correspondiente a su origen y constitución, la entidad binacional, como empresa jurídicamente internacional delimitada por su naturaleza y ámbito de actuación, no es reductible, lógica o jurídicamente, a cualquier tipo de entidad, estatal o paraestatal, de administración directa o indirecta, pertinente al derecho interno.

ITAIPI no está sujeta, por consiguiente, a las normas aplicables a agentes públicos y entidades públicas nacionales, bajo formas de inspección administrativa o supervisión jerárquicas, y de control interno o externo, que constan en el derecho constitucional o administrativo brasileño, igual que sus agentes no puedan, de manera alguna, ser considerados funcionarios internacionales.

Además, las previsiones del texto constitucional y de las leyes administrativas, con relación a entes, responsabilidades y procesos sujetos a los mecanismos de control, no se compadecen con realidades y conceptos del ordenamiento jurídico binacional, que, por distintos y peculiares, aquellas no se subsumen. El control ejercido por la jurisdicción nacional solamente se extenderá hasta el momento administrativo y financiero y la entidad responsable, comprendidos en su espacio jurídico, cesando necesariamente desde que son transpuestos sus lindes.

Como se trata de emprendimientos y recursos puestos en común, de tal modo que resulte una unidad orgánica y personificada, es jurídicamente imposible admitir disociarlos, o suponer una división abstracta, para hacer incidir procedimientos unilaterales. Y por ser, de hecho, imposible, toda y cualquier medida unilateral, de derecho interno, tendiente al control de la actuación de ITAIPI, confrontaría, al revés de las normas de derecho internacional instituidas en el Tratado, los intereses consubstanciados de una soberanía distinta.

Por tanto, los medios de control y actuación sobre la empresa binacional son solamente aquellos dispuestos en los actos internacionales, a cuya observancia están sujetos órganos y entidades de la Administración, puesto que las cláusulas respectivas constituyen normas jurídicas incorporadas al ordenamiento interno, con la categoría, la eficacia y las consecuencias de la ley nacional.”

9. Así, queda, plena y claramente establecida, mediante poderosas razones, cuyas raíces el propio autor del estudio se embebió en manifestaciones anteriormente ofrecidas por renombrados juristas, dentro de los cuales sobresalen Miguel Reale, Paulo Salvador Frontini y Celso Antonio Bandeira de Mello, la naturaleza jurídica del organismo internacional, éste originario de un tratado binacional, cuya personalidad jurídica se destina, exclusivamente, a la explotación de un servicio público, en que los partícipes, en calidad de “condominios”, integran una persona jurídica pública de derecho internacional.

10. Demás, como bien acentuó el Dr. Luiz Rafael Mayer en su marcado análisis:

“No es preciso insistir en que la entidad en causa se somete, primordialmente, a un régimen internacional. Su grado de internacionalización se revela en coordenadas de un máximo de intensidad en cuanto a la naturaleza de sus actos formativos, y de un mínimo de extensión en cuanto al número de sujetos de derecho participantes de su institución. Si a su creación se debió a un acto internacional entre Estados que, en común, y en el ejercicio de las respectivas soberanías, le conferirán la personalidad jurídica, toda su dinámica transcurre, igualmente, de la misma fuente normativa, esto es, su objetivo, capacidad y responsabilidad, recursos, procedimientos y estructura son aquellos disciplinados y delimitados no Tratado”.

11. Si, por consiguiente, “su objetivo, capacidad y responsabilidad, recursos, procedimientos y estructura son aquellos disciplinados y delimitados en el Tratado (que es un acto jurídico internacional) para el cumplimiento de los objetivos de la entidad se hace de forma igualitaria, consensual y harmónico por las partes contratantes.

12. Desdoblándose antedicha premisa, se puede, fácilmente, llegar a la conclusión de que si existe un criterio igualitario a presidir la composición y a estructura de la entidad, no hay que se hablar de aplicar sobre esa ley regente concerniente a licitaciones, editada por uno de los Países subscritores del Tratado. Hay, si, que se establecer reglas comunes, adecuadas a ambas partes, eficaces a los procedimientos licitatorios instaurados por la entidad.

13. Así, en resumen, no hay, por evidente, haber aplicación a la entidad la Ley n° 8.666/93, porque no se puede domiciliar o mejor sujetar al ordenamiento jurídico de cualquiera de las partes contratantes las relaciones contractuales consecuentes de obras, servicios y suministros con personas físicas o jurídicas, sean o no domiciliadas en el Brasil o en el Paraguay.

14. Si fuese al contrario, faltaría a la entidad la flexibilidad indispensable para licitar, pues habría que adecuarse a las leyes brasileñas y paraguayas, haciendo difícil (o imposible) la concreción de sus finalidades. El Tratado, como acto internacional, al conferir poderes expresos a la entidad, los confirió para que fuesen ejercidos en toda su plenitud, y para que pueda ejercerlos es de inevitable evidencia que le cambiará la libertad de editar su manual de licitación, atrapando, aquí y allá, los instrumentos o los medios mas adecuados, apropiados, a la realización de los procedimientos licitatorios deseados.

15. En este juicio de conveniencia, esto es en relación a la edición del manual de licitación, la entidad no deberá obediencia si no a su criterio, solo encontrando como frontera su libertad las limitaciones constitucionales, como son aquellas previstas en el inciso V del Art. 71, esto es, sumisión a la fiscalización del E. Tribunal de Cuentas de la Unión, las cuentas nacionales de

las empresas supranacionales, de cuyo capital social la Unión participe, en los términos del tratado constitutivo.

16. Por esto mismo, y por mas enfáticos que puedan parecer los argumentos jurídicos de los que pretenden incluir, en lo que se refiere a licitaciones, a ITAIPU bajo el imperio de la ley brasileña (a 8.666/93) no me parece posible hacerlo, por cuanto la mencionada entidad - como ya se dijo - es persona jurídica de carácter internacional.

17. Anteriormente a este análisis, la antigua Consultoría General de la República, por medio de Parecer n° FC-27, del nostálgico ex-Consultor General Dr. Clóvis Ferro Costa, registrado el 9 de marzo de 1990, ya se había pronunciado respecto de la inserción de ITAIPU Binacional de las atribuciones del PIS/PASEP sobre su facturación, una vez que el Tratado firmado entre el Brasil y el Paraguay (en el artículo XII) previa la no aplicación de impuestos, tasas, préstamos compulsorios de cualquier naturaleza, así como cualquiera otra imposición fiscales a las operaciones practicadas por ella.

18. De las afirmaciones arriba explicadas resulta, pues, como la mayor evidencia, que la entidad consultante deberá seguir, en los procedimientos licitatorios llevados a efecto, los comandos contenidos en la Norma General de Licitación, aprobada por su Consejo de Administración, no impidiendo, mientras tanto, que de ella integren (si fuera el caso) reglas consideradas compatibles (o adecuadas) a sus finalidades, cogidas de las legislaciones aplicables a la especie de ambos países contratantes.

19. Respondida la primera indagación, paso a analizar la segunda: en el cálculo de responsabilidad penal, se aplican a los Consejeros, Directores y demás empleados brasileños las normas previstas en la Ley n° 8.666, de 21 de junio de 1993.

20. Establece el artículo XXI, del Tratado, lo siguiente:

“La responsabilidad civil y/o penal de los Consejeros, Directores, Directores Adjuntos y demás empleados brasileños o paraguayos de ITAIPU, por actos lesivos a los intereses de esta, será tramitada y juzgada de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales respectivas”.

Y el párrafo único reza:

“Para los empleados de tercera nacionalidad se procederá de conformidad con la legislación nacional brasileña o según tengan la sede de sus funciones en el Brasil o en el Paraguay”.

21. Entonces, la responsabilidad civil y/o penal no solamente del cuerpo directivo de la entidad pero, también, de sus empleados, sean brasileños o paraguayos, por actos lesivos (dolosos o culposos) a sus intereses, será tramitada y juzgada de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales respectivas.

22. Vale decir, se aplica la ley del lugar (lex loci), esto es, aquella de donde provienen los consejeros, directores y los empleados.

23. La regla precisa ser entendida en toda su amplitud y de acuerdo con su finalidad o a su razón de ser.

24. Establecida la punición para el agente, se procurará la penalidad en la legislación interna del país del cual se originó.

25. Consonante esta forma capitulada en el Tratado, me parece aplicable a los infractores brasileños, esto en el campo de licitaciones y de contratos administrativos, las sanciones administrativas capituladas en la Sección II, del Capítulo IV, de la Ley 8.666/93, por cuanto esta es la norma nacional vigente sobre la materia.

26. Por interpretación lógica otros delitos, de los cuales derivan responsabilidad civil y/o penal, cometidos por las figuras constantes del Art. XXI, del Tratado, son aquellos capitulados en los Códigos y leyes específicas de los países contratantes. Es el parecer, “sub censura”.

Brasilia, 19 de abril de 1994.

**L. A. PARANHOS SAMPAIO**

*Consultor de la Unión*

*(Publicado en el D.O.U. del 9 de mayo de 1994, p. 6.814.)*

PROCESO N° 10168.003993/88-82.

RESUMEN: No cabe cobrar tributos sobre facturación de ITAIPU Binacional, por fuerza del Tratado firmado entre Brasil y Paraguay, el día 26.4.73.

Entre estos tributos está el PIS/PASEP, que sólo podrá incidir sobre la hoja de pago.

