

## OPINION CONSULTIVA N° 1/2007

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay, a los tres días del mes de abril de dos mil siete,

### I. VISTO:

La petición de Opinión Consultiva planteada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada Maria Angélica Calvo, en los autos caratulados: **"Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante"**, vía la Excm. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, recibida por este Tribunal en fecha 21 de diciembre de 2006, y

### II. CONSIDERANDO:

Traídos los autos a la vista, y estando el Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR), reunido en plenario e integrado por el Dr. Nicolás Eduardo Becerra en su calidad de Presidente actual del TPR, el Dr. Joao Grandino Rodas, el Dr. Wilfrido Fernández de Brix, el Dr. Ricardo Olivera Garcia y el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli en su calidad de Quinto Arbitro. Se deja constancia de la excusación obrante en autos del Dr. Roberto Puceiro. A su vez, se detalla que conforme al Art. 6 Inc.3 del Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante PO), se hace constar que por consenso fue designado Coordinador de la redacción de la respuesta a la consulta el Dr. Wilfrido Fernández de Brix. Igualmente se deja constancia que por providencia de este TPR en mayoría, en fecha 1 de febrero de 2006 se corrió traslado por treinta días corridos a las Coordinaciones Nacionales del Grupo Mercado Común, a través de la Presidencia Pro-tempore de Turno. Este plazo a la fecha se encuentra vencido, sin que ninguna Coordinación Nacional haya presentado postura alguna. Seguidamente expone el Coordinador designado:

### III. RELATORIO JURÍDICO Y FACTICO DEL CASO

1. Que conforme a las compulsas remitidas por la Magistrada Calvo, en autos se trata de la referida opinión consultiva surgida en el marco de un litigio judicial entre una empresa argentina (Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria) y una empresa paraguaya (Norte S.A. Imp. Exp.). La empresa paraguaya demanda a la empresa argentina por indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante ante la jurisdicción de Asunción. La empresa argentina ha opuesto una excepción de incompetencia de jurisdicción argumentando la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (Decisión CMC N° 01/94) (en adelante PBA) por sobre la Ley nacional paraguaya N° 194/93. Argumenta en consecuencia el debido respeto a la elección de jurisdicción contractualmente pactada, de conformidad al Art. 4 de tal Protocolo, sosteniendo la primacía del tratado sobre la ley, mas todavía en el caso de ley posterior, dispuesto por el Art. 136<sup>1</sup> de la Constitución Nacional paraguaya. Considera entonces que se dan las circunstancias para la prórroga de la competencia territorial permitida por el Art. 3 del Código de Procedimiento Civil paraguayo. Finalmente, sostiene que el orden público meramente interno de la Ley paraguaya N° 194/93, debe ceder ante las normas arriba citadas. La parte excepcionada rechazando la argumentación de la empresa argentina, a su vez invoca el Protocolo de Santa Maria sobre Relaciones de Consumo (Decisión CMC N° 10/96) (en adelante PSM), manifestando el carácter irrenunciable de los derechos establecidos por la Ley paraguaya N° 194/93 (Art. 9), y afirmando que conforme a los Arts. 7 y 10 de la misma, es procedente la competencia de la jurisdicción paraguaya. Manifiesta además que por los Arts. 2 y 3 del Código Procesal Civil paraguayo, la competencia del Juzgado de Asunción sería apropiada, adicionando a su vez la cita del Código de Organización Judicial paraguayo. Menciona además a su favor un conocido Acuerdo y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay (Electra Amambay SRL c/ Compañía Antartica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas - Acuerdo y Sentencia N° 827 del 11 de diciembre de 2001). La parte excepcionada hace notar además que este fallo de la Corte Suprema de Justicia es posterior a la Ley N° 597/95 que internalizó el PBA, y concluye que existiendo tal precedente judicial, la competencia del Juzgado de Asunción es indiscutible. Hace notar además, que conforme al Art. 2 del PBA, el tipo de contrato de autos está excluido del ámbito de su aplicación. En cuanto al PSM, sustenta su argumentación basado en los Arts. 4, 5 y 10. Adicionalmente, sustenta que al presentar la contraparte un incidente de mejora de contracautela, ya se ha consentido la competencia del Juzgado de Asunción. Finalmente, peticiona expresamente que en caso de existir dudas con respecto a la aplicabilidad al caso de la norma comunitaria invocada por la otra parte, de las que surge una controversia sobre la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, se formalice la opinión consultiva pertinente al TPR. A continuación consideramos oportuno destacar:

<sup>1</sup> En realidad y sin hacer ningún juicio de valor sobre el derecho interno paraguayo, se consigna meramente, que los Arts. que tratan el tema son los Arts. 137 y 141. El Art. 136 norma sobre la competencia y responsabilidad de los magistrados.

a. El título de la Ley N° 194/93 reza: Ley que aprueba con modificaciones el Decreto Ley N° 7 del 29 de marzo de 1991, por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.

b. El incidente de mejora de contracautela citado por la parte excepcionada, fue presentado por la parte excepcionante en relación a medidas cautelares decretadas previo al inicio de la acción de fondo.

c. Tales medidas cautelares decretadas previo al inicio de la acción de fondo han sido anuladas por A.I. N° 408, de fecha 9 de junio de 2006, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Circunscripción Judicial de Asunción, Paraguay. Este A.I. anula la resolución del aquo inferior concedente de las medidas cautelares, por no haberse fundamentado la asunción de competencia ni los presupuestos para la concesión de la medida cautelar. Asimismo, tal A.I. del Tribunal de Apelación declara incompetente en razón del territorio a los órganos jurisdiccionales de la República del Paraguay para entender en el dictado u ordenamiento de medidas cautelares en esta causa. Muy en concreto, este A.I. sustenta la primacía del PBA por sobre la Ley paraguaya N° 194/93 y en consecuencia confirma la validez de la cláusula contractual en cuanto al foro aplicable.

d. Se deja constancia de que en el contrato vinculado a la demanda, celebrado en fecha 22 de mayo del 2000 entre las partes en litigio, y específicamente en la cláusula 22, se ha pactado como jurisdicción competente la de los Tribunales Ordinarios de la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina y como ley aplicable en forma exclusiva el derecho argentino. Igualmente en la cláusula 22, textualmente las partes han acordado dar plena vigencia a la normativa incorporada por el Mercosur, vinculadas a contrataciones de compra-venta internacional de mercaderías, mencionándose expresamente el PBA.

2. Las cuestiones a ser tratadas en esta opinión consultiva son las siguientes:

#### A. REGIMEN NORMATIVO ACTUAL DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

1. Que el PO en su Art. 3° ha autorizado al Consejo del Mercado Común a establecer mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas. A su vez el Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante RPO) en su Art. 2°, ya ha autorizado la petición de opiniones consultivas a este Tribunal, habilitando a solicitarlas, entre otros, a los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. Asimismo, el Art. 4° del RPO se refiere al tema estipulando que las opiniones consultivas deberán abarcar exclusivamente cuestiones atinentes a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, siempre que se vinculen con causas que estén siendo tramitadas en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante.

