

El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones

Adriana DREYZIN DE KLOR

SUMARIO: I. *Precisiones introductorias*. II. *Controversias entre Estados partes*. III. *Las opiniones consultivas*. IV. *Negociaciones directas*. V. *El Grupo Mercado Común*. VI. *Procedimiento arbitral*. VII. *Algunas reflexiones*.

I. Precisiones introductorias

Durante la XXV Reunión Cumbre del Mercosur¹ se aprobó el Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de controversias (en lo sucesivo, RPO),² cumpliendo de este modo el mandato establecido en el Protocolo que le da origen.³ En una de sus normas, el Protocolo de Olivos (en adelante PO) se pronuncia expresamente sobre la necesidad de dictar una reglamentación y también, a lo largo de su articulado, hay numerosas referencias al respecto.⁴

¹ Celebrada en Montevideo el 15 de diciembre de 2003.

² Anexo a Mercosur/CMC/Dec. 37/2003.

³ Signado en la ciudad que le da nombre, sita en Provincia de Buenos Aires, el 18 de febrero de 2002, el Protocolo de Olivos ha sido aprobado legislativamente por los cuatro Estados. Argentina lo aprobó por ley 25.663 del 18 de octubre de 2002, BO del 21 de octubre de 2002, p. 1, ratificación: 29 de enero de 2003; Brasil lo aprobó por decreto legislativo 712 del 14 de octubre de 2003, publicado en DOU el 15 de octubre de 2003, ratificación: 2 de diciembre de 2003; Paraguay lo aprobó por ley 2070/03 del 3 de febrero de 2003, ratificación: 20 de febrero de 2003; Uruguay lo aprobó por ley 17.629 del 11 de abril de 2003, DO del 6 de mayo de 2003, ratificación: 11 de julio de 2003.

⁴ El artículo 47 establece que: "El Consejo Mercado Común aprobará la reglamentación del presente Protocolo dentro de los sesenta (60) días de su entrada en vigor".

Mediante cincuenta y cinco artículos distribuidos en diez capítulos, el Reglamento aborda las materias incluidas en el PO, aunque continúan sin respuesta aspectos importantes acerca de los cuales se dispone la necesidad de aprobar un nuevo documento jurídico; concretamente sobre la reglamentación para hacer uso de la opción de foro con relación a los sistemas de solución de controversias de esquemas preferenciales de comercio y sobre el procedimiento para solicitar opiniones consultivas, cuando sean los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes quienes las requieran del Tribunal Permanente de Revisión. Tampoco da tratamiento a las medidas excepcionales y de urgencia, quedando pendiente para la reunión cumbre a celebrarse en Buenos Aires.⁵

La decisión recientemente aprobada no requiere ser incorporada por los Estados partes, ya que es considerada reglamentaria de aspectos que contribuyen al funcionamiento del bloque.⁶

En este trabajo efectuamos el análisis de la primera parte del documento signado en Montevideo, esto es, las controversias entre Estados partes, las opiniones consultivas, las negociaciones directas y el procedimiento arbitral *ad hoc*.

II. Controversias entre Estados partes

1. Sobre la opción de foro

El primer tema que reglamenta el instrumento jurídico en análisis es la opción de foro receptada en el PO (artículo 1.2).⁷

En efecto, el Protocolo establece que el demandante o las partes de común acuerdo pueden optar por someter la disputa al sistema de so-

Asimismo, referencias a la necesidad de reglamentación pueden leerse en los artículos 1.2, 2.2 y 3.

⁵ Respecto a estas medidas, expresa el PO que será el Consejo Mercado Común el órgano facultado para establecer procedimientos especiales que atiendan casos excepcionales de urgencia "...que pudieran ocasionar daños irreparables a las partes" (artículo 24).

⁶ Mercosur/CMC/Dec. 37/2003, artículo 2o.

⁷ RPO, artículo 1o.

lución de conflictos de la Organización Mundial de Comercio (OMC) o de otros esquemas preferenciales de comercio al que pertenezcan los Estados individualmente; la única salvedad radica en que iniciado el procedimiento ante un foro, no se podrá acudir a otro cuando el reclamo verse sobre el mismo objeto.

En función de lo dispuesto en el Reglamento, el Estado que decide ejercer la facultad debe informar su decisión a la contraparte para acordar conjuntamente el foro. En su defecto, el demandante está habilitado para someter el conflicto ante aquel foro por el cual ha optado, debiendo previamente notificar de ello al Estado demandado y al Grupo Mercado Común.

La admisión del ejercicio de esta opción generó intensos debates.⁸ Al analizar las innovaciones que introdujo el PO con relación al sistema de Brasilia, nos pronunciamos favorablemente a su inclusión, pudiendo sumar a los motivos esgrimidos⁹ el hecho de que al ser el demandante el titular de este derecho, nadie mejor que él conoce si su interés legítimo queda más protegido por el PO o por el mecanismo que decida.¹⁰

Sin embargo, pronunciarnos favorablemente tiene un límite temporal que está dado por el Mercosur a la hora actual, en consecuencia

⁸ Las discusiones giraron en torno a las desventajas que puede implicar su ejercicio, a saber: el debilitamiento del sistema de integración o dar lugar al *forum shopping*. A. Perotti estima que admitir la opción es un error impuesto por una práctica contraria al Tratado de Asunción (“Qué significó el Protocolo de Olivos”, *La Nación*, 26 de febrero de 2002, sección Comercio Exterior).

⁹ Entre las causas señaladas, particularmente la opción en favor del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC se debe a que las partes pueden preferir este sistema en razón de la naturaleza obligatoria de las decisiones, la brevedad de los plazos, la automatización de las etapas en el proceso y el fortalecimiento de los mecanismos de supervisión y control, todo lo cual contribuye a la resolución de los conflictos por acuerdo mutuo. Su fuerza se manifiesta en el propósito de reducir el unilateralismo en las relaciones comerciales internacionales y también en la tendencia hacia una mayor “judicialización” y automatismo. A ello se suma la importancia que se reconoce a los informes y recomendaciones que generalmente se cumplen, existiendo, además, un mecanismo específico para supervisar dicho cumplimiento. Véase Dreyzin de Klor, A., “El Protocolo de Olivos”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2003-1, pp. 577 y ss.

¹⁰ Pérez Otermán, J., “Jornada Académica sobre el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del Mercosur”, Montevideo, 10 de junio de 2002.

no implica estar de acuerdo con la opción a futuro. Admitimos su inclusión atendiendo a la realidad que transita hoy el esquema, pero somos conscientes de que mantener esta opción es incompatible con la esencia del proceso de integración en su núcleo mismo al poner en tela de juicio la confianza que merece el sistema.

El Protocolo de Brasilia no se pronunciaba al respecto, por lo que la opción receptada es un avance; la diferencia que interesa destacar entre el Protocolo de Brasilia y el PO es, más que la posibilidad de acudir ante otro foro que se incorpora en el nuevo texto y que de hecho es factible en el marco del anterior, la imposibilidad de hacerlo cuando se decidió accionar por una vía y se pierde el litigio.¹¹

2. Oportunidad

La opción debe plantearse antes de iniciar las negociaciones directas, primer estadio previsto para arribar a una solución entre las partes.

Estimamos que la solución receptada acota las posibilidades de alcanzar un entendimiento al suprimir la instancia mediadora, ya que limita significativamente la factibilidad de un eventual arreglo extrajudicial.¹²

El artículo dedica un párrafo especial al supuesto en que el procedimiento sea incoado bajo el sistema de solución de diferencias de la OMC; en tanto que para otros esquemas preferenciales de comercio difiere el tratamiento, sujetándolo a la reglamentación que “oportuna-mente” apruebe el Consejo Mercado Común.

¹¹ Véase, de nuestra autoría, “Los laudos arbitrales del Mercosur: una visión prospectiva”, *Jornadas de Derecho Internacional*, Washington, Organización de los Estados Americanos, Secretaría General, 2003, pp. 19-41.

¹² Sólo por brindar un ejemplo en el que el reclamo se solucionó en esta primera etapa de negociaciones directas, cabe mencionar la Consulta 90/95, Embalajes de manzanas y otras frutas (Argentina-Brasil). A. Estoup presentó a la cancillería argentina un *Proyecto de Reglamento del Protocolo de Olivos*, en el cual establecía que “la opción de foro surgirá de un Acta de Compromiso elaborada en el ámbito de la Secretaría Técnica del Mercosur en idiomas oficiales, cuando los Estados partes entiendan finiquitadas las negociaciones directas”.

III. Las opiniones consultivas

El segundo capítulo del Reglamento de Montevideo contiene doce artículos a lo largo de los cuales va desgranando la problemática que suscita el mecanismo instituido.¹³

Este tema, a no dudarlo, es una de las innovaciones fundamentales que aparece en el PO sobre la cual se han publicado ya algunos estudios¹⁴ y no creemos aventurado afirmar que seguirá corriendo mucha tinta en torno a la reglamentación de que ha sido objeto. Partimos de una premisa; a nuestro entender, el mecanismo aprobado no es asimilable a la cuestión prejudicial que opera en las comunidades europeas,¹⁵ aun cuando se advierten ciertas similitudes. Esta semejanza conduce más de una vez a efectuar comparaciones, empero, no deben perderse de vista las diferencias entre ambos sistemas de integración¹⁶ y, consecuentemente, entre los mecanismos adoptados para la resolución de conflictos.

¹³ Estas cuestiones son: “legitimación para solicitar opiniones consultivas”; “tramitación de la solicitud de los Estados partes del Mercosur y de los órganos del Mercosur”; “tramitación de la solicitud de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes”; “presentación de la solicitud de opiniones consultivas”; “integración, convocatoria y funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión”; “plazo para emitir opiniones consultivas”; “actuaciones del Tribunal Permanente de Revisión”; “contenido de las opiniones consultivas”; “conclusión del procedimiento consultivo”; “efecto de las opiniones consultivas”; “impedimentos”, y “publicación de las opiniones consultivas”.