PARECER N° FC-27

Pende en esta Consultoría General de la República una fuerte divergencia entre la Secretaría de la Receta Federal e ITAIPÚ BINACIONAL al respecto de tributos y, sobre todo, de cobranza de las contribuciones del PIS/PASEP sobre la facturación de aquella entidad.

La divergencia dio origen al proceso n° 10168.003993/88-82, del Ministerio de Hacienda, con recurso para esta docta Presidencia.

De su parte, ITAIPU Binacional se dirigió a esta Consultoría General de la República para formular parecer definitivo dentro del ámbito de su competencia, sometiéndolo a la decisión final de Vuestra Excelencia.

La situación jurídica es emergente por el hecho de, no aceptar la Receta Federal los argumentos de ITAIPU Binacional, considera la insolvente y, por esto mismo, impedida realizar transacciones con Bancos oficiales que le han dado soporte, entre ellos, el Banco de Brasil y o BNDES.

Ayer en la tarde, por determinación de Vuestra Excelencia, el Consultor General estuvo en reunión con el Señor Ministro de Relaciones Exteriores tratando del tema, con la promesa de encaminar el parecer conclusivo sobre el discutido asunto.

Entiende la Receta Federal que a ITAIPU Binacional está sujeta a la incidencia regular de la contribución PIS/PASEP, por tratarse de contribución previsional, que tiene como favorecidos a sus empleados y tales contribuciones salen de sus contratos de trabajo, aunque este beneficio al trabajador no se constituya en remuneración para los efectos de la legislación del trabajo.

Continua la Receta Federal: “Relativamente al contrato de trabajo y seguridad social existente entre la interesada y sus empleados, fue firmado por los Estados propietarios de la empresa el Protocolo aprobado por el Decreto Legislativo nº 40, del 14.5.74, promulgado por el Decreto nº 74.431, del 19.8.74, por parte de Brasil. En el artículo 2º, letra c, del referido Protocolo, está contenida la obligación objeto de consulta, constando en el referido artículo que la legislación en regencia de la materia es aquella del lugar de la celebración del contrato individual de trabajo. Siendo así, no plantea duda que la interesada debe someterse a uno de los dos programas existentes en el Brasil en favor de sus empleados aquí admitidos. (...) Replica a ITAIPU que el Tratado firmado entre el Brasil y el Paraguay previno la total inserción de tributos y tasas sobre los servicios de electricidad prestados por ITAIPU Dice aunque en los términos, del artículo XII del Tratado, los países contratantes no aplicarán impuestos, tasas y préstamos compulsorios de cualquier naturaleza a ITAIPU y a los servicios de electricidad por ella ofrecidos.”

El deliberado uso de la expresión cualquier naturaleza tuvo el evidente objetivo de caracterizar la relación como simplemente enunciativa y no taxativa.

Así, la palabra contribución, que no está en el texto, está comprendida en la intención del legislador diplomático y se insertará en la genérica declaración de tasa de cualquier naturaleza.

#### EL DESLINDE DE LA CUESTIÓN.

El Tratado de ITAIPU fue firmado entre el Brasil y el Paraguay el día 26.4.73 y se incorporó al derecho positivo brasileño por el Decreto Legislativo nº 23, del 30.5.73 y por el Decreto nº 72.707, del 28.8.73.

De este Tratado, de extrema importancia continental, resultó la monumental obra de ITAIPU, en el momento, la mayor hidroeléctrica del mundo.

Para aliviar los gastos, las altas partes contratantes consignaron de manera categórica que no aplicarían impuestos, tasas y préstamos compulsorios de cualquier naturaleza a ITAIPU y a los servicios de electricidad prestados.

La discriminación de las exenciones y ventajas fue detallada, yendo al punto de extenderlas a los suministros de terceros contratantes, en una evidente demostración del carácter amplio de tales ventajas.

Por otro lado, el artículo 10 de la Ley Complementaria n° 7, del 7.7.70, que instituyó el PIS, declara que “las obligaciones de las empresas consecuentes de esta Ley son de carácter exclusivamente fiscal, no generando derecho de naturaleza del trabajo, ni incidencia de cualquier contribución previsión en relación a cualquier prestación debida, por ley o por sentencia judicial, a los empleados.”

El Programa PIS se fundió con el programa PASEP, como es sabido, pero no se alteró el concepto jurídico de tales, insertos en el citado artículo 10.

Desea la Receta, tributar la facturación de ITAIPU, pero se olvida que la expresión facturación corresponde a la prestación de servicios de electricidad, en relación a la cual tiene ITAIPU exención completa de la tributación de cualquier naturaleza.

ITAIPU Binacional, por otro lado, forma una unidad, una persona jurídica de carácter internacional, siendo extravagante la idea de dividir la facturación en dos, como pretende el FISCO, para identificar una mitad tributable y otra no.

Se trata de una ficción jurídica que no tiene el menor soporte, ni en derecho positivo, ni en la lógica.

Por otro lado, el intérprete natural de los Tratados es el Ministro de Relaciones Exteriores y no los fiscales de la Receta.

Los Tratados Internacionales son los actos más importantes de las Naciones y sería lamentable que su aplicación práctica quedase a depender del entendimiento de autoridades de menor escalón, por mas respetables que lo sean.

La Constitución Federal atribuye tal importancia a los Tratados que, en la hipótesis de conflicto internacional, dio competencia directa a la Unión Federal para decidir (primera línea del inciso 1° del artículo 102) sobre el mismo.

Las contribuciones de previdencia debidas, conforme el Tratado, se calculan y cobran sobre las hojas de los servidores de cada una de las Naciones, pero nunca sobre la facturación.

Esta práctica ha sido religiosamente cumplida por ITAIPU Binacional, según información de su Presidente, Ministro NEY BRAGA, pero sobre esto no pende ninguna duda.

Así, esta Consultoría General de la República, ya por el precedente firmado por el ilustre antecesor de esta Cátedra, Ministro LUIZ RAFAEL MAYER, en Parecer aprobado por el Excelentísimo Señor Presidente de la República de entonces; ya por los términos que abarca el artículo XII del Tratado Brasil Paraguay, aprobado por el Congreso Nacional y promulgado por el Decreto n° 72.707, del 28.8.73, concluye por el envío de este Parecer al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que este comunique al Ministerio de Hacienda la exención de ITAIPU Binacional de las contribuciones del PIS/PASEP sobre su facturación.

Este es nuestro Parecer, salvo mejor juicio.

Brasilia, 9 de marzo de 1990.

**CLÓVIS FERRO COSTA**

*Consultor General de la República*

*(Publicado en el D.O.U. de 13 de marzo de 1990, p. 5.020-21.)*

## PARECERES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE ITAIPU

Prof. Miguel Reale

### 4 - La estructura jurídica de ITAIPU

Una de las características fundamentales del Estado contemporáneo consiste en el hecho de que este dejó de ser solo el controlador de actividades sociales y jurídicas, para transformarse, efectivamente, en empresario. Es el Estado empresario igual cuando las constituciones, líricamente, anuncian que las actividades económicas deben ser confiadas, prioritariamente, a la iniciativa privada.

Esta participación creciente del Estado en las actividades productivas es resultante de la propia coyuntura tecnológica. En la realidad, ciertas actividades fundamentales no están mas en condiciones de ser desempeñadas por particulares, tal la suma de recursos y de conocimientos técnicos exigidos. Así es que, paulatinamente, van pasando a la esfera del Poder Público actividades que antes eran marcadamente privadas, citándose, entre ellas, la relativa a la producción de energía eléctrica.

Aún en la primera mitad del siglo, la actividad productiva de energía eléctrica era debida casi exclusivamente a organismos privados. En algunos países, aún perdura la dominante participación particular, pero la tendencia es el sentido

de la estatización de tales servicios, preservadas las concesiones ya existentes, así como porque la anulación no trae un kW más en beneficio de los consumidores.

Lo cierto es que, cuando se trata de colosales emprendimientos energéticos, forzoso es confiarlos a la responsabilidad estatal. Tenemos, en lo que se refiere a ITAIPU, un ejemplo extraordinario de lo que acabo de acentuar. ITAIPU es una realización sin precedentes en la historia jurídica, en el sector. Al contrario de lo que se afirmó por un periódico de esta Capital, con este título: "ITAIPU tiene precedentes en el plano internacional", hago la afirmación inversa, consciente de que no hay precedentes con relación a esta gran obra realizada por el Brasil, con la colaboración del Paraguay.

No será demás revelar cual fue mi participación en episodio tan fuerte de la vida brasileña y suramericana. A fines de 1972, tuve la honra de recibir un oficio del eminente Ministro de las Relaciones Exteriores, Embajador Mário Gibson Barboza, invitándome a manifestarme sobre un anteproyecto de Tratado a ser firmado entre el Brasil y el Paraguay, quedando con la libertad de hacer sugerencias sobre el texto recibido.

Después de largo estudio de la materia, llegué a la conclusión de que al contrario de simples pareceres sobre el asunto, era oportuno aducir algunas ponderaciones, y ofrecer igual un sustituto en cuando a la estructura jurídica de la empresa.

El anteproyecto inicial buscaba instaurar en el Brasil una entidad denominada inicialmente Hidroparaná, concebida bajo la forma de sociedad de economía mixta, con todas las normas usuales en este tipo de entidad, esto es, con Asamblea General, Dirección, Consejo Fiscal, etc.