2. Es dable resaltar que el Inc. 2 del Art. 4° del RPO, establece que el procedimiento para solicitudes de opiniones consultivas debe ser reglamentado, lo cual a la fecha de inicio de esta causa aún no había acontecido. La cuestión que suscita el nuevo Reglamento de Opiniones Consultivas aprobado por Decisión N° 02/07, de fecha 18 de enero de 2007, será tratado por separado. Consecuentemente, es dable asimismo resaltar que entendemos de perfecta aplicación al caso, el conocido aforismo jurídico que estipula que la falta de reglamentación de un derecho o acción, no puede ser obstáculo para el ejercicio de tal derecho o acción. Sin entrar a emitir ningún juicio de valor sobre los derechos internos nacionales, simplemente citamos como aporte ilustrativo que en algunos países como en la República del Paraguay este consabido aforismo tiene expresa jerarquía constitucional (Art. 45 de la Constitución Nacional paraguaya). A su vez la Constitución de la República Oriental del Uruguay tiene una disposición similar en su Art. 332. En otros, como en la República Argentina, ha sido estipulado en consabidos fallos judiciales incluyendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)<sup>2</sup>.

3. En estas circunstancias, estimamos procedente la admisión de esta primera Opinión Consultiva a ser estudiada, mas todavía considerando su trascendental importancia para asentar los sólidos cimientos del concepto, naturaleza y objetivo de las opiniones consultivas dentro de un proceso de integración, dado el contexto de la consulta.

#### B. CONCEPTO, NATURALEZA Y OBJETIVO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

1. En realidad, aplicado al escenario de un sistema de solución de controversias dentro de un proceso de integración, y en especialidad en cuanto a consultas originadas en los órganos judiciales nacionales, el concepto de opiniones consultivas resulta incorrecto. En verdad se trata de interpretaciones prejudiciales o en todo caso de consultas prejudiciales. Santiago Benadava, gran estudioso del Derecho Internacional enseña: *“la opinión consultiva, a diferencia de una sentencia de la Corte, no decide, con fuerza obligatoria, un caso contencioso entre partes. Solo da respuesta a una pregunta de carácter jurídico y esta respuesta no es obligatoria. Sin embargo, la autoridad que conlleva la opinión, determina que los órganos que la solicitan, se muestren poco dispuestos a apartarse de ella. Las opiniones consultivas emitidas por una Corte, no poseen el efecto obligatorio que se reconoce para sus*

<sup>2</sup>CSJN “Banco Ctral. de la Rep. Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera - incid. de verificación tardía - rec. de inconstitucionalidad y recurso directo”, 20/03/2003 (Fallos 326:742; voto de la mayoría por remisión al dictamen del Procurador Fiscal (apartado II); ver asimismo, “Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo”, 20/09/2002 (Fallos 325:2394; considerando 5° del voto concurrente del juez Boggiano).

sentencias en materia contenciosa”<sup>3</sup>. Por el contrario, la interpretación prejudicial en el marco de un proceso de integración, “es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último representado por el tribunal de justicia, interpreta de forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho que se ventila en el orden interno. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del derecho pertinente por todos los jueces en el territorio de los países miembros. En efecto, la función del tribunal comunitario en estos casos es interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico; es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea exclusiva del juez nacional dentro de la esfera de su competencia. No obstante, el tribunal de justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable para la interpretación solicitada”<sup>4</sup>.

2. Ricardo Vigil Toledo, actual Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA) sostiene: “se conoce como la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina..... Esta acción es de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario.”<sup>5</sup> A su vez, Paolo Mengozzi enseña: “el ejercicio por parte del Tribunal de Justicia de la función prejudicial es importante, sin embargo, mas que por la dimensión que ha tomado, a) por las implicaciones que ha comportado y b) por los efectos que ha determinado. Por cuanto se refiere al primer punto..... se ha contribuido notablemente, además de asegurar la uniforme interpretación y aplicación del Derecho Comunitario, a concretar dos elementos característicos del Derecho Comunitario ya ampliamente considerados supra: la caracterización de los individuos y de las empresas como sujetos del ordenamiento comunitario..... En relación al segundo punto, las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia han tenido un papel determinante en el proceso de afirmación del principio de la aplicabilidad directa y de toda aquella ulterior serie de principios que, como ya se ha indicado, han constituido el motor del proceso en continua evolución que ha llevado a la transformación del Derecho del Mercado Común en Derecho Comunitario”<sup>6</sup>

3. El sistema de interpretaciones prejudiciales por la naturaleza de su función, obviamente debe ser obligatorio para los jueces que enfrentan la aplicación de normas comunitarias, cuando estos fueren de única o última instancia en la causa en cuestión; y opcional para que aquellos magistrados nacionales que se encuentran con la necesidad de aplicación de tal tipo de normas, cuando éstos no fueren de única o última instancia en la causa en cuestión. Aunque con matices diferentes, este es el sistema prevalente tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, dos procesos de integración con mucho mejor desarrollo institucional que el nuestro. La única diferencia es que en la Unión Europea se aplican las teorías del acto claro y del acto aclarado para eximir excepcionalmente a los magistrados de la obligación de la remisión de la opinión consultiva. A nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no solo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general. Primero, porque dada nuestra realidad coadyuva mejor a la concientización de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de Integración) y segundo, porque si bien a riesgo de ser innecesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El derecho es y debe ser siempre evolutivo.

4. A su vez en nuestro régimen actual, lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria en las circunstancias precedentemente esbozadas, ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término es característica de todo tribunal su imperatividad, pero mucho mas que ello, con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que deber ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme en todo el territorio integrado, objetivo por lo demás declarado por el guión cuarto del Artículo 2 de la Decisión CMC N° 25/00 (“Art. 2.- Sin perjuicio de la consideración de otros temas que pudieran ser propuestos por los Estados Partes serán analizados los siguientes:....- Alternativas para una interpretación uniforme de la normativa MERCOSUR”) que fue el antecedente del PO. Tanto en el sistema centroamericano de integración como en el caribeño, así como en la Unión

<sup>3</sup> Benadava, Santiago. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago, Chile. Pag. 324

<sup>4</sup> Sanchez Miralles, Samantha. Publicaciones Jurídicas Venezolanas – www.zur2.com/fp/samantha.htm. Benadava como Sanchez Miralles están a su vez citados en el trabajo presentado por el Dr. Wilfrido Fernández sobre “El Mercosur y el Tribunal Permanente de Revisión: la Opinión Consultiva” al primer Encuentro de los Magistrados de la Cortes Supremas de la Comunidad Andina, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Lima y Arequipa, Perú - 12, 13, 14 de octubre, 2005.

<sup>5</sup> Vigil Toledo, Ricardo. La Solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino. Trabajo presentado a la XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados – Madrid, 22-26 de junio, 2004. Pag. 14.