¹⁴ Véase Susani, N., “El alcance del procedimiento de opiniones consultivas establecido por el Reglamento del Protocolo de Olivos”, *RDIM*, Buenos Aires, año 8, núm. 1, 2004.

¹⁵ Entre las numerosas publicaciones que abordan el sistema adoptado por las comunidades europeas para la solución de conflictos, particularmente sobre la cuestión prejudicial, puede verse: Alonso García, R., *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; Bacigalupo, M., *La justicia comunitaria. Estudio sistemático y textos normativos básicos*, Madrid, Marcial Pons, 1995; Ruiz-Jarabo Colomer, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad Empresa, 1993.

¹⁶ Un minucioso y claro análisis acerca de las similitudes y diferencias entre ambos fenómenos de integración podemos encontrarlo en Ventura, D., *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia. Os desafios de uma associação inter-regional*, Brasil, Manole, 2003.

A efectos de introducirnos en el análisis de este apartado, estimamos conveniente adentrarnos en el espíritu que alentó al legislador mercosureño al incluir la posibilidad de entablar opiniones consultivas en el sistema de solución de controversias.¹⁷ A tal fin, recordemos que la norma que regula esta facultad en el PO expresamente señala que el Consejo Mercado Común “...podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos”.¹⁸

Como puede apreciarse, el PO no ha sido muy explícito a la hora de referirse a este mecanismo; por el contrario, su enunciación es solamente un adelantamiento de un esquema cuyo alcance quedó a merced de lo que el órgano superior del bloque explicita *a posteriori*.¹⁹

Durante las negociaciones preliminares se reconoció a la interpretación uniforme del acervo normativo del Mercosur significativa importancia en aras de dotar al bloque de previsibilidad y certeza;²⁰ sin embargo, encontrar el método más idóneo para lograr este propósito no resultaba tarea sencilla, y tampoco lo era determinar el alcance de la facultad que se acuerda al Consejo Mercado Común.²¹ Téngase presente que dadas las características del ordenamiento normativo merco-

¹⁷ Si bien surge con meridiana claridad la finalidad última, que no es otra que evitar controversias planteando dudas o divergencias a ser despejadas a través de una interpretación brindada por el Tribunal Permanente de Revisión.

¹⁸ PO, artículo 3o.

¹⁹ E. Rey Caro, en un enriquecedor estudio sobre el PO, señaló que habría sido más adecuada la regulación de la cuestión en el mismo Protocolo determinando el carácter o valor de las opiniones consultivas, en vez de dejar la materia sujeta a la discrecionalidad del Consejo Mercado Común (*El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*, Córdoba, Lerner, 2002, p. 14).

²⁰ Dreyzin de Klor, *op. cit.*, nota 9, p. 606.

²¹ De esta suerte, en las negociaciones previas a la firma del RPO se planteó la cuestión sobre el alcance de la atribución conferida al órgano superior del bloque, destacándose su amplitud. A consecuencia de ello, el Consejo Mercado Común goza de gran autonomía para la adopción de decisiones válidas que encuentran sustento en un tratado y por lo tanto no estarían condicionadas por los Estados partes ni por otras entidades comunitarias. En definitiva, tiene mayores facultades en orden a la capacidad decisoria, a la vez que es innegable la fuerza vinculante de algunos productos derivados de dicha capacidad.

sureño —complejo²² y asistemático—²³ y las particularidades institucionales y jurídicas que detenta el modelo asociativo,²⁴ para solucionar las controversias se adoptaron las siguientes instancias: negociaciones directas, mediación y arbitraje. Lejos se estuvo, en lo que lleva de vida el Mercosur, de alcanzar la interpretación uniforme del derecho pergeñado en su seno, sin perjuicio de reconocer que los tribunales arbitrales han acudido en numerosas oportunidades a los precedentes sentados por los laudos anteriores para basar sus argumentaciones; empero, también se han apartado de los mismos a través de una hermenéutica que suscita divergentes resultados en supuestos equivalentes.

Las referencias efectuadas en los laudos son respecto a lo actuado en los tribunales arbitrales *ad hoc*, pero no a las jurisdicciones nacionales. Cuando son los tribunales nacionales los que interpretan y aplican el derecho mercosureño, eventualmente con parámetros distintos al tribunal arbitral en casos semejantes,²⁵ no hay sino que acudir a las respectivas legislaciones nacionales y a los principios de jerarquía que se reconocen entre el ordenamiento nacional y el internacional.

²² La complejidad del derecho del bloque se suscita como consecuencia de la estructura institucional. Las normas no gozan de efecto directo y tampoco son de aplicación inmediata, salvo las que expresamente se establecen en el Protocolo de Ouro Preto. Véase Dreyzin de Klor, A., “Reflexiones sobre la incidencia de la calidad del derecho de la integración en la cooperación jurisdiccional internacional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 22, 2000, pp. 577 y ss.

²³ Por las razones señaladas en la nota anterior, las fuentes jurídicas del Mercosur no integran el ordenamiento jurídico nacional mientras los Estados partes no procedan a depositar el instrumento de ratificación y se cumpla el procedimiento para su vigencia establecido en el Protocolo de Ouro Preto.

²⁴ Sobre el tema, véase Fernández Arroyo, D., “La nueva configuración del derecho internacional privado del Mercosur: ocho preguntas contra la incertidumbre”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 28, 1998, pp. 267-286; Lima Marques, C., “O Direito do Mercosul: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração”, *RDIM*, año 7, núm. 1, 2003, pp. 61 y ss.

²⁵ El 9 de enero de 2002 el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del Mercosur que decidió sobre la “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (*remolded*) procedentes de Uruguay”, consideró que las normas brasileñas que restringen la importación de neumáticos recapados son contrarias al Tratado de Asunción; sin embargo, el 9 de febrero de 2002 el Tribunal Federal de la 4a. Región (RS), siguiendo una posición consolidada en la judicatura de Brasil, convalidó tal legislación.

Durante las negociaciones sobre la reglamentación de Olivos se hizo hincapié en el carácter conciso de la norma transcrita; sin embargo, no se consideró que fuera razón suficiente para desconocerle algunas notas distintivas que permitieran diferenciar sus aristas más importantes y consecuentemente formular propuestas referentes a su ámbito pragmático.

1. *¿Quiénes pueden solicitar opiniones consultivas?*

La relevancia de avanzar hacia una interpretación uniforme de la normativa del bloque llevó al Consejo Mercado Común a determinar que las opiniones consultivas pueden ser solicitadas al Tribunal Permanente de Revisión²⁶ no sólo por los Estados partes en su conjunto y por los órganos con capacidad decisoria, esto es, el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur, sino que, con acertado criterio, incluyó a “los Tribunales Superiores de los Estados partes con jurisdicción nacional”.²⁷

Respecto a los órganos con capacidad decisoria, en las discusiones preliminares se consideró que, en un principio, resultaría conveniente no reconocerles legitimación activa por una elemental razón de prudencia.²⁸ Sin embargo, con el tiempo y en función de las necesidades que vayan surgiendo, en aplicación del principio de gradualidad que

²⁶ Conforme reza el artículo 3o. del PO, el Tribunal Permanente de Revisión está habilitado para formular opiniones consultivas. En consecuencia, es ante este órgano que se desarrollará todo el proceso consultivo, desde la presentación de la solicitud hasta la emisión de la respuesta. En esta línea cabe consignar que en las negociaciones se estimó que al reconocérsele esta capacidad para emitir opiniones consultivas, las atribuciones y competencias del Tribunal Permanente de Revisión pasan a exceder su carácter de órgano jurisdiccional de alzada con potestad resolutive definitiva sobre cuestiones de derecho (artículo 22) y órgano jurisdiccional de acceso directo y potestad resolutive definitiva sobre cuestiones de hecho y de derecho (artículo 23).

²⁷ Artículo 2o., RPO.

²⁸ Las situaciones que pueden llevar al órgano del proceso a elevar una consulta y que aconsejarían admitir su legitimación activa, se basan en la incertidumbre sobre ciertas competencias de un órgano comunitario o el peligro de que el ejercicio de una competencia de uno de los órganos del bloque entre en conflicto con atribuciones de los Estados partes o de otros órganos del esquema; éstos, entre los tantos supuestos que pueden plantearse.

contempla el derecho fundacional, se podría extender la legitimación activa a éstos y otros actores.

Ahora bien, volviendo a la inclusión de los tribunales superiores de los Estados, por primera vez en lo que va de Mercosur se reconoce protagonismo a la justicia nacional, contribuyendo de este modo —a nuestro juicio en grado superlativo— al objetivo que inspiró la regulación de esta faz consultiva. Llama la atención, sin embargo, el diseño por el que optó el legislador a la hora de establecer quiénes están legitimados para encauzar el procedimiento, pues quedaron excluidos algunos actores que hubiera resultado altamente beneficioso considerar.

Así, un Estado parte de forma individual no está facultado para solicitar una consulta al Tribunal Permanente de Revisión. Se requiere que ésta sea elevada en conjunto por todos los países miembros. La propuesta de reglamentación del PO presentada por la delegación uruguaya, con un criterio más amplio admitió que pueden plantear consultas cualquiera de los Estados partes en una eventual controversia y los Estados eventualmente involucrados en ella, en forma conjunta, y los particulares, personas físicas o jurídicas, con residencia habitual o sede de sus negocios en alguno de los Estados partes.²⁹

Conforme a lo dispuesto en la reglamentación, se nos plantea la siguiente interrogante: ¿qué sucede si no se alcanza el consenso exigido para que tenga lugar la elevación de la consulta?