La primera dificultad, que resultaba de ese tratamiento del problema, era tener que optar por una de las leyes de sociedad por acciones. ¿Cual de ellas, la brasileña o la paraguaya? Restaba el recurso de elaborar un diploma legal destinado exclusivamente a la empresa, lo que importaría en la elaboración de otros "códigos" para disciplinar otras cuestiones específicas.

## EMPRESA PÚBLICA BINACIONAL

Basta pensar que las decisiones deberían ser tomadas en asambleas generales de socios, muy cierto si tratase de un acuerdo paritario entre dos Naciones soberanas, para demostrar la inadecuación de la estructura jurídica originariamente concebida. Bien analizados los objetivos buscados, y a la luz de las atribuciones que serían conferidas a los diversos órganos proyectados, se percibía que muy poca aplicación tendría la mayor parte de las disposiciones que constan en la ley que rige las "sociedades anónimas".

De ahí la propuesta que hizo en el sentido de constituirse en una empresa pública binacional, lo que era posible hacerse mediante Tratado, pues esté, una vez aprobado por Decreto Legislativo del Congreso Nacional, adquiere

fuerza de ley, prevaleciendo sus normas especiales sobre cualquier otras anteriores pertinentes a la materia.

Puesta la cuestión en estos términos, procure informarme sobre la configuración jurídica dada en emprendimientos análogos, verificando que las características de la obra, que nos proponíamos realizar, exigía una solución original y propia, capaz de conciliar, en una unidad coherente, los varios y complejos aspectos jurídicos involucrados en materia económica, financiera, administrativa, civil, comercial, penal, del trabajo, etc.

A bien ver, se impone encontrar una estructura simple y práctica que permitiese, por un lado, la cooperación de dos Naciones empeñadas en la realización de una obra en condominio, con preservación de las respectivas competencias soberanas, y, de otro, tuviese la plasticidad requerida por una actividad empresarial, con los poderes de actuar que marcan el dinamismo de la libre iniciativa. Puedo afirmar que la solución final delineada, gracias al alto saber de juristas y técnicos, brasileños y paraguayos, no reproduce algún modelo alienígena, pero representa antes una respuesta adecuada, plasmada en función de las peculiaridades del emprendimiento, tanto así que abrió camino para iniciativas del mismo género.

## EL JURISTA Y EL PLANEAMIENTO

Antes de analizar algunos aspectos de la cuestión, bajo la óptica estrictamente jurídico, me parece indispensable resaltar un punto frecuentemente olvidado. Me refiero a la participación decisiva del jurista en la tarea de planeamiento, sea pública o privada. De manera general, cuando se habla de una obra de la magnitud de ITAIPU, se piensa solo en los técnicos que la proyectaron, en los economistas que cuidaron de los recursos financieros y su programación, o en los estadistas que resolvieron los problemas políticos subyacentes, pero la figura del jurista queda olvidada.

En la realidad, por tanto, la participación del hombre de la ley es tan significativa y decisiva como la de los demás, inclusive porque, muchas veces, la posibilidad del emprendimiento depende de la previa satisfacción de imperativos de orden jurídico. ¿Qué vale, por ejemplo, encontrar una solución técnicamente perfecta, y de alto rendimiento económico, si ella se muestra no ejecutable a la luz del Derecho, interno o internacional?

Se comprende, de este modo, que, en nuestra época, caracterizada por la política del planeamiento (y ya dije, ciertamente, que la planificación es una de las nuevas dimensiones del Estado contemporáneo), el jurista no puede ser llamado después de tomadas las decisiones, pero debe ser oído antes, durante y después, visto como nada es hecho por el Estado que, directa o indirectamente, no implique esquemas jurídicos, o no se formalice en estructuras normativas.

Fue lo que ocurrió en el caso elocuente de ITAIPU, cuyas opciones se asentaron, preliminarmente, en el cuidadoso examen de los problemas de Derecho Internacional involucrados en el área, tanto en lo que se refiere a las

relaciones entre el Brasil y el Paraguay, como también con referencia a los demás países de la Cuenca del Plata, siendo insubsistentes las críticas suscitadas por los que no analizaron el asunto con la debida atención, o lo hicieron con inadmisibles prejuicios.

Volviendo, por tanto, a la exposición que me propongo hacer, valdrá la pena breve alusión las notas distintivas de una empresa pública, a comenzar por la definición legal contenida en el Art. 5.º, n.º II, del Decreto ley n.º 200, de 25 de febrero de 1967, a saber: “la entidad dotada de personalidad jurídica de derecho privado, con patrimonio propio y capital exclusivo de la Unión, creada por ley para la explotación de actividad económica que el Gobierno sea llevado a ejercer por fuerza de contingencia o de conveniencia administrativa, pudiendo revestirse de cualquiera de las formas admitidas en derecho” (Redacción dada por el Decreto ley n.º 900, de 29-9-969).

Es claro que no corresponde, en todo y para todo, a esta conceptualización de nuestro Derecho interno la empresa binacional creada por el Tratado firmado, el 26 de abril de 1973, entre la República Federativa de Brasil y la República del Paraguay para aprovechamiento hidroeléctrico de los recursos hídricos del río Paraná, pertenecientes en condominio a los dos países, desde e inclusive el Salto Grande de Siete Caídas o Salto de Guairá hasta la Embocadura del río Iguazú, Tratado aprobado por el Decreto legislativo n.º 23, de 30 de mayo de 1973, y mandado ejecutar por el Decreto n.º 72.707, de 28 de agosto de 1973.

Lo que se dio, en primer lugar, fue el traslado de un modelo jurídico, elaborado en la pantalla Derecho Administrativo Interno, al ámbito del Derecho Internacional, con todas las consecuencias inherentes a esta transposición, a la cual da la coloración o sentido diversos a los esquemas de naturaleza administrativa, comercial, penal, del trabajo, etc.

Abstracción hecha de la mencionada “definición legal”, criticable inclusive por el hecho de haber sido enunciada cuando el asunto debió ser dejado a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial, - no es demás recordar, aunque superficialmente, que la “empresa pública” no se confunde con la “sociedad de economía mixta”. Se distingue, esta, en primer lugar, por revestirse siempre de la forma de sociedad por acciones, cuya mayoría, ex vi del mismo Decreto ley N° 200, debe caber a una persona jurídica de Derecho Público, de la Administración directa o indirecta.

En la empresa pública, incluso cuando ella aparece bajo los vestidos de sociedad por acciones, estas pertenecen exclusivamente a entidades estatales o paraestatales, tomado este adjetivo en sentido lato.

En el caso especial de ITAIPU, es ella constituida por las “Centrais Elétricas Brasileiras” (ELETROBRÁS) y por la “Administración Nacional de Electricidad”, del Paraguay (ANDE), con igual participación en el capital, rigiéndose por las normas del Tratado, del Estatuto, que constituye su Anexo A, y de los demás Anexos.

Para que se tenga desde luego la nota distintiva de esta estructura jurídica sui generis, recuérdese que, felizmente la empresa sea constituida por ELETROBRÁS y ANDE, estas no pueden alterar el Estatuto y demás Anexos, a no ser mediante autorización previa de los dos Gobiernos. En mas de una oportunidad, recuérdese esta apelación directa a las “dos Altas Partes contratantes”, las cuales se reservan el poder de decidir en cuanto a determinadas cuestiones de fondo, sobrepasando, de ese modo, el ámbito de la persona jurídica por ellas constituida.

#### “TERRITORIO DE ITAIPU”

Téngase presente que ITAIPU cubre una gran área en las dos márgenes del río Paraná, área esta de varias decenas de kilómetros cuadrados, y que, tanto durante la construcción de la Usina, como durante su operación, constituirá un “territorio común”, dotado de libre tránsito y circulación para personas y bienes (Tratado, Art. XVII, § 2º), independientemente de la nacionalidad de sus dirigentes y empleados. Esto no obstante, no hubo alguna alteración en la línea de frontera entre las dos Naciones, estableciéndose, expresamente, que “las instalaciones destinadas a la producción de energía eléctrica y las obras auxiliares no producirán variación alguna en los límites” (Tratado, Art. VII).

Surge, digamos así, una “entidad internacional de naturaleza empresarial”, tanto o mas que una “empresa de naturaleza internacional”, visto como es en función del aprovechamiento de los recursos hídricos comunes en que se resuelven las situaciones jurídicas y se define el cuadro de derechos y deberes, respetando siempre el principio de igualdad de las soberanías, que, desde las inmortales lecciones de Rui Barbosa, en La Haya, constituye uno de los elementos bases de nuestra política externa.

Habrà, pues, en el “territorio de ITAIPU”, tomado este término con todo el peso de su significado técnico jurídico, una comunidad regida por un Derecho propio, afortunadamente reflejo natural del Derecho de cada uno de los signatarios del Tratado.

La binacionalidad de la empresa explica la dualidad de sede, en Brasilia y en Asunción (Art. IV del Tratado), pero su unidad legítima una serie de dispositivos que atiende al hecho substancial de tratarse de una sola comunidad de producción y de trabajo. Es la razón por la cual, el Parecer, a que ya aludí, tejí las siguientes consideraciones:

“El Artículo VI del Anteproyecto de Tratado adopta una solución que me parece válida, determinando la aplicación de la legislación brasileña o de la paraguaya, en función del domicilio de las personas físicas o jurídicas que negociaron con la Hidroparaná (nombre primitivo de ITAIPU). Por vía de consecuencia, queda también firmada la competencia del foro, respectivamente, de Brasilia o de Asunción.