<sup>6</sup> Mengozzi, Paolo. Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Editorial Tecnos. Madrid – 2000. Pag. 259

Europea y en la Comunidad Andina, cualquier respuesta del tribunal comunitario a consultas prejudiciales que le remitan los jueces nacionales es siempre vinculante<sup>7</sup>. Nuestro sistema actual, siempre lamentablemente, no tiene parangón en el Derecho Comparado. Visto lo anterior y teniendo en cuenta lo previsto en el Art. 1 de la reciente Decisión CMC N°09/07, a cuyo tenor, el CMC instruye “al Grupo de Alto Nivel para la Reforma Institucional del Mercosur..... a elaborar y someter al Consejo del Mercado Común, antes de fines de junio de 2007, ajustes al Protocolo de Olivos en base a las propuestas de los Estados Partes”, instamos pues muy respetuosamente a que en un futuro cercano, las autoridades pertinentes mejoren las características, hoy día ya absolutamente uniformes en el derecho comparado en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta de este TPR. Se deja expresa constancia de que varios representantes de las Cortes Supremas de Justicia del Mercosur ya se han pronunciado en tal sentido, en ocasión de las diversas reuniones anuales del Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados, que son llevadas a cabo actualmente en Brasilia en la sede del Supremo Tribunal Federal. A su vez, siendo esta la primera oportunidad que este TPR interviene en el marco de una opinión consultiva, es dable destacar que en el marco del Derecho Comparado, los Tribunales Supremos de los respectivos Estados Miembros no desarrollan ninguna función o competencia vinculada a la tramitación de las consultas prejudiciales que son dirigidas por los jueces nacionales. Por tal razón, este Tribunal desea llamar la atención sobre este importante aspecto, en la esperanza de que los órganos competentes legislen mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas, de manera tal que se permita el contacto mas directo y expedito posible entre este Tribunal y los jueces nacionales consultantes, a fin de respetar y observar la naturaleza y finalidad de tales consultas.

5. Que ante la pobreza normativa de nuestro régimen en el tema de las Opiniones Consultivas, es justo y necesario deslindar claramente en esta primera opinión consultiva lo que el TPR puede hacer y debe hacer, y lo que el magistrado consultante puede y debe hacer. Ello a fin estructurarse ab-initio un mecanismo institucional de reparto de competencias en base a lo aconsejado por la unánime doctrina y jurisprudencia del Derecho Comparado. En efecto, es competencia del TPR, interpretar el derecho del Mercosur, siendo competencia del magistrado consultante el aplicar esa interpretación del TPR (lamentablemente no es vinculante nuestra opinión), así como interpretar el derecho nacional (derecho interno e internacional) y aplicarlo al caso. El TPR solo puede referirse a los hechos que hacen al caso, pero nunca emitir juicio de valor sobre los mismos. En consulta sobre este punto al Ex Presidente de TJCA y ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Republica Bolivariana de Venezuela Doctor Moisés Troconis, este afirma textualmente: “El Tribunal no puede interpretar sino la ley común; la cuestión a interpretar solo puede conducir a un juicio de derecho, no a un juicio de hecho; y la providencia del Tribunal no puede ser sino un acto de interpretación, no de aplicación. En cuanto al reparto de competencia entre el Tribunal Comunitario y los Tribunales Nacionales, cabe precisar que, si se trata de una controversia sometida al conocimiento de un Tribunal Nacional, en la cual se invoque o se plantee la aplicación de una norma común, el único ámbito de competencia del Tribunal Comunitario es el de rendir la interpretación de la ley común que se le solicite. En cambio, será de la competencia del Tribunal Nacional la valoración de los hechos constitutivos de la controversia, el uso no vinculante de la interpretación de la ley común rendida por el Tribunal Comunitario, y la aplicación a la controversia tanto de la ley nacional como de la ley común.” (correo electrónico del 31/01/2007)

#### C. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACION SOBRE LA LEY NACIONAL

1. Las tres características básicas del derecho comunitario son: i) la aplicación inmediata ii) el efecto directo iii) la prevalencia normativa sobre derecho interno. En la Unión Europea el jurista español Ricardo Alonso Garcia, brinda un claro y detallado comentario sobre el concepto y evolución de tales características<sup>8</sup>. Igualmente, el Ex-Presidente del TJCA, Dr. Walter Kaune, hace otra interesantísima reseña de tales características en la experiencia andina<sup>9</sup>. En esta oportunidad debemos centrarnos sobre la tercera característica arriba citada. En relación a la misma, resulta evidente que esta causa le da al TPR la oportunidad de una creación pretoriana para insertarla dentro del régimen jurídico comunitario mercosureño, lo cual es perfectamente posible dada nuestra presente normativa en vigencia. Siendo ello así, se concluye que tal tercera característica es perfectamente insertable dentro de nuestro derecho de integración, con lo cual este TPR cumple su responsabilidad institucional al respecto declarándolo así.

<sup>7</sup> Se aclara de que en el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), no existe aún la obligatoriedad de parte del magistrado nacional de formular la consulta, pero una vez formulada la misma, la decisión de la Corte Centroamericana de Justicia es vinculante

<sup>8</sup> Alonso Garcia, Ricardo. Las Sentencias Básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Madrid, España - 2003. Pag. 483 y sgts.

<sup>9</sup> Kaune, Walter. La Necesidad de la Integración y el Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario — Trabajo publicado en el libro editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “De la Necesidad de la Integración y su Proyección; Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario – Comunidad Andina – Mercosur – Abril 2004 – Pag. 41 y sgts.

2. Ha sido hasta la fecha un error constante tanto de la jurisprudencia como de la doctrina existente, el solo recurrir al argumento de la prevalencia del tratado sobre la ley para sostener la prevalencia o no del derecho del Mercosur sobre el derecho nacional. Si bien este es un argumento jurídicamente correcto, nunca debe constituirse en el argumento principal para el arribo a tal conclusión.

3. El argumento principal debe ser siempre este: el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no solo del Derecho de Integración, sino del proceso de integración en sí mismo, o en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) se pondría "en tela de juicio la base jurídica misma del Mercosur". La anterioridad o posterioridad de la norma nacional deviene absolutamente irrelevante<sup>10</sup>.

4. Respecto a ello, con las distancias del caso, parafraseamos al tratadista Luis Ignacio Sánchez Rodríguez citado por Walter Kaune cuando dice: "entre los principios rectores del Derecho Comunitario la primacía de este sobre los ordenamientos nacionales ocupa un lugar dominante, en consecuencia los conflictos entre las normas comunitarias y las normas nacionales deben resolverse mediante la aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria"<sup>11</sup>. A su vez, Ricardo Alonso comentando el histórico fallo europeo conocido como Flaminio Costa – Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 15 de julio de 1.964, donde se estableció jurisprudencialmente el principio de la primacía del derecho comunitario enseña: "ya en el asunto Flaminio Costa (1.964) apuntó el TJCE su aproximación al principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno en términos absolutos y globales, i.e. del Derecho Comunitario considerado en su conjunto, incluido el de rango constitucional – según consagrara Internationale Handelsgesellschaft (1.970) – en sus aspectos mas esenciales... Ello no obstante, así como todos los Estados Miembros han aceptado al día de hoy dicha primacía sobre la ley interna, que se traduce, según puso de manifiesto el TJCE en el asunto Simmenthal (1.978), de inaplicarla al caso concreto por su propia autoridad (esto es, sin esperar su propia depuración por el legislador o la jurisdicción constitucional), no sucede lo mismo con el propio texto constitucional, cuyo valor de norma suprema sigue siendo defendido por los mas altos Tribunales nacionales"<sup>12</sup>.