El consenso empleado por el Mercosur para aprobar sus normas³⁰ es a su vez requerido para activar la consulta. Podría suceder que a un

²⁹ Uruguay sostuvo esta tesis desde la primera hora, pues la norma que propuso en el primer proyecto que presentó para el PO decía: “A fin de prevenir una eventual controversia, los Estados partes involucrados y los particulares podrán solicitar opiniones consultivas relativas al ámbito de aplicación señalado en el artículo 1o.”. Expresa B. Feder que pese a afirmarse que no existe una legitimación activa de los particulares, lo cual indudablemente tiene sustento jurídico, en los hechos son los verdaderos motores de las controversias. *Jornada Académica sobre el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*, Aladí, 10 de junio de 2002, p. 45.

³⁰ El consenso es un mecanismo empleado en los procedimientos multilaterales para resolver las cuestiones que se plantean en las instituciones, por el que se acuerda sobre una proposición con la participación de todos los integrantes del órgano, siempre que no medie alguna oposición expresa. Resultó adecuada para el Mercosur en una primera etapa al tratarse de una organización incipiente, empleándose para preservar los derechos de las partes. Para que se dé el consenso no es necesario que todos los

país le conviniera no elevar la solicitud, pues mantener la ambigüedad favorece a sus intereses. Los demás Estados partes no podrán avanzar con el pedido, lo que desde ninguna arista resulta beneficioso para el sistema.

La opinión consultiva no puede ser planteada por las secciones nacionales de los órganos del bloque. No sorprende que el RPO no habilite a los particulares a poner en marcha este procedimiento. Con anterioridad a la aprobación del nuevo documento, Opertti se pronunció en el sentido de que bajo el paraguas del PO los particulares tendrán esta facultad sustentando su argumentación en que "...este tema es objeto de un capítulo especial...", distinto de aquel que regula las controversias entre Estados partes, negociaciones o intervención del Grupo Mercado Común. Sostuvo, asimismo, que "...la conciencia o el espíritu de los autores no hace a la letra de la ley ni a su propio espíritu *stricto sensu*", agregando que siendo la letra clara, no puede dejarse de consultar so pretexto de buscar su espíritu. En consecuencia, mirando al fondo de la cuestión, destaca la necesidad de pensar en la bondad que implica para el sistema que los particulares puedan también pedir opiniones consultivas. Sin embargo, mostrando el reverso de estas aseveraciones, afirma que hay un riesgo, cual sería la multiplicación de las consultas, derivación que, en cierto modo, podría neutralizar al tribunal permanente; aunque ello se evitaría a través de una adecuada reglamentación.³¹ Coincidimos con el jurista en cuanto señala la importancia que cobra para el bloque admitir la consulta del particular siempre que se establezca vía reglamentación una modalidad adecuada.

Otras voces autorizadas se pronunciaron en la misma línea al considerar que lo ideal respecto a la instancia consultiva sería que tuviera efectos vinculantes y a ella pudieran acceder incluso los particulares.³²

miembros voten, puede haber abstenciones, siendo suficiente que no haya oposición a la decisión a tomar. Véase Dreyzin de Klor, *El Mercosur: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalía, 1997, pp. 77 y 78. A la hora actual, en que se está avanzando hacia el Parlamento del bloque, estimamos que llegó el momento de modificar el sistema de adopción de fuentes. En este sentido puede verse, de nuestra autoría, "Hacia el Parlamento del Mercosur", *RDIM*, año 7, núm. 6.

³¹ Cfr. Opertti Badán, D., "Exposición sobre el Protocolo de Olivos y la solución de controversias en el Mercosur", *El País*, 29 de mayo de 2002, pp. 4 y 5.

³² Así lo señaló J. Pérez Otermín en la Jornada Académica sobre el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del Mercosur, celebrada en Montevideo el 10 de

Sin embargo, y pese a la falencia consignada, el RPO denota un avance sustancial con relación al esquema de Brasilia, pues los particulares, como protagonistas de los procesos incoados ante los tribunales nacionales, aparecen habilitados indirectamente; de hecho, podrán participar en la promoción de la legalidad del conjunto normativo del Mercosur.³³

A efectos de ampliar la protección de las personas físicas y jurídicas de carácter privado, debiera admitirse la consulta proveniente de instancias inferiores, en las que son resueltas la gran mayoría de las causas. La vía que deja abierta el RPO al determinar que se adoptará el procedimiento de las opiniones consultivas que provengan de los tribunales superiores de los Estados partes, una vez que dichos estamentos sean consultados, es una puerta abierta para canalizar tal posibilidad. Bien se afirma que si la reglamentación futura no reconoce esta posibilidad, ya sea directamente o a través del Tribunal Supremo nacional competente, se vería reducido el objetivo y el efecto de alcanzar la interpretación uniforme de este ordenamiento jurídico que se busca mediante este procedimiento.³⁴ Cuando las instancias nacionales pueden interpretar a su arbitrio los textos comunitarios, se corre el peligro de fraccionar tal ordenamiento y de que se generen contradicciones que no conduzcan a los resultados a los cuales se aspira.

Desde otra perspectiva, la de los jueces nacionales, es importante que comprendan que este procedimiento no supone un ataque a su independencia ni el sometimiento a un criterio de un órgano superior. En consecuencia, no deben adoptar una posición de resistencia psicológica ni ampararse en la doctrina del acto claro para evitar dirigirse al Tribunal Permanente de Revisión.³⁵

junio de 2002. También A. Estoup, en el proyecto aludido en la nota 12, establece: Artículo 4o. “*Solicitud*: Las opiniones consultivas podrán ser solicitadas directamente... d) Por los particulares, personas físicas o jurídicas que tengan residencia habitual o asiento principal de sus negocios en alguno de los Estados partes”.

³³ Susani, N., “El alcance del procedimiento de opiniones consultativas establecido por el Reglamento del Protocolo de Olivos”, *RDIM*, año 8, núm. 1.

³⁴ Cfr. *idem*.

³⁵ En este orden de ideas se pronuncia Ruiz-Jarabo Colomer, *op. cit.*, nota 15, p. 33.

2. Objeto de la consulta

En cuanto al objeto sobre el cual versará la solicitud, el Reglamento no distingue entre el pedido de los Estados partes y los órganos con capacidad decisoria. En ambos casos, debe tratarse de cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los acuerdos y protocolos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y las fuentes jurídicas derivadas —decisiones, resoluciones y directivas—.

La norma es clara y, en consecuencia, se advierte sin mayor análisis que queda excluida toda cuestión que no sea estrictamente jurídica, esto es, que no pueden ser objeto de la consulta cuestiones de hecho.³⁶ En cambio, entendemos que quedan abarcadas las cuestiones de derecho que se susciten con relación a las funciones de los órganos del bloque. Así, la opinión consultiva puede versar sobre la definición del ámbito de atribuciones o competencias de un órgano mercosureño, pues se trata de materias contenidas en los documentos fundacionales.

En los supuestos que la solicitud provenga de los tribunales con jurisdicción nacional, el objeto sobre el cual tratará el planteo es el mismo que el previsto para los Estados partes o para los órganos del Mercosur, con la salvedad de que debe limitarse exclusivamente a la interpretación de tales fuentes cuando están vinculadas con causas en trámite en el Poder Judicial del Estado parte que la solicita.

Ciertamente, esta limitación puede conducir a diferenciar el objeto de la consulta en el sentido del rol que desempeñará el planteo, según la autoridad demandante. No será el mismo efecto el que suscitará la respuesta, ya que los tribunales supremos la utilizarán a la hora de resolver causas que les son sometidas. En tanto, las respuestas a la solicitud iniciada por los Estados o los órganos del bloque coadyuvarán al

³⁶ Al no establecer el artículo 3o. del PO restricción alguna sobre el punto, parece lícito incluir como materia posible a las cuestiones de hecho; no obstante ello, se trata de un tema que requiere un mayor análisis atendiendo al ámbito de aplicación del PO circunscrito a lo que expresa en su artículo 1o. Esta norma admite la consideración de cuestiones de hecho, pero con un límite que estaría dado por el hecho de que tales cuestiones estén directamente vinculadas con la aplicación o incumplimiento de las fuentes jurídicas de la integración.

perfeccionamiento del conjunto normativo del Mercosur aun con anterioridad a la aparición de un conflicto entre Estados.³⁷

Es de destacar que el objeto de la consulta alcanza tanto al derecho originario como derivado, convirtiéndose el Tribunal Permanente de Revisión en intérprete de todo el ordenamiento jurídico del Mercosur, marcando, de esta suerte, las pautas comunes a tener en cuenta por el aplicador del derecho a través de una interpretación uniforme que trasciende a la faz aplicativa.

En el documento elevado a la reunión celebrada en Asunción para negociar el Reglamento, se ejemplificó acerca de las materias que pueden constituir el objeto de la consulta, incluyendo, entre las mismas, las siguientes:

- Legalidad de una proyectada aplicación de una norma.
- Interpretación de un derecho comunitario.
- Dictamen sobre posibles conflictos de competencia entre órganos comunitarios, o entre éstos y Estados partes.
- Legalidad de proyectados acuerdos del Mercosur con otras instituciones internacionales o con determinados Estados.

Va de suyo que la propuesta no prosperó, pues la reglamentación aprobada la redujo en grado significativo, tal como surge de lo anteriormente expuesto.

3. *Procedimiento*

En el supuesto de que sean los Estados partes los interesados en recabar la opinión consultiva —que, como se ha dicho, puede ser a instancias de un Estado parte— deberán presentar un proyecto de solicitud a los demás a fin de consensuar un contenido, siendo luego la Presidencia *Pro Tempore* la encargada de preparar el texto de la solicitud y presentarlo al Tribunal Permanente de Revisión, a través de la Secretaría del Tribunal.³⁸

³⁷ Cfr. Susani, *op. cit.*, nota 33.