Cabe, todavía, ponderar que hay todo un complejo de relaciones que no puede, a mi ver, subordinarse al foro de las Capitales de Brasil o del

Paraguay, por el criterio del domicilio. Me refiero a las relaciones del Derecho al Trabajo y de la Seguridad Social.

“La mayoría de los empleados de la Hidroparaná residirá en el área que le será destinada, no pudiendo, por otro lado, exigir que las cuestiones del trabajo o previdencia sean resueltos en los foros remotos de Brasilia o Asunción.

“Por otro lado, es principio fundamental del Derecho del Trabajo que las relaciones entre los auxiliares y la empresa deban obedecer a los mismos criterios legales, tanto en lo que refiere a los derechos como a los deberes.

“Si con relación a los terceros, que negociaren con Hidroparaná, es admisible la dualidad de legislación, determinada esta en función del domicilio de quien con ella contrate, el mismo no se podrá decir en cuanto a la legislación del trabajo, en virtud del principio de la unidad de la empresa ante sus servidores.

“Se ve, pues, que la unidad de las relaciones del trabajos - adversa a que sean tratados desigualmente los que prestan servicios iguales - genera, en el plano de los hechos, no obstante el carácter binacional de la entidad, un campo de relaciones comunitarias, que, en principio, deberían estar sujetas a un único sistema de normas”.

## RELACIONES COMUNITARIAS

Sugerí, entonces, que se facultase a brasileños y paraguayos optar por una de las dos legislaciones del trabajo, pero ofrecía la siguiente alternativa:

“En lugar de este dispositivo, dada la natural complejidad de la materia, se podría preferir la inclusión de nuevo Artículo, en el cual se prevea, para esta y otras categorías de relaciones, la firma de un Protocolo destinado a disciplinar por separado las relaciones de trabajo, a fin de ser evitadas disparidades de tratamiento en asunto de tamaña relevancia y delicadeza.”

Fue esta segunda solución que vino a prevalecer, estando informado que está en vías de conclusión el Anexo destinado a disciplinar las relaciones del trabajo en el ámbito de ITAIPU, conjuntamente previsto en el Art. XX del Tratado (\*).

Como se ve, hay en la estructura jurídica, que estoy intentando delinear en sus elementos esenciales, un aspecto comunitario de veras original, un “sistema de Derecho”, resultante de los dos ordenamientos superiores, pero dotado de valores propios.

Si, en lo que se refiere a las relaciones del trabajo y de la Previdencia Social, a razón de “igualdad del trabajo” dictó soluciones uniformes, no había razón, tratándose de relaciones civiles o empresarias, para privar a los participantes o a los que intervienen en el cuadro de sus derechos personales. Atendiendo a este motivo relevante, quedó estatuido, en el Art. XIX del Tratado, que el

Brasil y el Paraguay aplicaría su propia legislación, tomando en cuenta las disposiciones de aquel Acto y sus Anexos. Esto quiere decir que las relaciones de orden civil de los brasileños, como, por ejemplo, las relativas al Derecho de Familia, continuarán regidas por nuestra Ley Civil, aunque estén domiciliados en el área de la Usina que, atendida la línea de frontera, corresponda a territorio paraguayo. Se da, así, una inversión en el principio de aplicabilidad de la ley, que pasa a ser la del *jus personale*, y no la del *jus soli*.

En suma, el brasileño o el paraguayo que fueran a residir en ITAIPU cargarán consigo el Derecho personal que les es propio, lo mismo aconteciendo en lo concerniente a la responsabilidad civil y o penal de los Consejeros, Directores, Adjuntos y demás empleados, por actos lesivos a los intereses de ITAIPU, debiendo ser iniciada y juzgada de conformidad con lo dispuesto en la leyes nacionales respectivas. Para los empleados de tercera nacionalidad, se procederá de conformidad con la legislación nacional brasileña o paraguaya, según tengan la sede de sus funciones en el Brasil o en el Paraguay (“Tratado”, Art. XXI y su párrafo único).

Se entrelazan, de este modo, en una composición harmónica, preceptos de carácter comunitario - los que atienden a la identidad de funciones en el seno de la empresa - y de carácter personal, los que dicen respecto al status jurídico de cada persona física o jurídica, preservándose su cuadro natural de derechos y deberes. Unidad de fin y pluralidad de formas presidirán a la elaboración del Tratado, a demostrar una constante adecuación de la norma a la especificidad de los hechos en función del valor a realizar o a preservar.

Otro ejemplo de reglas de carácter comunitario encontramos en el Art. IX del Tratado, por el cual se firma el compromiso de utilización, de forma equitativa, en la medida de lo posible y en condiciones comparables, da mano de obra, especializada o no, así como de equipos y materiales disponibles en los dos países. Para hacer realidad este equitativo empleo de la “fuerza de trabajo”, quedó estipulado, en el § 1.º del citado Art. XI, acorde con sugerencia de mi autoría, que las Altas Partes contratantes adoptarán todas las medidas necesarias para que sus nacionales puedan emplearse, indistintamente, en trabajos efectuados en el territorio de una o de otra, relacionados con el objetivo del Tratado. Lo dispuesto en este artículo no sólo se aplicará a las condiciones acordadas con organismos financiadores, en lo que se refiera a la contratación de personal especializado, o a la adquisición de equipos o materiales, o cuando necesidades tecnológicas así lo exigieran.

Pues bien, lo expuesto hasta ahora es bastante para demostrar que un alto principio de paridad y de respeto mutuo, abstracción hecha de las dimensiones geopolíticas o económicas de las dos Partes Contratantes, presidió a la elaboración del Tratado de ITAIPU.

Este propósito, que podría servir de modelo en las relaciones internacionales, lo vemos actuante también en los Anexos, a comenzar por la pieza básica que es el Estatuto. La opción por el esquema de la “empresa pública binacional” permitió superar el impasse que surge en toda sociedad anónima donde dos grupos detentan número igual de acciones. Dada la naturaleza del

emprendimiento, no puede haber, en ITAIPU, predominio de una parte sobre la otra, transfiriéndose las divergencias, que por ventura no puedan ser resueltas en el seno de la propia empresa, para el plano diplomático, esto es, para entendimiento y acierto entre los dos gobiernos, inclusive en lo tocante a la interpretación de las cláusulas del “Tratado” y sus Anexos (Cfr. “Tratado”, Art. XXII).

## EL ESTATUTO

Antes, por tanto, de apreciar este punto, no es demás decir algo sobre la organización de ITAIPÚ, tal como resulta de las disposiciones estatutarias. Es ella dirigida por dos órganos, el Consejo de Administración y la Dirección Ejecutiva. El primero está formado por doce consejeros, seis de cada país, siendo uno indicado por el Ministerio de las Relaciones Exteriores y dos por ELETROBRÁS o ANDE (Estatuto, Art. VIII).

Al Consejo de Administración, cuyas reuniones serán presididas, alternadamente, por un consejero de nacionalidad brasileña y paraguaya, compete, entre otras atribuciones, establecer las directrices de la empresa y el plan de organización de sus servicios básicos, así como decidir sobre la propuesta de presupuesto presentada por la Dirección Ejecutiva.

La Dirección Ejecutiva, constituida de igual número de nacionales de ambos países, se compone del Director General y de los Directores Técnico, Jurídico, Administrativo, Financiero y de Coordinación. Como son diez los Directores, y cinco a los cargos, a cada Director corresponde un “Director Adjunto” de nacionalidad brasileña o paraguaya, diferente de la del titular (Estatuto, Art. XII y su § 1º).

Como corresponderá al Brasil la mayor responsabilidad en la ejecución de la obra, cuyo término de construcción está previsto para ocho años, serán brasileños los Directores General, Técnico y Financiero durante los dos primeros mandatos, de cinco años cada uno. A partir del tercer período, los Directores y Directores Adjuntos serán nominados de acuerdo con lo que convinieron los dos Gobiernos.

Para que, en la actuación de los órganos dirigentes, haya obediencia al principio de paridad, contiene el Estatuto disposiciones a la que no se podrá recusar ingenio y arte. Véase, por ejemplo, lo dispuesto en el Art. X, por el cual el Consejo de Administración sólo podrá decidir válidamente con la presencia de la mayoría de los consejeros de cada país y con paridad de votos igual a la menor representación nacional presente. Por otras palabras, si a una reunión comparecerán 6 brasileños y 4 paraguayos, es esta representación que servirá de base para guiar el voto de aquella. Lo que quiere decir que, o los consejeros acuerdan en una solución, obedecido el principio de la paridad (y, nada impide que, atendido este, se decida por mayoría, sumándose votos brasileños y paraguayos), o la cuestión es transferida a los medios diplomáticos usuales. Se diría que hay cierto riesgo en este sistema, pudiendo surgir divergencias y demoras incompatibles con la naturaleza técnica y económica de la producción de energía eléctrica, pero se trata,

evidentemente, de un riesgo limitado, en virtud misma de los objetivos buscados, no consultando a ninguna de las dos Naciones el aplazamiento de soluciones indispensables al mejor éxito de la empresa. Todo Derecho se asienta sobre la base ética de buena fe, y esta no puede dejar de ser uno de los presupuestos de los acuerdos internacionales. Es la razón por la cual el problema no queda sujeto a actitudes personales de este o de aquel Consejero o Director, pues, en cualquier momento, los Gobiernos podrán sustituirlos.