5. Es asimismo tajante la siguiente jurisprudencia: 'El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros ... En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo el derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común ... El derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan sólo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias. Ello no obsta, por supuesto, para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional o inexecutable toda norma que sea incompatible con el derecho común ...' [TJCA, sentencia de 21 de agosto de 2002, proceso 34-AI-2001, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 839, 25/09/02 (recordando la sentencia dictada en el proceso 2-IP-90)].

6. Finalmente, Alejandro Daniel Perotti tiene el mérito indiscutible dentro del Mercosur de haberse percatado de esta cuestión. En efecto, sostiene Perotti, recordándonos el origen pretoriano de la prevalencia del derecho comunitario en la Unión Europea: "el origen del principio de primacía según el mismo tribunal comunitario, no debe buscarse en previsiones o reconocimientos del derecho nacional de los Estados que participan del proceso de la integración, sino en la propia naturaleza del

<sup>10</sup> TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, EEE 1964-1966, pág. 99 (considerando décimo). A su vez, dada su similitud con el presente asunto, resulta interesante recordar el siguiente pasaje de dicho caso pionero (considerando octavo): "Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento; que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado...; que las obligaciones contraídas mediante el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían incondicionales, sino solamente eventuales, si pudieran quedar cuestionadas por los actos legislativos futuros de los signatarios;"

<sup>11</sup> Kaune, Walter. Obra citada en nota de pie n° 8 – Pag. 43

<sup>12</sup> Alonso García, Ricardo. Obra citada en nota de pie n° 7 – Pags. 57 y 58

*derecho de la comunidad.*” (Los Principios del Derecho Comunitario y el Derecho Interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el Derecho del Mercosur – Alejandro Daniel Perotti - Montevideo 12 de febrero de 2006 - pág. 23). Perotti historiando con profundidad el desarrollo del principio de la prevalencia de la norma comunitaria en la Comunidad Andina señala: “aun mas contundente fue el tribunal en el proceso 1-IP-87 (A.Volvo), al sostener *“que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionalista”*. (Perotti, obra citada, pagina 27). A su vez, ya comentando la aplicabilidad de la prevalencia normativa de nuestro derecho de integración mercosureño sostiene: *“efectivamente, el Tratado de Asunción y sus instrumentos complementarios se distinguen claramente de los tratados internacionales clásicos, en tanto han dado origen a un ordenamiento jurídico propio distinto pero integrado en el derecho propio, cuyo obligatoriedad se impone a las autoridades nacionales, incluyendo a los jueces de los Estados Así mismo, la entrada en vigencia del derecho del Mercosur en el derecho interno “y mas en general los términos y el espíritu del tratado tienen como consecuencia la imposibilidad de que los estados hagan prevalecer contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento”. De lo contrario, permitiéndose la legitimidad jurídica de normas nacionales incompatibles con el derecho del Mercosur, ello provocaría, de una parte la violación del Art. 38 del POP<sup>13</sup> y, de la otra una situación discriminatoria prohibida en el marco regional.* (Perotti, obra citada paginas 32, 33 y 34). Concluye finalmente Perotti que: *“tal como se ha podido comprobar, la preeminencia del Derecho del Mercosur no esta basada, jurídicamente, en una permisión, autorización o reconocimiento por parte del Derecho Nacional o Internacional, ni aun cuando ello fuere sostenido en base a la doctrina judicial de los Tribunales Supremos de los Estados miembros. En efecto, el principio de primacia, del Derecho del Mercosur, se deriva de la naturaleza misma de la norma regional, de su esencia, de su finalidad y del propio sistema instrumentado a partir del Tratado de Asunción”* (Perotti, obra citada – pág. 36).

#### D. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACION SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y PRIVADO

1. Por los mismos argumentos citados, igualmente el derecho de integración (o sea aunque no fuere aún derecho comunitario pleno) debe prevalecer sobre el derecho internacional público y privado de todos los Estados Partes, independientemente de que tales normas de estas dos ramas del Derecho Internacional, fueren anteriores o posteriores a la norma del Derecho de Integración. No sería lógico posibilitar el incumplimiento de una normativa mercosureña de parte de uno de los Estados Partes mediante la alegación de un compromiso instrumentado en un tratado de carácter bilateral, multilateral o de la índole que fuere, como justificativo de tal incumplimiento. Siempre en esa hipótesis, el Derecho de Integración así como el proceso de integración por sí mismo perdería por completo su naturaleza y finalidad.

2. El Derecho de Integración y el Derecho Comunitario originario, si bien tienen su origen en una fuente propia del derecho internacional como lo son los tratados – por ejemplo, el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Olivos, etc. –, a partir de su entrada en vigor adquieren evidentemente absoluta autonomía e independencia del ordenamiento internacional<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> El autor se refiere al Protocolo de Ouro Preto. En adelante siempre citado como POP.

<sup>14</sup> En tal sentido, el TJCE ha destacado desde un primer momento – en conceptos aplicables al MERCOSUR – que «Considerando que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales;» [TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, EEE 1964-1966, pág. 99 (considerando séptimo)].

La misma doctrina puede percibirse en la jurisprudencia del Tribunal *ad hoc* [ver, TAHM, laudo de 4 de abril de 2003, Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos complementarios con la Normativa Mercosur que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona, asunto 1/03, BOM N° 24, 2003, págs. 179 a 204 ( §VIII:63: «63. Sin perjuicio de que la exceptio non adimpleti contractus, que Uruguay extrae sustancialmente del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no se entiende pueda resultar extensiva a situaciones que no encuadren en los extremos específicamente contemplados en dicho texto, y en particular, no se entiende pueda resultar extensiva a normativa derivada de la intervención de órganos creados en el seno de un sistema de integración regional con poderes para la elaboración de reglas comunes, lo cierto es que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito, ante un ordenamiento “organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”) ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia.]; así también, TAHM, laudos de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM N° 9, junio, 1999, pág.

Si bien es cierto que las normas de un proceso de integración pueden regular cuestiones de naturaleza de derecho internacional privado – en el sentido de regular situaciones con puntos de conexidad jurídica con derechos de dos o más Estados Partes –, y así sucede con determinadas normas del MERCOSUR, de la Comunidad Andina y de la Comunidad Europea, tal circunstancia no hace novar la naturaleza jurídica de derecho de la integración con la que ellas nacieron y se originaron. Por tal razón, en tanto normas del derecho de la integración – aún cuando regulen situaciones iusprivatistas –, las mismas están revestidas, evidentemente, de la nota de aplicación prevalente sobre las normas nacionales e internacionales. A mayor abundamiento, el Art. 34 del PO ya ha sido claramente interpretado y deslindado por este mismo Tribunal en su primer Laudo (Laudo N° 1/2005 de este TPR de 20 de diciembre de 2005, pág.)<sup>15</sup>.