³⁸ Téngase presente que el RPO establece en su artículo 35 que se procederá a la creación de una Secretaría del Tribunal. El organismo estará a cargo de un secretario y se integrará además con funcionarios administrativos y personal auxiliar necesarios pa-

Si la consulta es elevada por uno de los órganos del Mercosur, el procedimiento será el mismo, pues aun cuando no se especifica que la Presidencia *Pro Tempore* (PPT) debe proceder a su redacción, se seguirán iguales lineamientos, esto es, elevarla a la PPT para que proceda a presentarla al Tribunal Permanente de Revisión vía Secretaría del Tribunal; la diferencia, lógica por cierto, radica en que el pedido deberá constar en el acta de la reunión en que se decide elevar dicha consulta.³⁹

Una vez consensuado el objeto y contenido de la solicitud entre los Estados partes, se entiende que estaría redactado el texto de la consulta a elevar al Tribunal Permanente de Revisión. Sin embargo, no es tan así. Afirma el RPO que logrado el consenso sobre el proyecto que eleva un Estado parte o los Estados partes interesados en efectuar la consulta, es la PPT la que preparará el texto definitivo.

Aunque en la práctica entendemos que se mantendrá el texto conforme al proyecto consensuado, ¿qué sucede si la consulta en su redacción original sufre modificaciones en este paso exigido como previo a su presentación ante el Tribunal Permanente de Revisión? El proyecto convertido en consulta por la PPT no vuelve a los Estados partes —entre los que, claro está, figura el que está ejerciendo la Presidencia— para que éstos presten su acuerdo sobre el texto a elevar, lo que indudablemente prolongaría el procedimiento, pero, en todo caso, ¿por qué no se eleva la solicitud conforme es consensuada por los Estados partes? Esto tornaría expeditivo el procedimiento y el pedido sería exactamente el que preocupa a quienes lo plantean.

El procedimiento concluye con la emisión de la opinión consultiva o por comunicación al peticionante de “alguna causa fundada” por la que no puede emitirse opinión.⁴⁰

¿Qué se entiende por “causa fundada” que permita no responder el requerimiento efectuado?

ra el funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión. Las condiciones para acceder al cargo de secretario son: que se trate de un nacional de cualquiera de los Estados partes con título de abogado o doctor en derecho y que cuente con una preparación que lo habilite para su desempeño en dicho cargo.

³⁹ RPO, artículo 3o.

⁴⁰ RPO, artículo 10.

El supuesto de que se vale el Reglamento para ejemplificar esta circunstancia es “la carencia de los elementos necesarios para el pronunciamiento del Tribunal Permanente de Revisión”. Surge de inmediato la interrogante acerca de cuáles pueden ser estos elementos si la consulta cumple con los recaudos exigidos.

A nuestro juicio, la situación contemplada no puede habilitar al tribunal a denegar la respuesta. Cumplidos los requisitos para su elevación, esto es, presentada la consulta por escrito y formulada “...en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza...”, así como incluyendo “...las razones que la motivan, indicando las normas del Mercosur vinculadas a la petición...”, el tribunal debe proceder. De otro modo, el principio de seguridad jurídica se pondría en tela de juicio.⁴¹ Distinto es si queda captada por el inciso *a* del artículo 12 del Reglamento, en tanto existe un impedimento de admisión al pedido de opiniones consultivas. Empero, reuniendo tales recaudos estimamos que el tribunal debe pronunciarse.

Lo que se recaba a través de la consulta es la interpretación de la normativa mercosureña⁴² en función de una cuestión jurídica que suscita problemas de interpretación. En consecuencia, fundando la opinión consultiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9o., dicha respuesta acompañará a la norma convirtiéndose en parte de la misma. Es cierto que no resulta vinculante, pero no lo es menos que interpretada por el alto tribunal, no podrá obviarse fácilmente la interpretación que el máximo órgano efectúe de la regla.

⁴¹ Nos hemos referido a este principio en el artículo en el que analizamos el Protocolo de Olivos. Expresamos entonces que la seguridad jurídica se relaciona directamente con la previsibilidad y predictibilidad de las normas, y su respeto permite a los sujetos prever las consecuencias jurídicas que se producirán de acuerdo a un determinado marco normativo. Sin embargo, el concepto de seguridad jurídica es también un elemento clave para penetrar en la naturaleza del derecho que se une tanto a la idea de justicia como a la de orden social. Para ampliar sobre el tema en relación con el proceso de integración, puede verse, de nuestra autoría, el artículo citado en la nota 9, p. 605.

⁴² El RPO, en su artículo 3o., claramente establece que las opiniones consultivas versarán 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 Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur”.

No es el caso aseverar que podría tratarse de una laguna normativa,⁴³ pues el Reglamento expresa claramente que la solicitud contendrá “las normas de Mercosur vinculadas a la petición”.⁴⁴

La otra razón por la que se tendrá por concluido el pedido se configura frente al supuesto de que se inicie un procedimiento de solución de controversias sobre una causa por la que ya existe un trámite abierto; frente al supuesto, el procedimiento consultivo finiquita sin más.

Sea cual fuere el motivo por el cual concluya el trámite, se dará cuenta del mismo a todos los Estados partes a través de la Secretaría del Tribunal.

4. Oportunidad

¿Se podría admitir el procedimiento consultivo incorporado en el Protocolo de Olivos antes de acudir a otro foro?

Teniendo en cuenta que una consulta puede evitar un conflicto y que a través de esta competencia consultiva se facilita el diálogo entre las partes ayudando a desobstruir el problema, sería conveniente que así fuera. Sin embargo, existe una restricción en función de lo establecido acerca de los impedimentos. La norma reglamentaria⁴⁵ es terminante al afirmar, en su primer inciso, que el Tribunal Permanente de Revisión no admitirá pedidos cuando sean improcedentes en función de lo dispuesto para el ejercicio de la opción de foro, la legitimación para efectuar la solicitud y la tramitación de éstas, a lo que agrega en un segundo apartado el impedimento de admitir la solicitud en los ca-

⁴³ En el sentido aceptado de falta de regla jurídica. Sin embargo, bien cabe traer a colación el pensamiento de M. Pérez González, quien cita a H. Lauterpacht, en tanto “sostiene la existencia de un principio basado en la práctica judicial y arbitral internacional que excluye la posibilidad de una no-decisión del órgano encargado de resolver una controversia (o, en su caso, de dar su opinión sobre una cuestión ante él planteada por vía consultiva), la prohibición de *non liquet* no significa que el órgano en cuestión no debe dejar de dar una decisión en cualquier caso, sino que dicho órgano, una vez provisto de jurisdicción, no debe rehusar pronunciarse so pretexto de que el derecho es inexistente, controvertido o incierto y falto de claridad”. *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Drnas-Lerner, 2003, t. 1, p. 11.

⁴⁴ RPO, artículo 5o.

⁴⁵ RPO, artículo 12, inciso a.

sos en que se encuentre en curso cualquier procedimiento de solución de conflictos sobre el mismo punto. Esta solución que adopta el Reglamento se comprende a partir de la lectura del documento preliminar, en el cual se establece que

...el Protocolo de Olivos restringe las opiniones consultivas a situaciones en las cuales todavía no se ha producido la circunstancia, evento, hecho o normación objeto de la consulta. Se trata de una consulta *ex ante*, esto es, solicitada, procesada y evacuada con antelación a que se produzcan las circunstancias, eventos o hechos, o a que se adopten decisiones, sospechados de no ajustarse a la normativa comunitaria o que suscitan opiniones divergentes incompatibles.

Se entiende entonces que las opiniones consultivas no sean un mecanismo de solución de controversias, sino que de lo que se trata es de evitar que se produzcan controversias.

El segundo supuesto contemplado por el Reglamento no da lugar a discusión alguna; no sería pertinente plantear una consulta cuando en relación al conflicto que está en etapa de solución de controversias, se desarrollan las reglas respectivas. Empero, no estamos de acuerdo con el primer inciso, ya que atendiendo a la finalidad de la consulta, su planteamiento durante la etapa de las negociaciones podría eventualmente ayudar a cumplir con el objetivo de evitar las instancias posteriores previstas en el PO, o sea la cuestión ante el Grupo Mercado Común, el Tribunal *Ad Hoc* y, en su caso, el Tribunal Permanente de Revisión.

Aun cuando se trate de cuestiones distintas, cabe vincular esta reglamentación con la prevista en cuanto a la oportunidad de ejercer el derecho reconocido para elegir el foro; ni en uno ni en otro supuesto se deja abierta la vía, potencial ciertamente, de destrabar la controversia, según se estimó en las negociaciones previas, debido a que el mecanismo de consultas no es un sistema de solución de conflictos.⁴⁶

⁴⁶ En este sentido se sostuvo que no puede interpretarse de manera diferente el PO, porque si ya estuviera instalado el conflicto, las secuencias *ex post* para su solución están pautadas de modo preciso en el mismo Protocolo (negociaciones directas, capítulo IV; intervención del Grupo Mercado Común, capítulo V; procedimiento arbitral *ad hoc*, capítulo VI; procedimiento de revisión, capítulo VII).

5. *Forma de presentación*

La consulta se presentará por escrito y debe ser formulada en términos precisos, señalando las razones que dan lugar al pedido e individualizando las normas del Mercosur que originan la solicitud. En el supuesto que exista documentación que coadyuve a dilucidar el tema, será acompañada a la solicitud, lo que indudablemente, en la medida que se cumpla en los más de los casos, suscitará un “aceitamiento” del sistema, contribuyendo no sólo a dotarlo de mayor celeridad, sino facilitando el esclarecimiento de la consulta.⁴⁷

6. *La respuesta*

A los fines de responder al planteo, es necesario que el Tribunal Permanente de Revisión esté integrado por todos sus miembros. En primer término, deberán decidir quién de ellos asumirá la tarea de coordinar la redacción de la respuesta a la consulta elevada por el secretario del Tribunal Permanente de Revisión. Para el supuesto de que no haya acuerdo, el Tribunal Permanente de Revisión procederá a la designación por sorteo.⁴⁸

Las reglas de procedimiento que corresponda adoptar para tramitar estas opiniones consultivas serán aprobadas por el Tribunal Permanente de Revisión cuando elaboren las correspondientes a su funcionamiento; en consecuencia, este importante tema se difiere hasta entonces conforme lo señala el artículo 6o., inciso 4. Estimamos que la referencia es a los puntos no abordados, debiendo respetarse las soluciones establecidas en el RPO; esto es, que las disposiciones que contiene no podrán ser modificadas por lo que decidan los árbitros a la hora de aprobar su reglamento interno.

