

**Análisis de la facultad consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del
Mercosur**

Santiago Deluca

Publicado el Lunes, 02 de Agosto de 2010 en *Aduana News*.

Desde que se puso en funcionamiento al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) [1], consecuencia directa de la firma del Protocolo de Olivos y su posterior entrada en vigencia, se puede afirmar que el sistema de solución de controversias del Mercosur registró un notable avance en el camino hacia su consolidación. Proceso que incorporó diversas herramientas jurídicas, entre las que se destaca la facultad del TPR para emitir opiniones consultivas (OC). En este trabajo se abordará el análisis de esa nueva competencia, con el objeto de reflejar su naturaleza jurídica y utilidad, así como los aciertos y desaciertos de su procedimiento.

I. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Aún cuando trasciende el marco de este trabajo, viene al caso hacer un pequeño repaso histórico de la evolución del sistema de solución de controversias. Los primeros esfuerzos fueron simultáneos al nacimiento mismo del Mercosur y la firma del Tratado de Asunción (TA) [3]. En aquel momento se previó un sistema sencillo caracterizado por negociaciones intergubernamentales directas; aunque paralelamente se reconoció el compromiso de los Estados Parte para adoptar un sistema definitivo [4]. Posteriormente se suscribió el Protocolo de Brasilia (PB) [5]. Esta iniciativa también provisoria -aunque se prolongó hasta el año 2004 con la sustanciación de diez diferendos entre los Estados Parte sobre cuestiones de diversa índole [6]-, constituyó el inicio formal de un esquema procesal dominado por Tribunales Arbitrales Ad Hoc (TAH), que reflejaba la influencia de los métodos utilizados en los arbitrajes internacionales de tinte comercial. Llegados al año 2002, Protocolo de Olivos (PO) mediante [7], cambia la estructura del sistema de solución de controversias y se crea una instancia permanente, de actuación y reunión ante la convocatoria concreta, que puede entender en primera y única instancia o bien como tribunal de revisión a pedido de un Estado Parte involucrado en una controversia concreta respecto de la aplicación del derecho en un pronunciamiento anterior de un TAH. Permanente, porque una vez aceptadas sus designaciones los integrantes del TPR deben estar disponibles de modo permanente para actuar ante la convocatoria concreta; pero ello no significa permanencia física diaria en el Sede del Tribunal [8]. Actuación en instancia única en reemplazo del sistema Ad hoc, por cuanto las partes en una controversia pueden acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al TPR, el cual funcionará y tendrá para el caso las mismas competencias que un TAH [9]. Tribunal de alzada o casación, teniendo en cuenta que cualquiera de las partes en la controversia puede presentar un recurso de revisión al TPR contra el laudo de un TAH, aunque limitado a cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del TAH. Esta facultad recursiva reconoce una excepción viabilidad en los supuestos de 1 laudos de TAH dictados en base a los principios *ex aequo et bono* [10]. Pero se sumó también a este cambio la posibilidad de concurrir al TPR para solicitar OC [11].

II. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE OPINIONES CONSULTIVAS DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN.