#### E. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACION POR SOBRE EL ORDEN PUBLICO NACIONAL E INTERNACIONAL

1. Pueden distinguirse dos modalidades de orden público: i) el orden público nacional ii) el orden público internacional. En un sistema de integración, en realidad lo que existe es un orden público regional que precisamente hace imperiosa la prevalencia de la norma de un derecho de integración por sobre cualquier otra ley nacional en sentido lato, que pudiere ser correctamente tipificada como de orden público en cualquiera de sus dos modalidades. Es precisamente ese orden público regional, el custodio y la garantía de la imperatividad de cualquier norma del Derecho de Integración, y en consecuencia este concepto de orden público regional debe prevalecer como regla general por sobre cualquier otro concepto de orden público, dentro del espacio de integración en cuestión. Además, en el marco de un proceso de integración el orden público nacional deberá ser interpretado teniendo en cuenta el orden público regional que cabe a este TPR interpretar, de esta manera el orden público nacional resulta enriquecido por el orden público regional, consecuencia de la participación del estado en una comunidad de derecho de orden regional. Dentro del orden público regional puede mencionarse el respeto de los derechos fundamentales de la persona, los cuales, por lo demás, no resultan lesionados, en el ius iudice, por las disposiciones del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, antes citado.

2. No obstante, en reiteradas ocasiones, como ocurre con el artículo 5 del PBA, las normas regionales suelen remitir al derecho interno de los Estados Partes para determinadas situación o extremos, por lo cual, en tales supuestos, los jueces nacionales podrán aplicar dichas disposiciones. En este contexto, dicha remisión puede implicar para el juez local el hecho de tener que aplicar normas que hacen al orden público nacional. El juez nacional, al momento de aplicar dichas disposiciones nacionales, en particular las vinculadas al orden público interno, deberá considerar, necesariamente, que aquellas normas y este concepto deben ser interpretados teniendo en cuenta la participación del Estado Parte en el proceso de integración, razón por la cual, la misma deberá ser efectuado de forma concordante entre el derecho del MERCOSUR y el derecho nacional. En tal sentido, el juez nacional deberá tener en consideración que, en lo que hace al orden público interno, dicho concepto no ha de ser interpretado de forma aisladamente nacional, sino teniendo un cuenta el marco comunitario o regional. Tal exigencia se desprende, entre otros fundamentos, de la necesidad de garantizar la interpretación y aplicación uniforme de las normas del MERCOSUR, en su vinculación con las disposiciones nacionales eventualmente aplicables, así como en el patrimonio jurídico común que existe entre los ordenamientos de los Estados Partes.

3. Por lo demás, lo mencionado encuentra recepción en la jurisprudencia de algunos tribunales supremos de los Estados Partes. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde antiguo, *«ha destacado las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacional que la República Argentina ha hecho propias, así como la necesidad de prevenir la eventual responsabilidad del Estado Nacional por los actos de sus órganos internos que no se ajusten a los compromisos internacionales»*<sup>16</sup>, habiéndose referido también dicho Tribunal a la necesidad de abordar el concepto de orden público atendiendo a las relaciones internacionales establecidas por el Estado<sup>17</sup>. Dicha doctrina judicial, evidentemente, preserva conceptos importantes del derecho interno,

227 (§57); y de 27 de septiembre de 1999, Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo, asunto 2/99, BOM N° 11, diciembre, 1999, pág. 263 (§55); de 29 de septiembre de 2001, Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de bicicletas de Origen Uruguayo, asunto 2/01, BOM N° 19, diciembre, 2001, pág. 321 (§3.1).

<sup>15</sup> Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el Recurso de Revisión presentado por la Republica Oriental del Uruguay c/ el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 25 de octubre de 2005, en la controversia "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay".

<sup>16</sup> CSJN "Ekmejdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992 (Fallos 315:1492; considerando 19 del voto de la mayoría); "Fibraca Constructora S.C.A.c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", 07/07/1993 (Fallos 316:1669; considerando 3º), y "Cafés La Virginia S.A. s/Apelación (por denegación de repetición)", 13/10/1994 (Fallos 317:1282; considerando 27 del voto concurrente del juez Boggiano).

<sup>17</sup> CSJN, "Solá, Jorge Vicente s/sucesión ab intestato", 12/11/1996 (Fallos 319:2779).

sin olvidar, en su aplicación a un caso determinado, las implicancias de la participación del Estado en un proceso de integración.

En el mismo sentido puede entenderse la tendencia en el derecho uruguayo, en particular a la luz del Proyecto de Ley denominado "Ley General de Derecho Internacional Privado" (elevado por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General en 2004, a instancia del entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Prof. Dr. Didider Operti), el cual, como se explica en su Exposición de Motivos, ha utilizado como fuentes, entre otros, varias normas del MERCOSUR<sup>18</sup>. Dicho Proyecto, que tuvo por finalidad principal adecuar las normas uruguayas en la materia (que datan de 1941) al desarrollo del derecho internacional privado, expresa particularmente que tales cambios en el ámbito internacional "determina la conveniencia de contar con normas jurídicas adecuadas tanto en el plano internacional – en los tratados – como en el derecho interno; en este último escenario, con una regulación que contemple específicamente las necesidades del país en el ámbito de las relaciones privadas, aunque en *razonable armonía* con el contexto *regional* y universal"<sup>19</sup>. En idéntico sentido puede citarse la "Declaración de la Delegación de la República Oriental del Uruguay", al firmar los acuerdos de la CIDIP II.

4. Por los argumentos anteriores, resulta aplicable al caso la siguiente jurisprudencia del TJCE: "*por consiguiente, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, si le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante....De ello se deduce que el orden público del Estado requerido no puede oponerse al reconocimiento o a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado contratante por el solo hecho de que el tribunal de origen no haya respetado las normas del Convenio relativas a la competencia*" (TJCE, Sentencia del 28 de marzo de 2000, Dieter Krombach, asunto C-7/98, Rec.I-1935).

#### F. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCION INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL (PBA) – PROTOCOLO DE SANTA MARIA SOBRE RELACIONES DE CONSUMO (PSM)

1. Ab-initio antes de entrar a la interpretación del articulado del PBA, que estimamos aplicable al caso en cuestión, es preciso resaltar que el referido Protocolo fue aprobado y ratificado por todos los actuales Estados Partes. La República del Paraguay en particular lo hizo por Ley N° 597/95 y la República Argentina por Ley 24669/96. En consecuencia está legitimado tal Protocolo para tener prevalencia sobre la ley nacional de todos los Estados Partes del Mercosur.

2. Art. 1 PBA: esta norma es necesario interpretarla en cuanto a su inciso a) que cubre la hipótesis de que ambas partes estén domiciliadas o sediadas en diferentes Estados Partes. A primera vista parecería ser que el "requisito de conexión favorable" no fuere aplicable a tal caso por no estar el mismo mencionado en forma expresa, sino a continuación en el inciso b) que ya trata de otra hipótesis. Es necesario aclarar que el "requisito de conexión razonable" lo mismo rige para este inciso a) ya que como se verá más adelante al interpretarse el Art. 4 el típico ejemplo de obtención en forma abusiva de un acuerdo de jurisdicción, es haberse seleccionado una jurisdicción que no tenga una "conexión razonable" con el contrato y las partes involucradas.