El plazo máximo con que cuenta el tribunal para expedirse es de cuarenta y cinco días desde que recibe la solicitud, pudiendo valerse de comunicaciones a distancia, como fax y correo electrónico. La recurrencia a la moderna tecnología es altamente beneficiosa para facilitar el intercambio de opiniones y de material, y evitar así los obstáculos.

⁴⁷ RPO, artículo 5o.

⁴⁸ RPO, artículo 6o.

los que podrían generarse frente a los altos costos que suscitan constantes traslados. No olvidemos que pese a la calificación de permanente que recibe el tribunal, la realidad es otra; es un tribunal disponible.⁴⁹ De todos modos, cuando el supuesto amerite una reunión en Pleno, se podrá llevar a cabo la misma, siempre que los miembros de este alto cuerpo informen a sus respectivos Estados para que tomen las previsiones presupuestarias a fin de solventar los gastos que ello ocasione.⁵⁰

Dentro del plazo acordado para emitir su pronunciamiento, el tribunal puede recabar aclaraciones y solicitar a los peticionantes la documentación pertinente, pudiendo suspender dicho plazo solamente cuando lo considere necesario.

El reglamento no fija el término por el cual puede suspenderse la emisión de la opinión requerida; estimamos que debió determinarse un plazo de prórroga razonable para que éste no quede librado a la discrecionalidad y no se violente uno de los principios esenciales del esquema, cual es el de celeridad.⁵¹

Las opiniones solicitadas estarán sustentadas en las fuentes originarias y derivadas del Mercosur que resulten aplicables según la materia de que se trate. Si bien el artículo que reglamenta esta cuestión sólo hace referencia a “la *normativa* mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos”, entendemos que no puede obviarse la posibilidad de que sean respondidas con base en “los principios y disposiciones de derecho internacional”,⁵² que figuran también en la norma de Olivos, debiendo haber incluido también los principios de derecho comunitario utilizados por los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* del Mercosur.

⁴⁹ Dreyzin de Klor, *op. cit.*, nota 9, p. 614.

⁵⁰ RPO, artículo 7o.

⁵¹ Recuérdesse que uno de los principios que caracteriza el sistema adoptado para solucionar las controversias —íntimamente vinculado a la efectividad del procedimiento— es el principio de celeridad que se refleja en haber fijado términos breves para abreviar las actuaciones y de este modo ofrecer mayores garantías a las partes. Véase Dreyzin de Klor, *op. cit.*, nota 11, pp. 19 y ss.

⁵² El artículo no menciona el “derecho comunitario” pese a que los laudos arbitrales dictados han utilizado este ordenamiento para fundar sus decisiones. Es bien sabido que el derecho comunitario no es derecho internacional y por tanto, a nuestro criterio, debió incluirse expresamente.

El contenido de la respuesta comprenderá:

- Una relación de las cuestiones sometidas a consulta.
- Un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el tribunal las hubiese pedido.
- El dictamen del Tribunal Permanente de Revisión con la opinión de la mayoría y las opiniones en disidencia, si las hubiera.

Recuérdese que cuando el Tribunal Permanente de Revisión emite un fallo, los árbitros no pueden fundar su disidencia, debiendo mantener la confidencialidad de la votación;⁵³ en cambio, a la hora de pronunciarse en esta faz, las opiniones en disidencia están expresamente consignadas. Puede haberse pensado como un hecho positivo para la transparencia del procedimiento, además de posibilitar a las partes un acercamiento en función de una interpretación legal que puede dar lugar a una controversia. Las diferencias de interpretación que se infieren de una norma podrían derivar en una negociación mediante la cual se arribara a una solución frente a la potencial disputa.

7. Efectos

Las opiniones consultivas no son vinculantes ni obligatorias y se publicarán en el *Boletín Oficial* del Mercosur.⁵⁴

Esta disposición pareciera bloquear en gran medida el sistema; sin embargo, entendemos que no provocará tal efecto pese a la determinación expresa de la letra en el sentido de denegar el carácter vinculante a la respuesta emitida por el tribunal.

Nos permitimos esta afirmación trasladándonos a una situación hipotética en que los Estados partes, un órgano con capacidad decisoria o los tribunales superiores de los Estados partes decidan apartarse de lo dispuesto por el Tribunal Permanente de Revisión. Piénsese que se estaría restando autoridad a un tribunal que en Pleno interpreta el derecho mercosureño y que no deja de ser un tribunal comunitario,

⁵³ Así se establece en el artículo 25 del PO.

⁵⁴ RPO, artículo 11.

independiente, investido de facultades decisorias. Disentimos además con el efecto no vinculante a partir de una razón de lógica jurídica. Siendo que a los laudos arbitrales se les reconoce fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada para los Estados partes,⁵⁵ en caso de derivar la causa por la que se plantea la consulta en una controversia, el Tribunal Permanente de Revisión tendrá la última palabra en torno a la interpretación del derecho del Mercosur.

Asimismo, no está de más recordar el efecto que tiene la cuestión prejudicial tanto en el marco de la Unión Europea⁵⁶ como en el sistema andino,⁵⁷ sin olvidar la diferencia en cuanto a la naturaleza jurídica que reconoce una sentencia prejudicial frente a una opinión consultiva.

¿Cuál es el efecto fundamental que se pretende lograr por esta vía? Es indudable que la importancia del procedimiento instituido radica en que “una misma norma común”, considerada “piedra angular” del sistema, no basta por sí misma, sino que el norte está dado porque dicha norma sea “interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los tribunales de todos los Estados miembros”.⁵⁸

⁵⁵ PO, artículo 26.

⁵⁶ Expresa G. Isaac con relación a la fuerza obligatoria que se reconoce a los pronunciamientos prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: “Nunca se ha discutido que, de conformidad con la lógica de cualquier procedimiento judicial, la decisión del tribunal da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que se le ha planteado en el marco del procedimiento por el juez de reenvío y vincula a éste, así como a todos los órganos jurisdiccionales que deben conocerla por el juego de las vías del recurso, excepto interrogando de nuevo al Tribunal, si no se consideran suficientemente aclarados por su respuesta”. Esta posición se advierte a lo largo de la jurisprudencia, y el reforzamiento de la fuerza obligatoria de las sentencias prejudiciales quedó de manifiesto al expresar el tribunal que la sentencia prejudicial “vincula al juez nacional para la solución del litigio en lo principal”, precisando que es “con autoridad de cosa juzgada” (Wünsche, as. 69/85, Rec. 947). *Manual de derecho comunitario*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1995, p. 342.

⁵⁷ Sobre el tema puede verse Perotti, A., *Los tribunales comunitarios en los procesos de integración. El caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*; Tobón, N., “La doctrina del acto claro y la interpretación judicial en la Comunidad Andina”, *RDIM*, año 7, núm. 4, 2003, pp. 22-27.

⁵⁸ Es la línea en que se enrola R. Alonso García, apoyando las razones esgrimidas por Lecourt, a quien cita, en *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 325.

8. *Impedimentos*

El pedido no será admitido por el Tribunal Permanente de Revisión cuando resulte improcedente o cuando haya en trámite algún procedimiento de solución de conflictos que recaiga sobre la misma causa.

Se entiende que es *improcedente* cuando se puso en marcha el mecanismo de solución de conflictos o se ejerció la opción de foro; y desde el ámbito subjetivo, cuando quien lo intenta no está legitimado.

Los impedimentos esgrimidos, ¿permiten cumplir con la máxima que orienta el mecanismo de opiniones consultivas?

Cuando hablamos de la aspiración a la cual tiende el procedimiento que se comenta, nos estamos refiriendo a que el Tribunal Permanente de Revisión sea intérprete supremo del ordenamiento jurídico del Mercosur, asegurando la unidad del orden jurídico a través de su interpretación uniforme.⁵⁹ A fin de no reiterar nuestra posición, el cuestionamiento nos conduce directamente a volver sobre los argumentos vertidos en torno a quiénes son legitimados activos para interponer la consulta, la oportunidad para plantearla y el contenido de las opiniones solicitadas.

IV. Negociaciones directas

El capítulo tercero se ocupa de las negociaciones directas. Considerada una instancia diplomática,⁶⁰ son un paso ineludible, a diferencia de lo reglado respecto a la intervención del Grupo Mercado Común. Para solucionar sus conflictos, se concede a las partes un plazo de quince días, término que se computa a partir de que una de ellas comunica a la otra su decisión de iniciar la controversia.⁶¹ La comunica-

⁵⁹ Bacigalupo, M., *La justicia comunitaria. Estudio sistemático y textos normativos básicos*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 12. El autor se refiere al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin embargo, podemos trasvasar su pensamiento al Mercosur en tanto proceso de integración que decide acudir a este procedimiento de consulta. Ello no implica que consideremos que ambos mecanismos son semejantes sino tan sólo estimamos que tienen ciertos puntos en común, lo que nos autoriza a exponer estas ideas.

⁶⁰ Cfr. Boldorini, M. C., "Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, núm. 6, 1994, p. 471.