En primer término corresponde establecer qué se entiende por opiniones consultivas, su alcance y status jurídico. Apelando a los modelos Europeo y de la Comunidad Andina de Naciones como referencias de comparación, y teniendo presente que no es correcto hablar en el caso de las opiniones consultivas ni de recursos de prejudicialidad ni de interpretaciones prejudiciales [12], puede sostenerse que conforme a las previsiones del Reglamento al Protocolo de Olivos (RPO) éstas son: *“pronunciamientos fundados del Tribunal Permanente de Revisión en torno a preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas Mercosur en un caso concreto, con el objeto de resguardar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Parte”*. Sólo pueden solicitar OC los Estados Parte y los órganos con capacidad decisoria del Mercosur [13]; aunque con posterioridad también se sumó al listado de sujetos activos el Parlamento del Mercosur [14]. Finalmente, se otorga competencia activa para solicitar OC a los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados Parte, dejándose en mano de éstos –en estricta aplicación del principio de subsidiariedad- la facultad de su reglamentación procedimental interna [15]. En cuanto al alcance, surge de los extractos citados que la interpretación podrá solicitarse únicamente respecto del plexo normativo común, ya sea que se trate de normativa originaria como lo es el TA o de normativa derivada de los órganos decisorios del Mercosur; quedando vedado al TPR toda opinión o intervención en torno a hechos o derecho interno de los Estados Parte. Por su parte, resulta necesario poner de manifiesto que conforme lo establece el artículo 11 del RPO *“Las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias.”*. Esta ausencia de *imperium* u obligatoriedad, aún cuando puede considerarse su punto débil y llevar a situaciones no deseadas como el desconocimiento de un pronunciamiento por parte del solicitante [16], no le quitan la importancia ni el valor jurídico emergente del hecho de que para que el TPR pueda expresarse –previamente- deben transitarse determinados procedimientos y buscado acuerdos [17] que permiten presuponer con la provisoriedad del caso que la OC emitida será debidamente aplicada al caso concreto. Por último, debe hacerse un breve relato del procedimiento que debe observar el TPR ante la solicitud de una opinión consultiva. Aquí conviene resaltar que el régimen genérico del cual se desprenden luego otros más concretos o específicos para solicitar las OC se encuentra regulado en el RPO. Así, tal como lo prevé el artículo 5 RPO *“...la solicitud de opiniones consultivas se presentará por escrito, formulándose en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta y las razones que la motivan, indicando las normas del MERCOSUR vinculadas a la petición. Asimismo deberá acompañarse, si correspondiere, toda la documentación que pueda contribuir a su dilucidación.”*. En estos supuestos el TPR se integra con todos sus miembros, quienes de común acuerdo designan al Árbitro que actuará como relator [18]. Recibida la solicitud, la ST y el Presidente del TPR cuentan con un plazo de 4 días corridos, computados a partir del día siguiente de su recepción, para realizar las tareas administrativas y emitir la Resolución en torno a la admisibilidad del pedido y la designación del árbitro relator. No se admitirán las solicitudes cuando: a) resulten improcedentes de acuerdo con los Artículos 1 a 3 del RPO; o bien se encuentre en curso cualquier procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión [19]. Una vez aceptada y designado el Relator, el pedido de OC se pone en conocimiento de las Coordinaciones Nacionales, las que en un plazo de 15 días corridos pueden presentar sus eventuales consideraciones. Vencido ese plazo comienza a correr otro de 45 días corridos para que el TPR emita su respuesta. Este pronunciamiento debe fundarse en la

normativa Mercosur (originaria y derivada) y puede adoptarse por mayoría, caso en el que a diferencia de los demás pronunciamientos que puede emitir deberá dejar debida constancia de los votos en disidencia si los hubiere [20]. Emitida la OC el procedimiento se dará por concluido, aunque la reglamentación reconoce dos supuestos más que exceden el marco competencial del TPR y que conllevan a dar por finalizado el procedimiento consultivo: a) la comunicación al peticionante de que las opiniones consultivas no serán emitidas por alguna causa fundada, tal como la carencia de los elementos necesarios para el pronunciamiento del TPR; y b) el inicio de un procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión [21]. Es de destacar que la metodología escogida por la norma Mercosur para el trámite de las solicitudes de OC, así como las comunicaciones y demás actuaciones del TPR, se caracteriza por su modernidad. Esta modernidad se ve representada por el reconocimiento y autorización expresa de la utilización de medios de comunicación a distancia tales como el fax o el correo electrónico, sin que sea obligatorio que el Tribunal se reúna para expedirse (facultad reservada a los árbitros) [22].