3. Art. 2 PBA: la esencial interpretación que amerita el Art. 2 en relación al caso en cuestión es el inciso 6). En efecto, por este artículo y en especialidad por este inciso 6) quedan exceptuados los contratos de venta al consumidor, en razón de la especial protección que merecen la parte más débil en tal tipo de contratos. Vale decir, en los contratos de venta al consumidor no se puede aplicar el alcance que se le da a la autonomía de la voluntad por tal Protocolo para escoger foro y derecho aplicable. Asimismo, cabe consignar que precisamente el PSM de Relaciones de Consumo a la fecha no internalizado por ningún Estado Parte, solamente puede ser invocado como un marco referencial doctrinario o como soft law dado que aún no se encuentra en vigor. Ricardo Alonso aclara: "*La expresión anglosajona soft law caracteriza aquellos instrumentos carentes por sí mismos de fuerza vinculante pero no de efectos jurídicos*"<sup>20</sup>. No obstante, cabe interpretar sin duda alguna con o sin tal marco referencial citado, que dentro del Mercosur y dada la intención legislativa de este artículo 2 interpretado, no cabe la aplicación del presente Protocolo cuando una de las partes involucradas en el contrato no es un consumidor final. Nada obsta a que también se concluya de que un consumidor final pueda ser una persona física o jurídica<sup>21</sup>. En efecto, los profesores Paula All y Adriana Dreyzin de Klor

<sup>18</sup>Proyecto de Ley "Ley General de Derecho Internacional Privado", N° R/1293, elevado por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores) a la Asamblea General, el 14 de septiembre de 2004.

<sup>19</sup>La cursiva fue agregada.

<sup>20</sup> Alonso García, Ricardo. Obra citada - Pág. 36.

<sup>21</sup> Resultan muy instructivos dos trabajos que se citan: 1) Consideraciones Generales sobre el Artículo 2 del Proyecto de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentado por Brasil. Profesores Paula M. All y Adriana Dreyzin de Klor – Foro de Expertos en Materia de Protección de Consumidores para la Preparación de la CIDIP VIII - OEA. 2) Consideraciones Generales sobre el Artículo 1 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en

en el segundo trabajo mencionado en nuestra nota al pie número 18 sostienen concretamente hablando sobre el concepto de consumidor en el derecho comparado en general: *"En una primera aproximación al tema puede apreciarse una noción amplia de consumidor y una más restringida. Desde la primera, el consumidor es asimilado a la figura del adquirente y tal noción es utilizada por aquellas legislaciones cuyo objetivo es la protección preventiva al consumidor. Desde la segunda, los criterios para calificarlo se dividen y encontramos que se define al mismo como aquel adquirente que satisface un uso privado, familiar o doméstico, o que la actividad que lleva a cabo no es profesional"*<sup>22</sup>.

Concluimos que evidentemente la intención legislativa del artículo 2 inc. 6 del PBA acogió la segunda modalidad de conceptualización, vale decir, la más restringida. Es más, el PBA, al exceptuar del ámbito de su aplicación a los contratos de venta al consumidor evidentemente debe acoger "la interpretación finalista" que solamente incluye como consumidor a aquel que compra un producto para uso propio o de su familia, siendo esta la única interpretación coherente con el fin de la norma interpretada y de todo el PBA en general. Asimismo, debe culminarse la interpretación de este artículo concluyéndose que los contratos de agencia, representación o distribución no están incluidos dentro de este inc. 6) ni dentro de ningún otro, y en consecuencia a tal tipo de contratos le es perfectamente aplicable este PBA.

4. Art. 4 PBA: tal vez sea la interpretación de este artículo la más relevante para el presente caso. El principio de la autonomía de la voluntad en contratos internacionales no es de larga data. Como mero dato histórico, y siempre sin emitir juicio de valor sobre ningún derecho interno, meramente se consigna que varios juristas<sup>23</sup> han tomado como ejemplo de ello, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1.889. Según los mismos, tal Tratado no había consagrado este principio. Tal opinión igualmente mencionaba que, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1.940, tampoco lo consagró en su total alcance posibilitando solo la elección de foro y derecho aplicable, cuando la legislación aplicable al contrato conforme al mismo Tratado así lo permitía. Solo ulteriormente en la última mitad del siglo XX, tal principio de autonomía de la voluntad en cuanto a foro y derecho aplicable a contratos internacionales empezó a tener concreción normativa. Así por ejemplo la Convención Interamericana de Derecho Internacional aplicable a Contratos Internacionales y precisamente el presente PBA objeto de esta Opinión Consultiva.

5. Art. 4 PBA: Esta norma consagra así la facultad de las partes intervinientes a elegir foro aplicable para cualquier cuestión emergente del contrato en cuestión con una sola condición, a la cual brevemente nos hemos referido precedentemente: que el acuerdo en cuestión no pudiese ser tipificado como obtenido en forma abusiva. El magistrado nacional al considerar la aplicación o no de esta excepción deberá cerciorarse de si ha existido o no en autos el acto abusivo: abuso del derecho en sus varias formas (abuso de posición, de oportunidad, de contratación) o el consecuente abuso de hecho o abuso circunstancial. Pablo Rodríguez Grez define al acto abusivo *"como aquel que consiste en ejercer un derecho subjetivo al margen de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho objetivo, obteniendo un provecho que sobrepasa este interés, sea o no intencionalmente, como consecuencia de romper el equilibrio original que prevalecía entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, al momento de gestarse la relación jurídica subjetiva y en el cual se fundan los derechos y obligaciones que en ella se resuelve"* (El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial - Pablo Rodríguez Grez - Editora Jurídica de Chile 1999- página 78). Siempre según el referido autor el abuso del derecho *"consiste en exceder o desviar el interés jurídicamente tutelado por la norma que consagra esta facultad"* (obra citada - página 7). Sigue enseñando el referido autor que: *"quien sirviéndose de las alteraciones producidas en el escenario fáctico en el cual el derecho subjetivo surgió (al activarse la hipótesis considerada por la norma) procura - consciente o inconscientemente - un provecho que sobrepasa los intereses protegidos, incurre en un "abuso circunstancial"; quien en este mismo contexto ejerce este mismo derecho aprovechándose de alteraciones temporales, incurrirá en un "abuso de oportunidad"; y quien invoca en su favor la mutación o modificación de los roles que al momento de generarse la relación había a cada parte ligada, incurrirá en un "abuso de posición"; y, finalmente, quien el ejercicio de su libertad contractual, consigue la satisfacción de un interés que la norma jurídica no ampara, incurrirá en un "abuso de contratación"* (obra citada - página 77). Finalmente, cabe destacar que: *"mientras el primero - el abuso del derecho- opera en la fase pretensional, el segundo - el abuso circunstancial - opera en la fase prestacional. Dicho de otra manera quien incurre en "abuso del derecho" invoca una facultad aparente y en ella funda su pretensión; quien incurre en "abuso circunstancial" exige una prestación que deriva de la extinción de una "situación jurídica intersuggestiva" (obra citada - página 10). Un ejemplo típico de como evidenciar la obtención abusiva de una elección contractual de foro o derecho aplicable, al menos si la elección es de un foro judicial, es la elección de un foro aplicable sin*

Materia de Protección de los Consumidores presentado por Brasil y Uruguay; también de autoría de los referidos profesores y presentados también al mismo foro citado. Ambos publicados en la página de la OEA <http://www.oas.org/>

<sup>22</sup> Segundo trabajo citado en la nota de pie anterior, Pág. 2

<sup>23</sup> Ver primer trabajo citado en la nota de pie N° 15 - Pags. 2 y 3.