⁶¹ PO, artículo 5o.

ción debe realizarse por escrito con copia a la Secretaría Mercosur y a los otros Estados partes y contendrá una enunciación preliminar y básica de los problemas que el interesado considera atinentes al objeto de la disputa y la propuesta de fecha y lugar para que tales negociaciones se lleven a cabo. Su conducción corresponde a los coordinadores nacionales del Grupo Mercado Común de los Estados partes en la controversia, siendo también habilitados los representantes designados por el órgano ejecutivo.

Los resultados alcanzados en este estadio quedarán registrados en las actas y, una vez concluidas las negociaciones, se notificará al Grupo Mercado Común vía Secretaría Mercosur de las gestiones efectuadas y los resultados obtenidos.⁶²

Como puede observarse, en esta instancia no se registran cambios sustanciales en relación con lo dispuesto en el Reglamento del Protocolo de Brasilia.

V. El Grupo Mercado Común

En función de lo dispuesto por el PO, deben distinguirse dos supuestos. El primero, según que las partes acuerden o no someter la controversia al Grupo Mercado Común.

El segundo, a instancias de quien interviene el Grupo Mercado Común, ya que su intervención puede ser producto del acuerdo de las partes en la controversia o a solicitud de un Estado parte en la misma.

En orden a la primera cuestión, si las partes no acuerdan conjuntamente someter la controversia ante el Grupo Mercado Común, se iniciará el procedimiento arbitral. En tanto que existiendo acuerdo entre las partes de someter la controversia al Grupo, deberán notificarle, con diez días de antelación a la celebración de su reunión ordinaria, la decisión tomada en tal sentido. Empero, si faltan más de cuarenta y cinco días para que se lleve a cabo, el Reglamento prevé la posibilidad de que las partes soliciten una reunión extraordinaria.⁶³

⁶² RPO, artículo 14.

⁶³ RPO, artículo 15. La delegación de Paraguay planteó estas consideraciones señalando que el Estado parte que decidiera someter la controversia ante el Grupo Mercado Común podría hacerlo en una reunión ordinaria o extraordinaria.

Con diez días de anticipación a la celebración de la reunión del Grupo, cada parte presentará un escrito a la PPT con copia a los demás Estados, a fin de que el Grupo Mercado Común pueda evaluar la controversia. En dicha presentación se consignarán, entre otros, los datos mínimos referidos al Estado o Estados en la disputa, el objeto de la litis, los antecedentes que la originan, los fundamentos jurídicos de la pretensión, la normativa Mercosur involucrada y los elementos de prueba de los hechos alegados. Incluida la controversia en la agenda del Grupo Mercado Común, éste puede considerar necesario el asesoramiento de expertos, en cuyo caso procederá a convocarlos. El grupo de expertos estará compuesto por tres miembros, y ante la falta de acuerdo sobre uno o más expertos se elegirán por votación a realizar por los Estados partes entre quienes integran la lista de veinticuatro miembros.⁶⁴ El Grupo Mercado Común definirá su mandato y el tiempo en que deberán expedirse, teniendo en cuenta que su plazo para la intervención y pronunciamiento no podrá superar los treinta días contados desde que la controversia fue sometida a su consideración.⁶⁵

Todo lo actuado, incluyendo, a nuestro entender, el dictamen que el grupo de expertos elevará al Grupo Mercado Común,⁶⁶ quedará registrado en el acta de la reunión que corresponda.

Ahora bien, en cuanto al supuesto de intervención del Grupo Mercado Común a instancia de un Estado no parte en el conflicto, ténga-

⁶⁴ PO, artículo 43.1.

⁶⁵ PO, artículo 8o.

⁶⁶ En relación con el dictamen del Grupo de Expertos, el reglamento remite al artículo 44.1 del PO, que dispone: "1. El grupo de expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común.

i) Si en dictamen unánime se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado parte, cualquier otro Estado parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro de un plazo de quince (15) días, el Estado parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el capítulo VI del presente Protocolo.

ii) Recibido el dictamen que considere improcedente el reclamo por unanimidad, el Grupo Mercado Común dará de inmediato por concluido el mismo en el ámbito del presente capítulo.

iii) En caso que el grupo de expertos no alcance la unanimidad para emitir el dictamen, elevará sus distintas conclusiones al Grupo Mercado Común, que dará de inmediato por concluido el reclamo en el ámbito del presente capítulo".

se presente en primer lugar que dicha intervención no suspenderá el procedimiento que pudiera estar desarrollándose ante el tribunal arbitral promovido por la demandante, salvo que las partes lo acuerden. Además, sólo procederá si estuviera debidamente justificado el pedido, que se elevará a los demás Estados partes a través de la PPT.

Siendo la intervención del Grupo Mercado Común instada por los Estados partes involucrados, las recomendaciones que emita serán formuladas con base en las propuestas que presentarán las partes para solucionar el diferendo. En tanto que si su intervención proviene del pedido efectuado por un Estado no parte del conflicto, el Grupo Mercado Común está facultado para formular comentarios o recomendaciones, debiendo los Estados partes cooperar con el órgano ejecutivo a tal efecto. La sola lectura de esta disposición permite inferir que se trata de una previsión de carácter excepcional⁶⁷ favorable al esquema en virtud de la protección de intereses que puedan tener en el planteo Estados no partes en la controversia, empero afectados de alguna manera —indirecta— por la cuestión planteada.

VI. Procedimiento arbitral

Desde el artículo 18 hasta el 30, correspondientes al capítulo V, el RPO se ocupa del procedimiento arbitral.

1. *El rol de la Secretaría Mercosur*

En la tramitación de esta instancia, la Secretaría Mercosur asume un significativo rol de gestión; centraliza las notificaciones y actuaciones administrativas necesarias al desarrollo del procedimiento, teniendo a su cargo la transmisión de las comunicaciones que provienen de las partes para el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (en lo sucesivo, TAH) y de éste a las partes. También le corresponde el armado del expediente con las actuaciones de la instancia arbitral y, en suma, prestar al tribunal y a las partes todo el apoyo que le sea requerido.⁶⁸

⁶⁷ Así la califica E. Rey Caro al analizar el artículo 7.2 del PO (*cit.*, nota 19, p. 18).

⁶⁸ RPO, artículo 18.

2. *Impedimentos para intervenir como árbitro*

El PO se pronuncia sobre las causas que actúan de valla para ser parte del tribunal arbitral, así como acerca de los impedimentos para desempeñarse en el cargo.⁶⁹ El Reglamento retoma la cuestión deteniéndose en aspectos concretos en que se perfilan claramente tales impedimentos. Al denegar la posibilidad de que la designación recaiga en quien tuvo intervención como representante de alguno de los Estados partes en las etapas anteriores del conflicto en asuntos o materias relacionados con su objeto; tenga algún interés directo en éste o su resultado; represente o haya representado en los últimos tres años a particulares con interés directo en el objeto del conflicto o su resultado, o cuando el candidato no goce de “la necesaria independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados partes en la controversia”,⁷⁰ está rescatando con meridiana claridad los pilares básicos que deben inspirar y presidir la actuación del árbitro, esto es: la imparcialidad y la independencia funcional.⁷¹

A estos principios se suma la calificación del candidato, en el sentido de que se trate de juristas de reconocida solvencia en las materias que puedan ser objeto de litigio, siendo nombrados atendiendo a “su objetividad, confiabilidad y buen juicio”.⁷²

⁶⁹ A través de sus dos incisos, el artículo 35 del PO se refiere a la calificación de los árbitros. En el artículo 11 —lista de árbitros— reglamenta la facultad que tienen los Estados partes para solicitar aclaraciones sobre los candidatos propuestos por los demás Estados partes, como así también sobre las objeciones que pueden plantear, mismas que deben ser justificadas teniendo presente las calidades requeridas.

⁷⁰ RPO, artículo 19.

⁷¹ Se ha considerado que una modificación importante del PO radica en la “constitucionalización” de las exigencias sobre la “necesaria independencia” e “imparcialidad” que deberán ser observadas por los árbitros de ambas listas. La argumentación esgrimida se basa en considerar que aunque estos criterios ya estaban fijados en el derecho derivado, pues se encuentran plasmados en el artículo 16 del Reglamento del Protocolo de Brasilia (la norma sólo establece estos deberes para los árbitros ya “designados” en un caso concreto), su incorporación en el PO conduce a que adquiera el rango de derecho originario o constitucional del Mercosur. Si bien estas apreciaciones se realizan con relación al Proyecto de Reformas al Protocolo de Brasilia, al haberse incorporado las disposiciones al PO —también mediante los supuestos plasmados en el artículo 19—, bien puede transpolarse lo expresado. *Cfr.* Perotti, “Proyecto de Reformas al Protocolo de Brasilia. Una nueva oportunidad perdida (?)”, *RDIM*, núm. 2, 2001, p. 137.

⁷² PO, artículo 35.

Con relación a este tema se contemplan distintas situaciones: que el impedimento para intervenir en un caso específico exista *ab initio*, o que sobreviniere durante el ejercicio del cargo. Para el primer caso, se establece que el candidato no podrá ser designado como árbitro, y si lo fuere, no deberá aceptarlo; en tanto que si tal situación se produce una vez nombrado, el árbitro deberá renunciar de inmediato.

3. La facultad de presentar objeciones

El RPO prevé los efectos de las objeciones permitidas a las partes cuando un árbitro se halle incurso en las causales que impiden su desempeño como tal. Empero, para que prospere la objeción, debe ser probada de manera fehaciente la existencia del impedimento.⁷³ Nada dice sobre el supuesto en que el planteo se realice al sobrevenir el impedimento durante el curso del procedimiento, aunque entendemos que si el árbitro no renuncia, las partes pueden acudir a la misma solución, siguiéndose el mecanismo adoptado para el caso de existir un impedimento desde el inicio de la etapa.

Si la prueba acompañada para acreditar la objeción no resulta suficiente, quedará firme el nombramiento.⁷⁴ La disposición en la que se contempla este tema difiere de lo normado en el PO en dos aspectos fundamentales:

- a) Los plazos, y
- b) El efecto.