La idea, por otro lado, de hacer corresponder un Director Adjunto a cada Director Titular, siendo aquel necesariamente informado de los negocios sociales relativos a la respectiva área, me parece válida, atendiendo al objetivo de mantener las Altas Partes contratantes, de las cuales ITAIPU es la larga *manus* plenamente a la par de las actividades de la empresa (Cfr. Estatuto, Art. XXIII y sus párrafos).

Me cabe además apreciar algunos puntos complementarios, a pesar de parecerme que, a esta altura, ya se pueda tener una imagen adecuada del modelo jurídico original que el Brasil y el Paraguay ofrecen al mundo.

#### LA MONEDA EN ITAIPU

No puedo, con efecto, dejar de hacer breve referencia a la cuestión de la moneda adoptada por ITAIPU, que no es ni el Cruzeiro, ni el Guaraní, pero el Dólar, tomado como moneda de referencia, no de manera absoluta, pero según su valor a la fecha de la ratificación del Tratado.

La selección del Dólar como moneda de referencia, como resulta del § 4º del Art. XV, está vinculada, con efecto, a un valor determinado, mantenido constante, pues, para fin de cálculo de los rendimientos del capital, remuneraciones, etc., se atenderá a que toda cantidad de dólares acompañe las fluctuaciones de la moneda de los Estados Unidos de América referida a su patrón de peso y título, vigente en la fecha del cambio de los instrumentos de Ratificación del Tratado. En otras palabras, las obligaciones estipuladas no quedarán al sabor de las fluctuaciones del dólar, pues el valor de este será siempre corregido, para mantener la proporción vigente en determinado día, según su patrón de peso y título. Es con base en este criterio que se encuentran fijadas, en el “Anexo C”, las normas de ejecución de pagos de royalties, resarcimientos, rendimientos, etc. (Cfr. también, “Estatuto”, Art. XXIV, § 2.º)

Otro punto que merece referencia es el relativo a la atribución de poderes otorgados por los dos Gobiernos a la entidad por ellos creada, con el fin de explotar los recursos hídricos que ambos declaran tener “en condominio”, asegurándole amplia exención fiscal, sea para los materiales y equipos que adquiere en cualquiera de los dos países, o importar de terceros, para utilizarlos en la construcción de la central eléctrica, quiera sobre los lucros de la empresa o los pagos por ella efectuados. Se comprometen, además, los dos Gobiernos a no poner ninguna traba o gravamen fiscal en el movimiento de fondos de ITAIPU que resulte del Tratado, así como le garanticen libre tránsito

a los materiales adquiridos o importados (“Tratado”, Art. XII) y la conversión cambiaría necesaria al pago de las obligaciones asumidas.

Mucho habría que decir sobre esta nueva “autarquía fiscal” que acaba de ser constituida, con amplitud no vulgar, mas comprensible por ser proyección inmediata de dos Estados soberanos que, a pesar de fundar una empresa pública dotada de “territorialidad sui generis”, porque establecida *intuitu societatis*, no desisten de su jurisdicción sobre el “territorio” que le es destinado. En realidad, felizmente, esta superposición de poderes es solo aparente, pues en la empresa binacional confluyen y se armonizan las dos fuentes originarias o eminentes de competencia.

Afortunadamente el Tratado y el Estatuto no confieren explícitamente personalidad jurídica autónoma a ITAIPU, tal configuración está obviamente implícita en el Art. IV del Estatuto, según el cual la Empresa “tendrá capacidad jurídica, financiera y administrativa, y también responsabilidad técnica, para estudiar, proyectar, dirigir y ejecutar las obras que tiene como objeto, ponerla en funcionamiento y explotarla, pudiendo, para tales efectos, adquirir derecho y contraer obligaciones”.

Como esta personalidad jurídica, dotada de amplio espectro de poderes, se destina a la explotación de un bien público, otorgado conjuntamente por los dos Estados “condominios”, resulta de la que caracterizada existencia de una persona jurídica pública de carácter internacional.

Punto curioso y que por cierto merecerá la atención de los estudiosos de Derecho es el relativo al tipo de royalty previsto en el Art. XV del “Tratado”, el cual se debe por ITAIPU a los dos países “en razón de la utilización del potencial hidráulico”, debiendo aquel ser pagado en dólares, siempre tomada en cuenta la paridad oficial de esta moneda en relación al oro.

Finalmente, y a guisa de conclusión, se resalta que la energía producida será dividida en partes iguales, siendo reconocido a cada uno de los dos países el derecho de adquirir la que no fuera utilizada por el otro para su propio consumo, asegurada siempre la adquisición del total de la potencia instalada. (“Tratado”, Art. XIII).

Y es así, en breves trazos, como se estructura jurídicamente ITAIPU y a que altos fines se destina, pudiendo ser considerada un modelo admirable de cooperación internacional, del cual por muchos títulos nos podemos envanecer.

## DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN SOBRE EL CONTROL DE LOS ACTOS DE GESTIÓN DE ITAIPU BINACIONAL

Tribunal de Cuentas de la Unión

8 - Decisión N° 279/1995 do Tribunal de Cuentas de la Unión sobre el control de los actos de Gestión de ITAIPU Binacional

(HOMERO SANTOS - 21.06.1995)

GRUPO II - CLASE VII - Plenario

TC-003.064/93-0

Anexo: TC-021.479/94-1

TC-013.207/91-1

Naturaleza: Representación/9a SECEX

Entidad: ITAIPU Binacional

Resumen: Fiscalización de ITAIPU Binacional. Constituida por el Tratado celebrado entre Brasil y Paraguay, ITAIPU está sometida al régimen de derecho internacional, no se le aplican las normas de derecho interno de los países contratantes. Imposibilidad de ser fiscalizadas las cuentas nacionales, en procesos autónomos, dado el criterio igualitario que marca el norte a la administración de la Binacional. Conocimiento de la situación al Señor Presidente de la República buscando la posible alteración de los actos normativos de la Empresa, así también al Señor Presidente del Congreso Nacional para las medidas que correspondan. Encaminamiento de la Decisión al Controlador General del Paraguay.

Realización de auditoria de ELETROBRÁS para evaluación de los controles. Sobreseer los estudios resultantes del Art. 38 de la IN/TCU n° 06/94, en lo tocante a ITAIPU.

Este Tribunal, en la Sesión de 21.03.90 (Acta n° 10/90, Anexo VII - TC-014.423/88-0), determinó a la CACE “la realización de estudios, de manera que el Tribunal pueda oportunamente reglamentar, por acto normativo propio, la competencia conferida por el Art. 71, inciso V, de la Constitución Federal, o someter la materia a consideración del Congreso Nacional.”

Por la Orden de Servicio n° 009/93, el entonces Presidente, Exmo. Sr. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, determinó a la 9a SECEX “la adopción de las providencias necesarias a la presentación de las cuentas de ITAIPU Binacional, en procesos autónomos de prestación de cuentas y no mas en conjunto con las cuentas de la ELETROBRÁS”, así como la oportuna presentación de normas complementarias al a la disciplina de la materia para la consecuente formalización de las cuentas de la mencionada empresa y de las demás entidades supranacionales.

Constituida la Comisión, el 03.03.93, en el ámbito de la 9a SECEX, para realización de los estudios pertinentes a la materia, se concluyó, después del examen de los actos y normas relativas a la mencionada Institución, que, dada

la complejidad del asunto y ante la ausencia de los subsidios necesarios al completo deslinde de la cuestión, se hacia imperioso, en carácter preliminar, promover auditoria en al ELETROBRÁS, extensiva a ITAIPU, para recoger todos los elementos con vistas a la definición de las normas de fiscalización a cargo del Tribunal, así como para verificar la forma de control ejercida por ELETROBRÁS.

Con relación a las cuentas de ITAIPU, sugirió a la Comisión que, provisoriamente, fuese presentada en al forma autorizada en la Sesión de 21.03.90, “sólo que ahora en proceso autónomo y con algunas adaptaciones a las peculiaridades de ITAIPU”, inscribiendo, a propósito, los elementos pertinentes.

Y Titular de la 9a SECEX, Dr. Elsio Jeová dos Santos, endosó las conclusiones ofrecidas, inclusive en cuanto a la realización de la auditoria propuesta.

Se encuentra anexo a este proceso el TC-021.479/94-1 que se refiere a los resultados de los trabajos realizados, en noviembre de 1994, en este Tribunal, por los servidores designados para desarrollar los estudios de que trata el Art. 38 de la Instrucción Normativa TCU nº 06/94 y por los representantes de la Contraloría General de la República del Paraguay, oportunidad en que fueron debatidos los aspectos constitucionales, legales y reglamentarios que afectan a fiscalización de ITAIPU Binacional, relativos a ambos países.