una conexión razonable con el contrato y las partes involucradas. Milton Feuillade tiene una magistral síntesis comentando el Artículo 7 de L. PBA cuando dice: *"Pero es de destacar que la conexión razonable es el requisito interno de la competencia judicial internacional argentina ya anunciado y pretende excluir los fraudes judiciales, las jurisdicciones excesivas y el forum shopping"* (Competencia Internacional Civil y Comercial - Milton C. Feuillade - Editorial Abaco de Rodolfo Depalma - Buenos Aires - 2004 - pag. 137). Resulta obvio que la intención del PBA al incluir la excepción interpretada tiene un norte bien determinado: la protección a la parte débil de la negociación pertinente. También es dable interpretar que la partes involucradas pueden ser personas físicas o jurídicas a condición de que tipifiquen como particulares, lo cual a su vez conlleva a una exclusión de personas del derecho público. 6. Arts. 5 y 6 PBA: dejando tan solo de resalto que en cuanto al Art.5, la validez y efectos del acuerdo de elección de foro, debe regirse siempre por el derecho que fuere más favorable a la validez del acuerdo de referencia, se pasa a interpretar el Art. 6. en cuanto a lo que se considera aplicable al caso. La admisión voluntaria de la que habla este artículo requiere dos condiciones: i) que sea positiva y ii) que sea no ficta. Existe jurisprudencia mercosureña inclusive, que en otros escenarios han calificado a la excepción de incompetencia de jurisdicción como una admisión voluntaria de jurisdicción (obra citada - Milton Feuillade - pág. 143). Tal tipo de razonamiento de tales sentencias quedan descartadas para la interpretación del presente articulado precisamente por el requisito expreso de ambos extremos arriba citados. El Art. 6 al requerir tales ambos extremos restringe correctamente las hipótesis fácticas que puedan tipificar como admisión voluntaria de jurisdicción ya existiendo otro foro contractualmente pactado. Ilustrativamente, solo el contestar derechamente la demanda podría equivaler ab initio dentro del contexto de este Protocolo a una admisión voluntaria de jurisdicción. Con mayor razón aun, cualquier incidencia procesal previa a la acción de fondo o inmediatamente posterior a la misma que no sea un acto o actuación procesal con tales caracteres citados, no podrá ser tipificada como una admisión voluntaria que haga posible la proroga de jurisdicción vis a vis la jurisdicción contractualmente seleccionada.

#### G. SITUACION DEL NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PARA OPINIONES CONSULTIVAS AL TPR

1. **Cuestión de inaplicabilidad por irretroactividad:** la Magistrada Calvo dictó la providencia decidiendo la consulta a nuestro Tribunal en fecha 7 de setiembre de 2006, remitiendo la misma al Señor Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia del Paraguay por oficio de fecha 14 de octubre de 2006. Esta Excma. Corte Suprema de Justicia en forma errada, remite la consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay por oficio de fecha 15 de diciembre de 2006 (al respecto cabe destacar que las Corte Supremas de Justicia deben comunicarse directamente con el TPR, y no a través del Ministerio de Relaciones Exteriores), y finalmente este Ministerio a través de la Dirección de Asuntos Legales, remite la consulta a este Tribunal, la cual fue recibida por Secretaria en fecha 21 de diciembre de 2006. La Decisión del Consejo del Mercado Común, que aprueba este Reglamento, es la Decisión N° 02/07 de fecha 18 de enero de 2007. Este Reglamento deviene entonces inaplicable in totum al presente caso por el básico principio jurídico de la irretroactividad de la norma, considerando la mera reseña cronológica arriba expuesta.

2. **Cuestión de inaplicabilidad por inconformidad con el Derecho originario del Mercosur:** he aquí lo más grave.

i) El Reglamento de referencia contiene varios artículos que contrarian no solamente el derecho originario del Mercosur, sino los mismos principios generales del Derecho, incluyendo los principios generales de Derecho de Integración (Art.34 inciso 1-PO) Como primera sub-cuestión, cabe preguntarse si este TPR tiene o no competencia para estudiar y declarar inaplicable normas del derecho derivado que transgreden manifiestamente el derecho originario del Mercosur. La respuesta es afirmativa. En efecto, una lectura finalista de las normas mercosureñas, es decir que tengan en cuenta el contexto en el que se desarrolla un proceso de integración y los objetivos del mismo - entre ellos la seguridad jurídica -, demuestra que se impone una respuesta afirmativa a dicha sub-cuestión. En tal sentido, los giros normativos "cualquier cuestión jurídica comprendida" en el derecho del Mercosur e "interpretación jurídica de la normativa del Mercosur" contenidos respectivamente en los Art. 3 inciso 1 y 4 del RPO, analizados a la luz del espíritu y del sistema del PO - cuyo preámbulo afirma "Que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias" -, ameritan que en base tal fundamento normativo pueda conferirse a este Tribunal la posibilidad de pronunciarse sobre la inaplicabilidad de las normas del derecho derivado por violación de disposiciones del derecho originario del MERCOSUR, pues caso contrario este TPR se encontraría aberrantemente obligado a declarar aplicable y/o aplicar una norma del derecho derivado, aún cuando la misma estuviera en manifiesta contradicción al Tratado de Asunción o al resto del derecho originario, lo cual a su vez sería un contrasentido institucional de gravísimo nivel. A su vez, además de los referidos principios del Derecho de Integración, puede

considerarse que la atribución para proceder en tal sentido (inaplicabilidad de una norma derivada) surge implícita de la escala normativa del derecho del MERCOSUR (artículos 41 del POP, y 1, 34 y 39 del PO)<sup>24</sup>. En tal sentido, textualmente se lee en las conclusiones del informe final del Foro Constitucional Iberoamericano: "Así, debe interpretarse que el actual sistema permite, como mínimo, inaplicaciones al caso concreto de la normativa mercosureña, que los Tribunales Ad Hoc o el TPR consideren "ilegales" en el marco de las controversias de las cuales estén conociendo. Así también, debe interpretarse que el actual sistema permite al TPR pronunciarse acerca de dicha "ilegalidad" en el marco de las opiniones consultivas" (Informe final – Foro Constitucional Iberoamericano – 9 al 14 de Agosto de 2004 – Asunción, Paraguay – pag. 2). Se aclara que no estamos diciendo que este TPR tiene competencia en esta instancia para declarar la nulidad de los artículos en cuestión, pero si obviamente facultad para declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

ii) Desconocer la potestad del TPR para proceder conforme, significaría que los propios tribunales nacionales, tendrían entonces la competencia de declarar la incompatibilidad precedentemente mencionada, provocando entonces la vigencia no uniforme del derecho del Mercosur en el territorio de los Estados Partes, además de desnaturalizar por completo la competencia jurisdiccional de un tribunal comunitario (una vez más sin parangón alguno en el Derecho Comparado).