III. OPINIONES CONSULTIVAS SOLICITADAS POR LOS SUPERIORES TRIBUNALES DE JUSTICIA.

En estos supuestos es necesario dejar en claro que la primera condición de viabilidad de una solicitud de OC al TPR se ve representada por el hecho de que debe derivar de un proceso judicial jurisdiccional en trámite; es decir que debe tratarse de una consulta actual y vigente. Y el otro requisito que determinará la procedencia o no de la consulta es que el Superior Tribunal de Justicia de que se trate la estime admisible. Estos requisitos, así como el alcance de las OC, surgen de la letra del artículo 4 del Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR (el Reglamento) [23]. Pero hasta aquí me he referido únicamente a los requisitos de admisibilidad desde la óptica del TPR y no de los Superiores Tribunales de Justicia. En tal sentido, el ya mencionado artículo 4 del RPO que continúa expresando: “ 2. El procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR previstas en el presente artículo será reglamentado una vez consultados los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes.” y del artículo 1 del Reglamento: “1... Cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas a que se refiere este Reglamento, verificando la adecuación procesal de la solicitud.”. La letra de estas normas Mercosur se ve reflejada en la Acordada n° 7.604/07 de la Corte Suprema de Justicia de la República Oriental del Uruguay [24] y en la Acordada n° 13/08 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina [25], primeras reglamentaciones internas en torno al procedimiento para la solicitud de OC de este tipo que –por lo demás- reflejan la cabal aplicación del principio de subsidiariedad en el proceso de integración. Complementariamente, se destaca la adopción de la Acordada n° 549 [26] por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay. Con ella se reglamentó el procedimiento interno para la tramitación de solicitudes de OC; procedimiento que será instrumentado por su Dirección de Asuntos Internacionales (conforme Acordada n° 533) [27]. En definitiva, estos esfuerzos mancomunados no implican otra cosa más que, aún cuando el propio sistema de solución de conflictos veda la posibilidad de intervención o reclamación directa de los particulares al TPR [28], es posible advertir un haz de esperanzas con la apertura de una vía indirecta pero muy concreta para que los particulares -personas

físicas y jurídicas- comiencen a tomar una mayor intervención en el sistema. En este punto corresponde aclarar que aún cuando los particulares pueden solicitar en un caso concreto a un juez la sustanciación del procedimiento consultivo y luego éste elevar el pedido al Superior Tribunal de Justicia del que se trate -en aplicación de la reglamentación interna correspondiente-, la facultad consultiva a la que habilita la norma Mercosur corresponde con carácter exclusivo al propio Superior Tribunal de Justicia. Éste puede -llegado el caso- desatender el pedido, modificar las normas de aceptabilidad interna, etc. [29]. Por último, en cuanto al procedimiento, la Dec. CMC n° 2/07 mediante la cual se adoptó el Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte del MERCOSUR, no refleja mayores diferencias a la mecánica mencionada en el punto anterior. Sin embargo, corresponde destacar que ante un pedido de opinión consultiva por un Superior Tribunal de Justicia, además de notificarse a los restantes de dicha circunstancia, la totalidad de los Estados Parte pueden presentar en un plazo perentorio y a fines exclusivamente informativos sus eventuales consideraciones sobre el tema objeto de la solicitud de opinión consultiva. Esta facultad no implica que puedan cuestionar la validez, aceptación o rechazo de tratamiento de la cuestión llevada a conocimiento del TPR. Su intervención está prevista únicamente a fin de acercar análisis o comentarios relacionados en forma directa con la consulta jurídica realizada, encaminados a lograr la buscada uniformidad de aplicación del derecho Mercosur [30]

[1] El 13 de agosto de 2004.

[2] El 13 de agosto de 2004.

[3] El 26 de marzo de 1991.

[4] Artículo 1 del Anexo III del Tratado de Asunción: "1. Las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado serán resueltas mediante negociaciones directas.[...] 2. Dentro de los ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición. 3. Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común."