Según consta de la Representación formulada por la Comisión del Tribunal, acostada aquellos autos, con base en el Acta de la Reunión firmada en conjunto con los representantes paraguayos, fueron las siguientes, las constataciones y conclusiones resultantes del encuentro:

#### “I - CONSTATAACIONES:

1 - tanto La Constitución brasileña como la Constitución paraguaya confieren a las respectivas Entidades de Control, la prerrogativa y responsabilidad de fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales, en los términos de los respectivos tratados constitutivos;

2 - por el artículo IV, parágrafo único, del tratado constitutivo de ITAIPU, la Administración de la Binacional se realiza de forma paritaria entre el Brasil y el Paraguay, lo que imposibilita la existencia de cuentas nacionales separadas y distintas;

3 - el Tratado, Estatuto y demás normas de ITAIPU Binacional no proveen los mecanismos de fiscalización directa por parte de las EFS de ambos países;

4 - los procedimientos de controles practicados por las Entidades Fiscalizadoras Superiores son diferentes, teniendo en cuenta que la Contraloría del Paraguay ejerce el control a través de auditorias y exámenes especiales y el Tribunal de Cuentas de Brasil, además de estas atribuciones, tiene, también, la facultad Constitucional y legal de juzgar las cuentas de los entes públicos; y

5 - que la Declaración n° 14/94 de la Cámara de Senadores del Paraguay (copia las fls. 02) instó a la Contraloría General buscando el cumplimiento de sus responsabilidades Constitucionales y legales, en el sentido de realizar el control de las Entidades Binacionales de aquellos país, ITAIPU (Brasil x Paraguay) y Yacyretá (Argentina x Paraguay);

## II - CONCLUSIONES:

1 - que existe voluntad e intención de las dos Entidades Superiores de Control de realizar estudios, a la brevedad posible, para viabilizar la fiscalización de ITAIPU Binacional y otra entidad supranacional o multinacional que sea creada en el futuro, de acuerdo a lo dispuesto en las Constituciones ya citadas; y

2 - que, para viabilizar esta fiscalización, es necesario buscar las soluciones políticas, diplomáticas y administrativas para modificar los estatutos y reglamentos de ITAIPU Binacional, lo que, por tanto, fue sugerido.”

Las sugerencias presentadas por los dos Grupos y transcritas en la citada Representación fueron, entre otras:

3 - la formalización de una carta de intención entre el Tribunal de Cuentas de la Unión y a Contraloría General del Paraguay, en el sentido de que ambas Entidades realicen las gestiones necesarias entre los gobiernos de los respectivos países, para el cambio de cartas reversales, conforme prevé el Tratado de Institución de ITAIPU, con miras a la modificación del Estatuto y Régimen Interno de la misma;

4 - después de concretadas las modificaciones sugeridas, ser analizada la posibilidad de firmarse un acuerdo entre las dos EFS en el sentido de dar cumplimiento a los preceptos constitucionales de Brasil y Paraguay;”.

Finalizando, la Comisión de servidores del TCU entiende que, para esta Casa realice la fiscalización de ITAIPU Binacional, “se hace necesaria la adopción de medidas que busquen la modificación del Estatuto Social de la misma, en la forma sugerida en el Acta”.

El entonces Secretario General de Control Externo, al someter los autos a la consideración de la I. Presidencia, propuso, además de encaminar el proceso a mi Gabinete para juntarla a este TC-003.064/93-0, que fuese autorizada la elaboración de anteproyecto de instrucción normativa, disponiendo sobre la forma de fiscalización a ser ejercida, en lo tocante a las cuentas nacionales de las empresas supranacionales.

La Presidenta a la época, Exma. Ministra Élvia Lordello Castelo Branco, entendiendo que la normatización arbitrada sólo podría ser efectivizada después que el Tribunal fije las directrices pertinentes, objeto del proceso en el examen, encaminó aquellos a mi Gabinete, como subsidio al análisis del asunto.

Es el Informe.

## VOTO

Se confronta una vez mas vez este Colegiado con materia de extrema complejidad en el campo del ordenamiento jurídico, consecuente de la competencia atribuida al Control Externo, en los términos del Art. 71, inciso V, de la Constitución Federal, que así establece:

“Art. 71 El control externo, a cargo del Congreso Nacional, será ejercido con el auxilio del Tribunal de Cuentas de la Unión, al cual compete:

.....

V - fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales de cuyo capital social la Unión participe, de forma directa o indirecta, en los términos del tratado constitutivo;”

Cumple recordar, preliminarmente, que ITAIPU Binacional fue creada por el artículo III del Tratado celebrado el 26 de abril de 1973, entre la República Federativa de Brasil y la República del Paraguay, buscando como objetivo la realización, en común, del “aprovechamiento hidroeléctrico de los recursos hídricos del Río Paraná, perteneciente en condominio a los dos países, desde e inclusive el Salto Grande de Sete Quedas o Salto de Guaira hasta la Foz do Río Iguazu” (artículo I del mencionado Tratado).

Conforme además pactado, la referida Institución fue constituida por ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras S/A y por ANDE - Administración Nacional de Electricidad, del Paraguay, con igual participación, teniendo como principio norte del emprendimiento la igualdad de derechos y obligaciones.

En relación a la naturaleza jurídica de la entidad binacional ITAIPU, así como la responsabilidad de los controles, previstos en la legislación brasileña, sobre sus actividades, el entonces Consultor General de la República, posteriormente Ministro del Supremo Tribunal Federal, Doctor Luiz Rafael Mayer, registró brillante Parecer (L-208), aprobado por el Exmo. Sr. Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial de 19.10.78, en que, especialmente sobre la primera cuestión así, diserta:

“Además que silentes las cláusulas, ITAIPU se evidencia como una persona jurídica, pues a tanto inducen, necesariamente, a su capacidad jurídica, apta a volverla centro de imputación de derechos y obligaciones, así como la correlativa capacidad administrativa y financiera, inherente, por consiguiente, actos, voluntad y patrimonio propio, identificables, como tales, y perfectamente distintos de los pertinentes a los Estados que la crearon o de las entidades administrativas, ELETROBRÁS y ANDE, que, como instrumentos, de aquellos, participan formalmente de su organización y capital social.

Su existencia y forma tiene fuente en el ámbito internacional, en cuanto al resultado de la voluntad expresa y acorde de sujetos de derecho público internacional, actuando como tales. Luego, es una persona jurídica emergente

en el campo del derecho internacional público, primera significación de la expresión entidad binacional, en que binacional es calificativo de la dualidad de voluntades originantes, pero al mismo tiempo especie del género internacional. En esta condición jurídica, la entidad es recibida y reconocida en el ordenamiento interno, como automática consecuencia de la ratificación del Tratado, autorizada a, actuar, en los límites de su aptitud y finalidades, independientemente de sumisión a las normas de la ley nacional, otorgantes de existencia y personalidad jurídica.

No es preciso insistir en que la entidad, en causa, se somete, primordialmente, a un régimen internacional. Su grado de internacionalización se revela en coordenadas de un máximo de intensidad en cuanto a la naturaleza de sus actos formativos, y de un mínimo de extensión en cuanto al número de sujetos de derecho participantes de su institución. Si su creación se debió a un acto internacional entre Estados que, en común, y en el ejercicio de las respectivas soberanías, le conferirán la personalidad jurídica, toda su dinámica pasa, igualmente, de la misma fuente normativa, esto es, su objetivo, capacidad y responsabilidad, recursos, procedimientos y estructura son aquellos disciplinados y delimitados en el Tratado.”

Se observa, por tanto, que, constituyéndose en una empresa jurídicamente internacional, puesto que fue creada por el Tratado entre Brasil y Paraguay, ITAIPU está sometida al régimen de derecho internacional, y, de esta forma, está sujeta, tan solamente, a las disposiciones pertinentes de los actos que la rigen, no siéndole aplicables a las normas de derecho interno de los países contratantes.

Además en lo tocante a esta misma cuestión, se pronunció también el eminente jurista Miguel Reale, que inclusive participó de la elaboración del anteproyecto de los actos constitutivos de ITAIPU, y, por tanto, puede tratar del asunto con absoluta autoridad y conocimiento, en especial sobre la estructura jurídica de la mencionada Empresa, destacando así:

“Como esta personalidad jurídica, dotada de amplio espectro de poderes, se destina a la explotación de un bien público, otorgado conjuntamente por los dos Estados ‘condóminos’, resulta, mas de lo que caracterizaba, la existencia de una persona jurídica de carácter internacional.

.....

De ahí la propuesta que hizo en el sentido de constituirse en una ‘empresa pública binacional’, lo que era posible hacerse mediante Tratado, pues, este, una vez aprobado por decreto legislativo del Congreso Nacional, adquiere fuerza de ley, prevaleciendo sus normas especiales sobre cualquier otra anterior pertinente a la materia.”

En este sentido, cumple señalar el entendimiento manifestado por la Abogacía General de la Unión, que consta del Parecer n° AGU/LS-02/94 (Anexo al Parecer GQ-16, publicado en el D.O.U. del 09.05.94), en el sentido de que ITAIPU “no se somete a las reglas inscritas en la Ley n° 8.666, del 21 de julio

de 1993, y si a las normas generales de licitaciones, aprobadas por su Consejo de Administración”.

De forma análoga, en el Parecer de la antigua Consultoría General de la República de n° FC-27, del 08.03.90 (D.O.U. del 13.03.90), fue dirimida la divergencia suscitada entre la Secretaría de la Receta Federal y la propia ITAIPU al respecto de la cobranza de las contribuciones del PIS/PASEP, quedando resuelto que, por fuerza del Tratado, no cabe cobrar tributos sobre la facturación de la aludida Empresa.

Siguiendo esta línea de raciocinio, se desprende de la lectura que se haga de las normas estatutarias y de régimen de la mencionada Empresa, que fueron definidos mecanismos de control interno y externo con vista a garantizar la fiscalización de los dos Gobiernos, a saber: control interno, ejercido por el Consejo de Administración, responsable por el parecer sobre los demostrativos contables elaborados por la Dirección Ejecutiva (Art. 9°, § 1°, del Estatuto y Art. 19, línea “j”, del Régimen Interno), así como por la Auditoría Interna, subordinada a aquel Consejo (Art. 23, § 5°, del Estatuto y Art. 64 del Régimen Interno); y el control externo, a cargo de ELETROBRÁS y de la ANDE (Art. 26 del Estatuto y Art. 95 del Régimen Interno), como también de la auditoría independiente, contratada para verificación periódica del Balanceo General y de la Demostración de la Cuenta de Resultados (Art. 98, § 3°, del Régimen Interno).