Tanto al referirse a la lista de doce árbitros como a la lista de cuatro candidatos para integrar la de terceros árbitros, el PO establece un plazo de treinta días contados desde que los Estados partes son notificados a fin de presentar objeciones. De éstas se comunicará al Estado proponente a través de la PPT. Textualmente, continúa el artículo:⁷⁵ “Si en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días contado desde su notificación no se llegare a una solución, prevalecerá la objeción”.

⁷³ RPO, artículo 19.3.

⁷⁴ RPO, artículo 19.

⁷⁵ PO, artículo 11.2, ii.

El Reglamento, en cambio, expresa: “3. Si en función de lo dispuesto en este artículo, una de las partes objetara la designación de un árbitro probando fehacientemente la objeción, dentro de los siete (7) días de notificada esa designación, el Estado respectivo deberá nombrar un nuevo árbitro”.⁷⁶

Una interpretación literal de estas normas podría conducir a señalar que resultan incompatibles, entendiéndose que “dentro de los siete (7) días de notificada esa designación” implica contar con ese término para presentar la objeción. Sin embargo, valiéndonos de una interpretación sistemática y del método exegético, estimamos que los términos a los que se alude en uno y otro caso son distintos; el primero se refiere al plazo que tienen los Estados partes para presentar sus objeciones, mientras que el fijado en el Reglamento haría referencia al plazo que debe respetar el Estado proponente una vez notificado de la objeción y de su resultado positivo. De esta suerte, deberá proceder, dentro del término de siete días, a designar un nuevo árbitro.

Corroboramos esta interpretación lo dispuesto en el Reglamento bajo el acápite: “Objeciones a los candidatos para integrar la lista de terceros árbitros”, en cuanto dispone que se tendrán por aceptados “cuando no se hubieren recibido objeciones transcurridos treinta (30) días desde la notificación de la propuesta”.⁷⁷

De todos modos, entendemos que la redacción de la norma citada *supra* debió ser más clara a fin de evitar el problema que puede concitar a la hora de ser aplicada.

En el segundo tema, la diferencia es sustancial. Los efectos frente a objeciones presentadas por los Estados partes, según el instrumento jurídico que consultemos, resultan diametralmente opuestos, y las disposiciones, a todas luces, incompatibles.

Para el PO, la falta de prueba fehaciente suscita el predominio de la objeción; por el contrario, el RPO señala: “En caso de que la objeción no hubiese sido debidamente probada quedará firme la designación efectuada”.⁷⁸

⁷⁶ RPO, artículo 19.3.

⁷⁷ RPO, artículo 23.2.

⁷⁸ RPO, artículo 19.3, *in fine*.

Es menester recordar que el PO fue ratificado por los Estados partes, mientras que el Reglamento expresamente establece que no requiere de su incorporación a los órdenes jurídicos nacionales de los Estados partes. El antecedente no deja espacio para descartar el Protocolo en este punto; sin embargo, la solución adoptada por el Reglamento, a nuestro criterio, parece más coherente y atendible en función de aspectos fundamentales de derecho que están en juego, tales como la carga de la prueba y el valor probatorio de los documentos, ejes éstos que se apoyan en principios procesales generales como el principio de igualdad (artículo 16, Constitución nacional), y defensa en juicio (artículo 18, Constitución nacional), así como en otros específicos de la prueba, como son los principios de admisibilidad, libertad probatoria y pertinencia.

4. *La facultad de solicitar aclaraciones*

Los Estados partes están facultados para “solicitar aclaraciones” sobre las personas propuestas por los demás miembros, tanto respecto de los candidatos que conforman la lista de doce árbitros, como de los cuatro que integran la lista de terceros árbitros.⁷⁹ En el Reglamento se menciona el tema de “las aclaraciones” bajo el acápite que trata las listas de terceros árbitros, aunque debe extenderse también a la lista de los doce, pues en la referencia numeral que efectúa al PO así se consigna. Dichas aclaraciones deben responderse por el Estado proponente dentro del plazo de quince días desde que se le notificara tal solicitud.⁸⁰

Llama la atención que este instrumento jurídico no aporte más datos respecto a la facultad acordada a los Estados. Nos permitimos esta aseveración en función de las dudas que generó a su hora el Protocolo. Doctrina autorizada señaló que las aclaraciones tal como habían sido receptadas conducían a generar no pocas interrogantes, entre las que destacamos las siguientes: ¿a qué aspectos de la persona del árbi-

⁷⁹ PO, artículos 11.1, *i*, y 11.2, *ii*.

⁸⁰ RPO, artículo 22.

tro podrían estar referidas estas aclaraciones?, ¿qué sucede si se plantean observaciones?, ¿qué efectos trae consigo tal pedido?⁸¹

Asimismo, en el análisis que efectuáramos del Protocolo⁸² estimamos que la falta de una reglamentación acabada en este tema es óbice para reparar en el derecho que les asiste a los Estados partes en cuanto su ejercicio estaría violentando la exclusividad en el juicio sobre las aptitudes de las personas que cada país miembro propone y una responsabilidad al respecto.

¿Cómo se resolverá el conflicto que puede sobrevenir por este derecho reconocido a los Estados partes?, ¿se trata de un verdadero derecho de “veto” que vulnera el principio de confianza mutua que se deben los Estados partes,⁸³ o las exigencias establecidas sobre la calificación de los árbitros se corresponden con los valores que se pretende resguardar y, en consecuencia, habría que aceptar de buen grado esta disposición?

Las listas que deben presentar los Estados están sujetas a la elección ponderada de cada país, que deberá observar los recaudos exigidos por la normativa relacionada;⁸⁴ sin embargo, al admitir el pedido de aclaraciones, debieron regularse con mayor precisión los aspectos que dan lugar a los planteos formulados, a los cuales el nuevo texto aprobado continúa sin brindar respuesta satisfactoria. Ello, a fin de evitar todo tipo de subjetividad y para no dejar espacios que deriven en actitudes discrecionales.

5. Designación de los árbitros

La designación de los árbitros que integrarán el tribunal responde al principio de respeto a la voluntad de las partes interesadas, pues corresponde que cada Estado nombre su árbitro. Sin embargo, de no efectuarlo se procederá a un sorteo que realiza de oficio el director de

⁸¹ En efecto, E. Rey Caro, al analizar el PO, señala que estos aspectos pueden dar lugar a controversias “por el alto grado de subjetividad que conlleva un pedido de aclaración sin la debida reglamentación” (*op. cit.*, nota 19, pp. 24 y 25).

⁸² De nuestra autoría, *op. cit.*, nota 9.

⁸³ Cfr. Rey Caro, E., *op. cit.*, nota 19, p. 29.

⁸⁴ PO, artículo 35.

la Secretaría Mercosur, respetándose en este caso un principio de transparencia, al determinar la obligación de informar a los Estados partes para que estén en condiciones de designar representantes que asistan al acto. Se implementa un mecanismo que asegura la participación de los involucrados a los fines de conformar el cuerpo colegiado tanto para los árbitros vocales como para el presidente del tribunal. El sorteo del tercer árbitro —cuya designación, en virtud de lo establecido por el PO, debe intentarse en primer lugar por acuerdo de las partes—⁸⁵ será efectuado a pedido de uno de los Estados partes. De todo lo actuado se deja constancia en actas, enumerando el Reglamento los recaudos que deben constar en la misma,⁸⁶ y una vez designado el tribunal, el director de la Secretaría Mercosur “se contactará inmediatamente con ellos” a los efectos de firmar una declaración cuyo texto está incorporado al Reglamento.⁸⁷

Las listas pueden ser modificadas por los Estados partes; a tal efecto se debe notificar simultáneamente a la Secretaría y a los demás países la nueva nómina, adjuntando los *curriculum vitae* de los nuevos candidatos. El recaudo es exigido en relación con la facultad de los Estados partes de presentar objeciones o pedir aclaraciones. La única excepción prevista opera cuando un Estado parte comunica a la Secretaría Mercosur su intención de iniciar el procedimiento arbitral, en cuyo caso se respetarán las listas previamente registradas.⁸⁸

Una vez consolidada, la lista será presentada a la Secretaría Mercosur para su registro y notificación a los Estados partes y a quienes hayan quedado excluidos.⁸⁹

6. Representación y asesoría de las partes

El coordinador nacional del Grupo Mercado Común es quien representa a la parte respectiva hasta en tanto ésta designe su representante titular y suplente, de lo que deberá dar cuenta una vez constituido

⁸⁵ PO, artículo 10.3, *i*.

⁸⁶ RPO, artículo 20.

⁸⁷ RPO, artículo 21.

⁸⁸ RPO, artículo 24.

⁸⁹ RPO, artículo 24.3.

el TAH y hasta la presentación del primer escrito. Generalmente, conforme surge de los laudos arbitrales dictados hasta la fecha, han sido designados funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores.⁹⁰

El tribunal tiene obligación de notificar a los representantes o coordinadores, según corresponda, de todas las comunicaciones a los Estados partes. Al brindarse la posibilidad de que participen asesores en las audiencias, los nombres, cargos o especialidad de éstos, deben serle informados, así como a la otra parte, “en la medida de lo posible, con tres (3) días de anticipación” a la celebración de dichas audiencias.⁹¹

Los Estados partes están facultados para unificar la representación siempre que dos o más de ellos sostengan una misma posición. Para estar en condiciones de ejercer este derecho ante el TAH, deben haber transitado individual o conjuntamente las instancias anteriores previstas para solucionar el conflicto que los involucra. Admitir el instituto de litis consorcio contribuye a la realización del principio de celeridad procesal durante el arbitraje. Su efecto consiste en designar un mismo árbitro, actuando los representantes coordinadamente. Asimismo, implica “la coincidencia en el planteo del objeto de la controversia”.⁹²

Unificada la representación pueden decidir presentar conjuntamente ante el Tribunal Permanente de Revisión un recurso de revisión. Sin embargo, también están habilitados para plantear el recurso de forma unilateral.