[5] El 17 de diciembre de 1991.

[6] Entre otros: Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para la controversia sobre comunicados N°37, del 17 de diciembre de 1997, y N°7, del 20 de febrero de 1998 del departamento de operaciones de comercio exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco. - Árbitros: Juan Carlos Blanco (Uruguay), Guillermo Michelson Irustra (Argentina), João Grandino Rodas (Brasil) Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para decidir sobre la aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (RES. 861/99) del Ministerio Economía y Obras y Servicios Públicos. - Árbitros: Gary Horlick (Estados Unidos), Jose Carlos de Magalhães (Brasil), Raúl Emilio Vinuesa (Argentina) Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados (remolded) procedentes de Uruguay. - Árbitros: Raúl Emilio Vinuesa (Argentina), Ronald Herbert (Uruguay), Maristela Basso (Brasil) Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para entender en la controversia entre la República de Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre incompatibilidad del Régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por Uruguay, establecido por la LEY N° 13.695/68 y decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona. - Árbitros: Ricardo Alonso García (España), Enrique Barreira (Argentina), Eduardo Mazzera (Uruguay)

[7] El 18 de febrero de 2002.

[8] Conforme artículo 19 PO.

[9] Artículo 23 PO. En estos supuestos los laudos del TPR serán obligatorios para los Estados Parte en la controversia, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada. Esta característica, coexistente con los TAH, refleja la naturaleza jurídica peculiar del proceso de solución de controversias del Mercosur, que ha mutado de un sistema arbitral del tipo ad hoc a uno mixto con tendencia a transformarse en uno del tipo institucionalizado. La afirmación se refuerza con la creación

de la Secretaría del Tribunal (ST) (Dec.CMC n°37/03) y mediante la suscripción del Protocolo modificatorio del Protocolo de Olivos en Río de Janeiro el 19 de enero de 2007 (Protocolo aún no vigente ante la falta de ratificación y depósito por parte de Paraguay y Uruguay), que incorporó al texto del propio PO la estructura de la ST y transfirió las competencias actualmente ejercidas por la Secretaría del Mercosur (SM) en torno al proceso de solución de controversias, a excepción de la facultad prevista en el artículo 45 PO de comunicación de la transacción o desistimiento por parte del Estado Parte que presentó la controversia (artículo 5 del mencionado Protocolo modificatorio).

[10] Aunque esta discusión resulta un tanto ajena en un sistema de solución de controversias de tinte **arbitral**, soy de la opinión de que el TPR puede funcionar como Tribunal de Casación y no de Alzada o Cámara de Apelaciones, ya que la facultad de revisión que le confiere el Protocolo de Olivos lo es exclusivamente respecto de la aplicación o interpretación del derecho por parte del Tribunal Arbitral Ad Hoc y no sobre el análisis de los hechos objeto de la controversia (artículo 17, inciso 2do. PO)

[11] Artículo 3 PO. Conforme la letra del propio artículo, esta es una facultad discrecional del CMC, ya que prescribe: “El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos.”

[12] Al respecto el TPR sostuvo en la OC

[13] Artículo 3 RPO. “1. Todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, el CMC, el GMC o la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante CCM), podrán solicitar opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM...”

[14] El artículo 13 de su Protocolo Constitutivo (Dec.CMC n°23/05) prevé: “El Parlamento podrá solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión.”

[15] Artículo 4 RPO “...El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR...” Asimismo, ver artículo 1 Dec.CMC n°2/07.

[16] Situación acontecida en el marco de la Opinión Consultiva n°1/07, requerida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay en el caso “Northia SA”.

[17] Tal es el caso de las opiniones requeridas por los Estados Parte que requieren del consenso.