Como se ve, inexistente dispositivo, sea en el Tratado o en las demás normas que rigen la referida Binacional, previniendo la sumisión de aquella Empresa al control externo ejercido por el Congreso Nacional con el auxilio del Tribunal, omisión esta que impide, a la luz del ordenamiento jurídico internacional, la acción jurisdiccional de esta Corte.

Como bien destacó el entonces Consultor General, Dr. Luiz Rafael Mayer, en el Parecer a que me referí anteriormente:

“ITAIPU no está sujeta, por consiguiente, a las normas aplicables a agentes públicos y entidades públicas nacionales, bajo formas de inspección administrativa o supervisión jerárquicas, y de control interno o externo, constantes del derecho constitucional o administrativo brasileño, mismo que sus agentes no puedan, de manera alguna, ser considerados funcionarios internacionales.

Además, las previsiones del texto constitucional y de las leyes administrativas, con relación a entes, responsabilidades y procesos sujetos a los mecanismos de control, no se compadecen con realidades y conceptos de ordenamiento jurídico binacional, que, por distintos y peculiares, aquellas no se subsumen. El control ejercido por la jurisdicción nacional solamente se extenderá hasta el momento administrativo y financiero y la entidad responsable, comprendidos en su espacio jurídico, cesando necesariamente desde que son transpuestos sus lindes”.

También acerca de la materia y ya a la luz de la nueva orden constitucional, el citado jurista Miguel Reale emitió el siguiente pronunciamiento, constante del Parecer fechado de 15.01.90, bajo el título “Naturaleza Internacional de ITAIPU Binacional - Imposibilidad de Control Unilateral de sus Actos por Entidades u Órganos Internos de Brasil o del Paraguay”.

“Se diría que el Parecer de la Consultoría General de la República, aprobado por el Presidente Ernesto Geisel, es anterior a la actual Constitución del 5 de octubre de 1988, pero, a mi ver, el nuevo Estatuto Político Brasileño vino, in casu, a excluir expresamente el control externo, por el Brasil, de las entidades binacionales, no pudiendo tal directriz dejar de ser aplicada al Paraguay, en razón de las normas que presiden las relaciones internacionales, máxime tratándose de ITAIPU Binacional, cuyo espíritu es de la mas absoluta paridad entre los dos Países participantes.”

Diferentemente, la Abogacía General de la Unión, en el Parecer sobre la aplicación de la Ley nº 8.666/93 a las licitaciones realizadas por la Entidad, anteriormente mencionado, expresa el entendimiento de que la mencionada Empresa sólo encuentra “como frontera a su libertad las limitaciones constitucionales, como son aquellas previstas en el inciso V del Art. 71, esto es, sumisión a la fiscalización del E. Tribunal de Cuentas de la Unión, las cuentas nacionales de las empresas arriba mencionadas, de cuyo capital la Unión participe, en los términos del Tratado Constitutivo”.

En que pese al mencionado Parecer de la AGU no haberse definido, con profundidad, en esa cuestión particular, hay que considerar este posicionamiento y, sobre todo, la voluntad política y la intención de los Gobiernos brasileño y paraguayo en ejercer, fundamentados en disposiciones constitucionales de cada país, la fiscalización sobre ITAIPU, la cual sería asumida directamente por este Tribunal y por la Contraloría General de la República, por el lado paraguayo.

Entretanto, para hacer posible esta acción de control, necesario se hará que sea incluido en el Estatuto, que es parte integrante del Tratado, y en el Reglamento de la Empresa, dispositivo previendo la fiscalización a cargo de las respectivas Entidades Fiscalizadoras Superiores, inclusive para que haya una perfecta compatibilización con las normas constitucionales de cada uno de los países. Referida pretensión estaría al abrigo de lo dispuesto en el Art. 31 de las normas estatutarias que así reza:

“ARTÍCULO 31º

Los casos no previstos en este Estatuto, que no pudieran ser resueltos por el Consejo de Administración, serán solucionados por los dos Gobiernos, con previo parecer de ELETROBRÁS y de ANDE.”

Siendo así, entiendo que, para viabilizar este intento, y considerando además que los actos en cuestión solo pueden ser modificados de común acuerdo por los Gobiernos, la materia debe ser levada al conocimiento del Excelentísimo

Señor Presidente de la República para adopción de las providencias que Su Excelencia entienda que corresponden a la especie.

Otra cuestión que emerge de los autos y transcurre del ejercicio del control externo se refiere a la forma de fiscalización a ser ejercida en la Entidad, hace a la atribución constitucionalmente conferida a esta Corte en el citado Art. 71, inciso V, de “fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales”.

Como ya se ha resaltado, la administración de ITAIPU es conducida de forma paritaria entre Brasil y Paraguay, por medio del Consejo de Administración y de la Dirección Ejecutiva, “integrados por igual número de nacionales de ambos países” (Art. IV, § 1º, del Tratado).

De esa igualdad de derechos y obligaciones establecida también en el Art. III del Tratado, que se traduce en una unidad gerencial, resulta la imposibilidad, pregonada por ilustres juristas, de descomponer los actos del cuerpo directivo de ITAIPU en brasileños y paraguayos. A propósito, estoy obligado a socorrerme nuevamente del entendimiento contenido en el siempre citado Parecer del Dr. Luiz Rafael Mayer, ya referido en este voto:

“Desde que se trata de emprendimientos y recursos puestos en común, de tal modo que resulte una unidad orgánica y personificada, es jurídicamente imposible admitir disociaciones, o suponer un reparto abstracto, para hacer incidir procedimientos unilaterales. Y por ser, de hecho, imposible, toda y cualquier medida unilateral, de derecho interno, tendiente al control de la actuación de ITAIPU, confrontaría, al estremecimiento de las normas de derecho internacional instituidas en el Tratado, los intereses consubstanciados de una soberanía distinta.”

De esta forma, en consecuencia aún del aspecto igualitario que marca el norte a la administración de la aludida Empresa, resurge la cuestión de la inexistencia de cuentas nacionales, toda vez que no sería posible la demostración de las operaciones financieras y patrimoniales realizadas tan solamente por administradores brasileños.

En tal contingencia, cumple también dar ciencia al Congreso Nacional de la situación ahora expuesta, encaminando, para mayor comprensión del asunto, copia de este Voto y de la Decisión respectiva.

Por otro lado, cabe además destacar que, diferentemente de las atribuciones conferidas a este Tribunal, la Contraloría General de la República, en el Paraguay, no detenta la competencia de juzgar las cuentas de las entidades públicas, ejerciendo a su acción jurisdiccional solamente por medio de auditorías y exámenes especiales, conforme informaciones contenidas en el TC-021.479/94-1, en anexo.

Luego, considero pertinente que, después de la concreción de la modificación de los actos constitutivos de ITAIPU Binacional, en la forma sugerida, sean promovidas gestiones junto a la Contraloría General del Paraguay, en el

sentido de establecer, conjuntamente, la fiscalización a ser ejercida sobre ITAIPU, ante la administración paritaria presente en la aludida Empresa, y en respeto a la soberanía de los dos países, tomando en cuenta además que, en razón de estos aspectos, ITAIPU no se puede sujeta a controles unilaterales.

Con referencia a la elaboración de anteproyecto de instrucción normativa, disponiendo sobre la forma de fiscalización a ser ejercida, relativamente a las cuentas de las empresas supranacionales, consonante al Art. 38 de la Instrucción Normativa TCU n° 06/94, entiendo que, en lo tocante a ITAIPU, y ante las especificidades a ella inherentes, los estudios en aquel sentido deben aguardar la efectividad de las medidas previstas (alteración de los actos constitutivos), así como los resultados de las reuniones a ser oportunamente realizadas con la Contraloría del Paraguay, conforme ya se mencionó.

De otra parte, y considerando las circunstancias evidenciadas en este Voto, verifico que cualquier iniciativa, en el ámbito del Tribunal, con vistas a requerir las cuentas de ITAIPU o realizar auditoria en la mencionada Entidad, se encuentran destituidas de amparo legal, una vez, que tales procedimientos, no fueron definidos en los actos que rigen la Binacional, en los términos referidos.

A la vista de todas estas consideraciones, observo que, en cuanto al Acta de la reunión de los servidores del Tribunal y de la Contraloría General del Paraguay, mencionada en el Informe que antecede a este Voto, las sugerencias allí presentadas servirán de subsidio al examen del asunto, no constituyéndose, en ningún momento, en una manifestación oficial del Tribunal sobre la materia.

Por último, cumple consignar, para conocimiento de los eminentes Pares, que el Tratado que instituyó ITAIPU estableció, en su Art. XXI, la forma de computo de la responsabilidad civil y penal del cuerpo directivo y de sus empleadas, sean brasileños o paraguayos, por actos lesivos a sus intereses, la cual se procesará de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales respectivas.

Hace a esta previsión y a la vista de la prerrogativa conferida a ELETROBRÁS de decidir acerca de las demostraciones contables de la Binacional, entiendo, de todo, pertinente a la realización de auditoria en ELETROBRÁS, con el objetivo de verificar los controles ejercidos sobre ITAIPU.