Si no obstante la unificación señalada los Estados deciden presentar individualmente un recurso de revisión ante el Tribunal Permanente de Revisión, los efectos serán los siguientes:

- a) Se suspende el cumplimiento del laudo dictado por el TAH con respecto a todos los Estados involucrados en la representación.

⁹⁰ En el sistema comunitario europeo, la representación de las partes ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es obligatoria y los agentes que representan a los Estados miembros y las instituciones de la comunidad son, por lo general, miembros de los servicios jurídicos de las instituciones o funcionarios de las cancillerías. Así lo señala Iglesias Cabrero, M., *Fundamentos del derecho comunitario europeo*, Madrid, Colex, 1989, p. 59.

⁹¹ RPO, artículo 25.

⁹² RPO, artículo 26.2.

b) El laudo del Tribunal Permanente de Revisión será obligatorio para todos ellos.

De igual forma, cabe consignar que la unificación de representación no impide a las partes llegar a una transacción o desistir de la controversia.⁹³

7. Objeto de la controversia

El “objeto de la controversia” es uno de los temas en los que los TAH han disentido a la hora de interpretar las normas que regulan la cuestión; la consecuencia de estas divergencias permiten advertir la importancia de precisar el concepto. En el Reglamento del Protocolo de Brasilia puede leerse al respecto: “El objeto de las controversias entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente”.⁹⁴ A raíz de los problemas presentados bajo el paraguas de tal legislación, el PO se esmeró en ser claro al respecto y sostuvo que “el objeto de la controversia quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta presentados ante el TAH, no pudiendo ser ampliado posteriormente”, agregando que dichos planteos deben fundarse en las cuestiones que hayan sido consideradas en las etapas previas.⁹⁵

El RPO también se ocupa del tema, completando o, mejor dicho, describiendo acabadamente los contenidos del objeto del conflicto al señalar que “...estará constituido por los hechos, actos, omisiones o medidas cuestionados por la parte demandante por considerarlos incompatibles con la normativa Mercosur, y sostenidos por la parte demandada, que hayan sido especificados en los respectivos escritos presentados ante el TAH”.⁹⁶ De este modo, quedan a la vista los aspectos contradictorios en torno a tan importante materia.

⁹³ RPO, artículo 26.

⁹⁴ Reglamento del Protocolo de Brasilia, artículo 28.

⁹⁵ PO, artículo 14.

⁹⁶ RPO, artículo 27.

8. Incumplimientos procesales

Los incumplimientos procesales pueden provenir de cualquiera de las partes: del demandante, por no presentar en tiempo y forma el escrito inicial, o por incurrir en incumplimientos procesales injustificados (por ejemplo, no respetar los plazos establecidos para las actuaciones que le correspondan); en tanto que el demandado incurrirá en incumplimiento procesal si no presenta en tiempo y forma el escrito de respuesta.

Los efectos que sobrevienen a los incumplimientos de las partes son: respecto al demandante, el TAH “tendrá por desistida su pretensión” dándose por finalizado el conflicto sin más trámite. Cuando es el demandado quien ha incumplido, pierde su derecho de presentar el escrito de respuesta; empero, continúa desarrollándose el procedimiento. Corresponde notificarle de todas las actuaciones posteriores, pudiendo participar en las etapas subsiguientes del procedimiento.

9. Medidas provisionales

Este tema de importancia capital en el proceso ocupó en las negociaciones preparatorias un espacio relevante. Piénsese que las medidas provisionales tienen en Mercosur a los Estados de protagonistas, por lo que reconocen una serie de particularidades en torno a las cuales gira su reglamentación.

¿Quiénes pueden solicitarlas?, ¿quiénes pueden decretarlas?, ¿a qué condiciones queda subordinado el pedido?, ¿pueden dejarse sin efecto las medidas provisionales dictadas?

A. Finalidad

Recordemos en primer lugar que las medidas que se comentan tienen a hacer que el laudo que se dicte sea eficaz. Generalmente, los procesos insumen un tiempo más o menos prolongado, lo que trae aparejado el riesgo de una alteración de hecho que impida el cumplimiento de la resolución. Para evitar la frustración del derecho de quien acciona, a modo de un anticipo de la garantía jurisdiccional, se asegura mediante estas medidas que el pronunciamiento judicial será cum-

plido.⁹⁷ Consisten en el embargo o secuestro de bienes, la orden de levantamiento de restricciones, la prohibición de innovar o la anotación preventiva de un litigio sobre un bien.⁹⁸

B. Viabilidad

La medida provisional se adelanta al esclarecimiento de las cuestiones litigiosas y se otorga ante la mera verosimilitud del derecho, ante un *fumus juridicus*, y aun sin él, con una contracautela eficaz, para asegurar el resarcimiento de posibles perjuicios.⁹⁹ Sin embargo, la posibilidad de dictar esta contracautela no fue contemplada en el PO, por ser los Estados —entidades de derecho público— las partes de la controversia.¹⁰⁰ En consecuencia, su viabilidad está condicionada por los siguientes extremos:

- a) Que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis juris*), y
- b) Que se acredite *prima facie* el daño grave o irreparable o el peligro inminente de que el mismo llegue a producirse, situaciones que reclaman con urgencia la o las medidas cautelares solicitadas (*periculum in mora*).

C. Órgano facultado para dictarlas

El TAH es el órgano ante el cual se pedirán las medidas y es el facultado para decretarlas. También puede, obviamente, dejarlas sin efec-

⁹⁷ Cfr. Dreyzin de Klor, *op. cit.*, nota 30.

⁹⁸ Recuérdense, asimismo, que estas medidas abarcan numerosas instituciones y en su acepción más común se las entiende como “el conjunto de instituciones diseñadas por el legislador cuyo objeto es evitar los riesgos que, para los derechos de las partes, se derivan de la duración temporal del proceso declarativo ordinario”. Cfr. Garcimartín Alferez, F., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 1.

⁹⁹ En esta línea véase Podetti-Guerrero Leconte, *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, Ediar, 1969, t. IV, pp. 33 y ss.

¹⁰⁰ Siendo la contracautela un gravamen, no puede presumirse ni exigirse.

to en cualquier momento,¹⁰¹ y aunque no se establece expresamente, está facultado para modificarlas o sustituirlas, posibilidades éstas que hacen a la esencia de la medida de que se trata.

El Tribunal Permanente de Revisión, en cambio, no aparece habilitado para decretar estas medidas; interviene frente al supuesto de que el laudo sea objeto de recurso de revisión. En este caso se establece que las medidas provisionales “que no hubiesen quedado sin efecto antes de dictarse el mismo, se mantendrán hasta su tratamiento en la primera reunión del Tribunal Permanente de Revisión...”,¹⁰² oportunidad en la que este alto cuerpo debe decidir acerca de la continuidad o cese de las medidas cautelares. Téngase presente que su pronunciamiento no es una facultad que puede o no ejercer, sino que es un deber y, por lo tanto, procederá de oficio a resolver sobre éstas en su primera reunión, notificando la decisión tomada a las partes en forma inmediata.¹⁰³

Ahora bien, si las partes deciden acudir directamente ante el Tribunal Permanente de Revisión la situación cambia; en este caso será éste el encargado de dictar las medidas actuando como tribunal de única instancia, pues asume las mismas competencias que el TAH, entre las cuales se encuentra el dictar medidas provisionales.¹⁰⁴ También es libre el tribunal para decidir dejarlas sin efecto en cualquier momento.

D. Requisitos a cumplir por el legitimado para solicitar medidas provisionales

A los fines de que el TAH dicte estas medidas, es necesario que le sean solicitadas por la parte interesada, o sea que el tribunal no actúa de oficio. Siendo que el sistema de solución de conflictos sólo admite que los Estados sean partes en la controversia, son ellos los únicos que gozan de legitimidad para elevar el pedido al TAH.

El RPO determina la necesidad de notificar el pedido de quien solicita las medidas simultáneamente a la otra parte, que a su vez se halla

¹⁰¹ PO, artículo 15.2.

¹⁰² PO, artículo 15.3.

¹⁰³ RPO, artículo 29.4.

¹⁰⁴ PO, artículo 23.1.

facultada para presentar al TAH "...las consideraciones que estime pertinentes en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de su notificación".¹⁰⁵

No basta la solicitud para que el tribunal proceda, sino que es necesario que el interesado cumpla con los siguientes recaudos:

- a) Especificar los daños graves e irreparables que se pretende prevenir mediante la aplicación de estas medidas;
- b) Aclarar los elementos que permitan al TAH evaluar tales eventuales daños, y
- c) Pronunciarse sobre las medidas provisionales que considera adecuadas.

Durante las negociaciones se insistió en la necesidad de incluir en el Reglamento que el solicitante debía invocar un derecho que constituya una norma jurídica mercosureña vigente y que su invocación sea verosímil, aun admitiendo que la apreciación de la pertinencia del derecho invocado no se aplique con un criterio estricto.

VII. Algunas reflexiones

A través de estas breves anotaciones sobre algunos aspectos abordados por el Reglamento del Protocolo de Olivos, nuestra intención es presentar la regulación aportada que, en muchos aspectos, se considera un avance importante, aunque en otros tantos continúa sin pronunciarse, generando lagunas que habrá que cubrir en breve. Asimismo, hemos señalado soluciones adoptadas que son susceptibles de ser mejoradas. Los conflictos se producen y deben ser resueltos con instrumentos idóneos y, fundamentalmente, garantistas de la seguridad jurídica; de esta suerte, si bien aplaudimos la vigencia del nuevo documento jurídico, señalamos una vez más que el camino por transitar es largo y sinuoso, pero con la voluntad política favorable al proceso, su afianzamiento parece más cercano.

¹⁰⁵ RPO, artículo 29.2.