[18] Artículo 6 RPO “1. Para emitir opiniones consultivas, el TPR estará integrado por todos sus miembros... 3. Los miembros del TPR decidirán, de común acuerdo, quién de ellos tomará a su cargo la tarea de coordinar la redacción de la respuesta a la consulta. En caso de no llegarse a un acuerdo al respecto, el Presidente del TPR designará por sorteo al árbitro que desempeñará esta tarea...”

[19] Artículo 12 RPO.

[20] Artículo 7 y 9 RPO. Conforme la reciente reforma introducida a este procedimiento mediante Dec.CMC N°15/10 –de 2 de agosto de 2010–, se ha extendido el procedimiento en un total de 65 días, con el objeto de permitir un mejor desempeño de los Árbitros; máxime si se destaca la trascendencia de las consultas que se han elevado hasta la fecha al TPR. Es de hacer notar que esta modificación es una derivación directa de la Resolución de Presidencia del TPR n°3/2009, que dispuso la suspensión del plazo de 45 días corridos para la emisión de la OC, hasta tanto vencieran los 15 días disponibles por los Estados Partes para presentar sus observaciones. Decisión que se motivó en el hecho de que ante la superposición de plazos los Árbitros terminaban contando realmente sólo con 20 a 25 días corridos para emitir sus OC.

[21] Artículo 10 RPO.

[22] Así lo establece el párrafo 2 del mencionado artículo 7 del Reglamento: “...2. A los efectos de emitir opiniones consultivas, el TPR funcionará mediante el intercambio de comunicaciones a distancia, tales como fax y correo electrónico. En caso de que el TPR estime necesario reunirse, informará previamente a los Estados Partes a los efectos de que éstos prevean los fondos necesarios para asegurar su funcionamiento.”

[23] Dec.CMC n°02/07. El mencionado artículo 4 del Reglamento refiere: “...Las opiniones consultivas solicitadas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM. Las Opiniones consultivas solicitadas deberán estar necesariamente vinculadas a causas en trámite en el Poder Judicial o instancias jurisdiccionales contencioso-administrativas del Estado Parte solicitante.”

[24] De 24 de agosto de 2007.

[25] De 18 de junio de 2008.

[26] De 11 de noviembre de 2008.

[27] Respecto del caso de Brasil, que aún no ha reglamentado este procedimiento, cabe aclarar que si bien el Superior Tribunal de Justicia definido por el propio Reglamento es el Supremo Tribunal Federal, los

temas o asuntos que eventualmente podrían verse afectados por una solicitud de OC al TPR son más bien de competencia del Superior Tribunal de Justicia. Esta circunstancia trae aparejada una disputa “en silencio” entre ambos Tribunales que poseen ámbitos competenciales bien definidos, sin que ninguno de ellos sea o ejerza superioridad sobre el otro y, en definitiva, genera la complicación de definir internamente quién estará a cargo de la solicitud de OC.

[28] Adviértase que si bien el artículo 39 PO regula el ámbito de aplicación del sistema de solución de controversias del Mercosur respecto de reclamaciones de particulares, de ser aceptado el caso concreto por la Sección Nacional correspondiente, esta misma Sección Nacional será la que asumirá la conducción del resto del procedimiento desplazando al particular que presentó el conflicto en forma originaria. Es decir que la participación de los particulares es sólo por representación del Estado Parte de su domicilio.

[29] Esta interpretación –que no deja lugar a dudas ni interpretaciones en contrario- surge con claridad del propio texto de la norma, la aplicación del principio de subsidiariedad ya mencionado y la forma en que internamente se ha reglamentado el procedimiento en cada uno de los tres Estados Parte que ya lo han hecho.

[30] Así lo expresa el artículo 9 del Reglamento “Los Coordinadores Nacionales del GMC, podrán, en un plazo de quince días contados a partir de la notificación de recepción de una solicitud de opinión consultiva, conforme el Artículo 6, enviar al TPR, por intermedio de la ST, únicamente con fines informativos, sus eventuales consideraciones sobre el tema objeto de la solicitud de opinión consultiva.”.