Ante lo expuesto, y acogiendo, en parte, los pareceres, VOTO porque el Tribunal adopte la Decisión que ahora someto a este Colegiado.

Sala de las Sesiones, el 21 de junio de 1995

**HOMERO SANTOS**

*Ministro Relator*

## DECLARACIÓN DE VOTO

Considerando que el inciso V del Art. 71 de la Constitución incumbe al TCU de “fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales de cuyo capital la Unión participe, de forma directa, o indirecta, en los términos del tratado constitutivo”;

Considerando que la Unión participa, en la proporción de 50%, del capital de la empresa ITAIPU Binacional;

Considerando que el respectivo tratado constitutivo no impide ni excluye la fiscalización, por el TCU, de las cuentas nacionales referentes a la participación de la Unión en aquella empresa y a las responsabilidades de los directores, nominados por el Gobierno Brasileño para la empresa;

Considerando que el Estatuto de ITAIPU Binacional es negligente respecto de esta fiscalización;

Considerando que el Art. 31 del mismo Estatuto delega al Consejo de Administración de la Empresa la competencia para resolver los casos negligentes;

Considerando que, por la expresión “fiscalizar las cuentas nacionales” lo que se tiene a la vista es el juzgamiento de responsabilidad de los dirigentes de empresa supranacional, nominados por el Gobierno Brasileño, y que, por eso, responden ante el TCU por sus actos de gestión;

Considerando que la materia es, por tanto, pasible de definición y disciplina mediante la adopción de reglamentación y de procedimientos administrativos y contables adecuados al caso;

Considerando que la adopción de los procedimientos referidos, para permitir esta fiscalización de actos de los directores brasileños, en nada perjudica los intereses de otra Alta Parte Contratante del tratado respectivo, ni altera los compromisos ante ella asumidos por el Brasil, pues respeta integralmente la soberanía paraguaya;

Considerando que el Gobierno Brasileño, por la misma razón, igualmente no podrá objetar, en caso que el Gobierno Paraguayo pretenda establecer su propia reglamentación para ejercer la misma fiscalización sobre los actos de los directores paraguayos por él nominados;

Considerando que tal reglamentación, en el caso de Brasil, puede así ser instituida por los Miembros brasileños integrantes del Consejo de Administración de la empresa supranacional, los cuales, por ser nominados y dimitidos por el Poder Ejecutivo, deben acatar la orientación de los Ministerios supervisores competentes;

Considerando, finalmente, que por las razones arriba expuestas el ejercicio de la fiscalización prevista en el Art. 71, inciso V, de la Constitución, depende

exclusivamente de la adopción de las iniciativas requeridas para institución de aquella reglamentación, por parte de los órganos competentes del Poder Ejecutivo;

Divergiendo del Ministro Relator, con las venias de praxis, VOTO por que el Tribunal adopte la siguiente redacción para los ítems 8.1 e 8.2, en la Decisión sometida a la aprobación del Plenario:

“8.1. - fijar plazo de 120 días para que el Ministro de las Relaciones Exteriores y el Ministro de Minas y Energía adopten las medidas necesarias para que los mandatarios de la Unión en el Consejo de Administración de ITAIPU Binacional implementen, en los términos del Art. 31 del Estatuto de aquella empresa binacional, todas las providencias requeridas para posibilitar el ejercicio de la fiscalización, por el TCU, de las cuentas nacionales referentes a la participación brasileña en la misma entidad, conforme lo previsto en el Art. 71, inciso V, de la Constitución;

8.2. - dar conocimiento de la determinación anterior al Señor Presidente del Congreso Nacional”.

Sala de las Sesiones, el 21 de junio de 1995

**CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA**

*Ministro*

#### DECLARACIÓN DE VOTO

Sr. Presidente, con venias al Ministro Carlos Átila, pienso de forma diferente, porque la norma existente es una norma constitucional. Dice, aquí, expresamente: “fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales, de cuyo capital social la Unión participe”, cualquiera que sea el capital, no precisa ser mayoritaria” - de forma directa o indirecta, en los términos del tratado constitutivo.” (Art. 71, inciso V)

Por tanto, del tratado constitutivo es que demandan, que surjan, todas las formas de fiscalización y todos los procedimientos a ser adoptados.

Hay, además, un punto relevante destacado en el Informe del Relator, aclarando que por el artículo 4º, párrafo único del tratado constitutivo de ITAIPU, la administración binacional se realiza de forma paritaria entre el Brasil y el Paraguay, lo que imposibilita la existencia de cuentas nacionales separadas y distintas.

Esto significa que las cuentas están representadas en un único documento, no habiendo como, físicamente, se examinaron los recursos, lucros o perjuicios, y fiscalizar con la participación de Brasil en la explotación de esta usina hidroeléctrica. Quedo con el principio constitucional. El Gobierno Brasileño

juntamente con el Gobierno del Paraguay, como también sugiere el Relator a través, por ejemplo, de notas reversales cambiadas entre los dos países, pueden establecer la forma de fiscalización, o a través de los respectivos órganos fiscalizadores, o a través de otro órgano. Pero la verdad es que la expresión constitucional “en los términos del tratado constitutivo” tiene relieve interno y externo porque es dispositivo de Derecho Internacional, que el Ministro Carlos Átila, como antiguo diplomático, conoce mucho mejor de lo que yo, haciendo que el asunto sea examinado y regido por el derecho internacional y no por el derecho interno.

Sala de Sesione, el 21 de junio de 1995

**PAULO AFFONSO MARTINS DE OLIVEIRA**

*Ministro*

Decisión N° 279/95 - TCU - Plenario

1. Proceso n° TC -003.064/93-0
2. Clase de Asuntos: VII - Representación formulada por la 9a SECEX sobre la fiscalización de ITAIPU Binacional
3. Interesado: TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN
4. Entidad: ITAIPU Binacional
5. Relator: MINISTRO HOMERO SANTOS
6. Representante del Ministerio Público: no actuó
7. Unidad Técnica: 9a Secretaría de Control Externo
8. Decisión: El Tribunal Pleno, ante las razones expuestas por el Relator, DECIDE:
  - 8.1. elevar a conocimiento del Excelentísimo Señor Presidente de la República, para la adopción de las providencias que Su Excelencia entienda que caben a la especie, que el Tribunal de Cuentas de la Unión se encuentra imposibilitado de ejercer la acción jurisdiccional sobre la empresa ITAIPU Binacional, en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 71, inciso V, de la Constitución Federal, ante la ausencia de previsión, en ese sentido, en los actos que la rigen, considerando la sumisión de la mencionada Empresa al régimen de derecho internacional, haciéndose imperiosa, en estas circunstancias, la modificación de las normas estatutarias y de régimen de ITAIPU, en común acuerdo con el Gobierno del Paraguay, con vista a incluir este procedimiento de fiscalización, el cual también está previsto en la Constitución de aquel País;

8.2. dar ciencia al Exmo. Sr. Presidente del Congreso Nacional, para las providencias que corresponden a la especie, que la competencia atribuida al Tribunal, en los términos del Art. 71, inciso V, de la Constitución Federal, relativamente a la fiscalización de las cuentas nacionales de la empresa ITAIPU Binacional, se encuentra perjudicada, una vez que la administración de esta Entidad está conducida de forma paritaria entre Brasil y Paraguay, encomendándosele, para mayor comprensión de la materia, copia de esta Decisión, así como del Informe y Voto respectivos;

8.3. autorizar la realización de auditoria en ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras S/A, con el objetivo de verificar la evaluación de los controles ejercidos sobre la administración de ITAIPU Binacional;

8.4. dejar resuelto que los estudios alusivos a la forma de fiscalización a ser desarrollada en la empresa ITAIPU, ante lo dispuesto en el Art. 38 de la Instrucción Normativa TCU n° 06/94, deben aguardar la modificación de los actos normativos de aquella Entidad, conforme el ítem 8.1., supra, como también los resultados de las reuniones a ser oportunamente realizadas con la Contraloría General del Paraguay, tomando en cuenta el aspecto igualitario que marca el norte a la administración de la mencionada Entidad y las consecuentes especificidades inherentes a la materia;

8.5. dejar consignado además que las consideraciones y propuestas que constan en el Acta de Reunión de los servidores de este Tribunal y de la Contraloría General del Paraguay no se constituyen en manifestación oficial de esta Corte de Cuentas sobre el asunto;

8.6. remitir copia de la presente Decisión, así como del Informe y Voto que la fundamentan, al Titular de la Contraloría General del Paraguay, responsable por la fiscalización de ITAIPU, y al Exmo. Sr. Ministro de las Relaciones Exteriores, para instrucción y adopción de las medidas pertinentes, acusadas en razón del contenido en el ítem precedente.

9. Acta n° 26/95 - Plenario

10. Fecha de la Sesión 21/06/1995 - Ordinaria

11. Especificación del quórum:

11.1 Ministros presentes: Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça (Presidente), Fernando Gonçalves, Carlos Átila Álvares da Silva, Homero dos Santos (Relator), Paulo Affonso Martins de Oliveira, Olavo Drummond, Iram de Almeida Saraiva y el Ministro Substituto Bento José Bugarin.

11.2 Ministros con voto vencido: Fernando Gonçalves y Carlos Átila Álvares da Silva.

**MARCOS VINICIOS VILAÇA**  
*Presidente*

*(Publicado en el D.O.U. del 10.7.1995, P. 10.197-200.)*