iii) El Laudo Arbitral del 4 de abril de 2003, ya había afirmado "*lo cierto es que el ordenamiento jurídico del Mercosur (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos como se ha descrito, ante un ordenamiento organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotados de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlos, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimientos y las violaciones*"<sup>25</sup>

iv) Citamos tan solo enunciativamente la Decisión CMC 25/00, el Preámbulo del PO donde se menciona expresamente la interpretación, aplicación y cumplimiento del Derecho del Mercosur en forma consistente y sistemática; el Preámbulo del RPO donde se habla de asegurar la efectividad de los mecanismos pertinentes y la mayor seguridad jurídica del proceso de integración, el Preámbulo de la Decisión CMC 30/05 (Reglas de Procedimiento del TPR), así como el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004/2006 aprobada por la Decisión CMC N° 23/06, donde en el ítem 3.2 reza textualmente: "*poner en funcionamiento el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur dotándolo de la infraestructura y recursos necesarios para el adecuado ejercicio de sus tareas*". Todo ello demuestra que la constante preocupación en el Mercosur ha sido lograr la mayor uniformidad posible en la interpretación del Derecho del bloque y al mismo tiempo la eficacia y efectividad del accionar de este Tribunal.

v) Específicamente entonces, el Art. 1 del Reglamento del Procedimiento para las Solicitudes de Opiniones Consultivas, viola flagrantemente las normas del Mercosur precedentemente citadas, porque de ninguna manera establece un mecanismo que asegure la uniforme interpretación del Derecho del Mercosur en los Estados Partes, dejando a cada país la regulación de las mismas en cuanto al trámite interno se refiere, así como otorgando poderes a cada Corte Suprema de Justicia a la hora de tramitar las opiniones consultivas. Por el contrario, el sistema establecido se estructura de manera tal a producir efectos totalmente contrarios a tales objetivos, y se logra desafortunadamente un derecho derivado que no solo está en absoluta inconformidad con el pertinente derecho originario, sino que da rienda suelta a la creación de un derecho derivado por cada Estado Parte, lo cual es inconcebible. Además, específicamente viola el Art. 3 del PO, pues el Consejo del Mercado Común no definió los procedimientos, sino que los delega inapropiadamente a cada tribunal interno.

vi) En cuanto al Art. 6 del Reglamento analizado, la frase "por intermedio de la PPT", en primer término le despoja al TPR de un atributo básico de cualquier tribunal: el control directo de las etapas y plazos que hacen al procedimiento de una causa ya iniciada ante el mismo. En segundo término, crea un sistema de absoluta y tajante desigualdad procesal, ya que será siempre la Coordinación Nacional del país que ejerza la Presidencia Pro Tempore, la que redistribuirá a las demás Coordinaciones Nacionales la documentación que hace al caso, venciendo los plazos de respuesta en fechas totalmente diferentes entre sí, sin que el TPR pueda hacer nada al respecto. Mucho menos asegurar siquiera su cumplimiento. En ambos extremos citados se viola el principio de la certeza y seguridad jurídica consagrado en el derecho originario del Mercosur, desnaturalizándose con todo ello el citado principio del fortalecimiento institucional del TPR (entre otros: Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional

<sup>24</sup> Perotti, Alejandro Daniel, "El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional", Revista DeCitas. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades, N° 3, 2005, ed. Zavalia, Buenos Aires, Argentina, págs. 558 a 560.

<sup>25</sup> Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur – Incompatibilidad del Régimen de Estimulo a la Industrialización de Lana Otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos Complementarios con la Normativa Mercosur que Regula la Aplicación y Utilización de Incentivos en el Comercio Intrazona, Asunto 1/03, BOM N° 24, 2003. Pag. 179

en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Protocolo de Las Leñas, el mismo PO y el mismo RPO). En tercer lugar el Art. 6 viola el Art. 13 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, aprobado por la Decisión CMC 23/05, ya en vigor en los cuatro Estados Partes. Es mas, el Parlamento ya ha sido inaugurado el 14 de diciembre de 2006. Se debió incluir en el Art. 6 al Parlamento del Mercosur, lo que implica otra violación de una obligación instituida en el derecho originario.

vii) En cuanto al Art. 11 del Reglamento analizado, no garantiza un mecanismo que asegure la participación de los particulares, ya que la forma de pago de los gastos desincentivará con toda seguridad las opiniones consultivas de todos los países, pequeños o grandes del Mercosur. Al limitar el acceso de los particulares infringe el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004-2006 aprobado por la decisión CMC 23-06. Asimismo mismo infringe el mismo Tratado de Asunción, que textualmente reza: "CONSIDERANDO que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social" (párrafo primero), "CONCIENTES de que el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina..." (párrafo quinto), "CONVENCIDOS de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes" (párrafo primero) (párrafo sexto) y "REAFIRMANDO su voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos" (párrafo séptimo); (los subrayados son nuestros). De ello se desprende, de una parte que la finalidad principal de la carta constitucional del MERCOSUR ha sido, en definitiva, mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos de los Estados Partes, lo cual se transforma en el objetivo básico y fundante del proceso de integración, y por otra parte que resulta incompatible con el derecho del MERCOSUR toda discriminación injustificada entre los ciudadanos de un Estado Parte y otro". Igualmente, este Art. 11 es discriminatorio en cuanto a la forma de pago de las consultas, según provengan de los Órganos del Mercosur, los países o las Cortes Supremas de Justicia. Esto viola la naturaleza y finalidad de la opinión consultiva con lo cual clara y terminantemente se puede hablar de una violación al PO, a su espíritu e intención legislativa. El PO reza en tal sentido que "RECONOCIENDO Que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias" y "CONSIDERANDO La necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática" (párrafos segundo y tercero)]. Además puede considerarse como violatoria de "la dinámica implícita en todo el proceso de integración y a la consecuente necesidad de adaptar la estructura institucional del Mercosur a las transformaciones ocurridas" (reconocida en el preámbulo del POP, párrafo cuarto). También es discriminatorio porque las opiniones consultivas tienen el objetivo de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de Integración del Mercosur, y pagando solo el Estado Parte del juez consultante, trae como conclusión un beneficio gratuito para los otros Estados Partes. Vale decir el Estado Parte que hace el esfuerzo por la consolidación institucional y jurídica del Mercosur, paga por todos los demás. Al ser un beneficio para todos los Estados Partes, habrá que aplicar el principio que rige en materia de presupuesto en la Secretaria del Mercosur, expuesto en el Art. 45 del POP (financiamiento por partes iguales de los Estados Partes). Esto último atenta inclusive contra el mero sentido común pero además, resulta indudable que el principio del no enriquecimiento ilícito está receptado como principio general del Derecho de Integración. Como se menciona, al limitar de esta forma el acceso de los particulares, el sistema creado, infringe el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004-2006, aprobado por Decisión CMC N° 26/03, ya que términos relativos costará mas a un Estado Parte que a otro, y en los hechos significará sin duda alguna que los particulares de un Estado Parte tendrán mas facilidad para acceder en opinión consultiva al TPR en relación con los particulares de otros Estados Partes, con lo cual nuevamente se provoca una discriminación. En las opiniones consultivas a diferencia de las controversias país-país, hay un interés directo común en todo el territorio del espacio comunitario. Se reitera que la opinión consultiva tendrá mucha mayor fuerza expansiva que la controversia país-país, en el sentido de que será de utilidad para todos los tribunales nacionales de los Estados Partes del Mercosur (no solamente beneficiará a la judicatura del magistrado consultante o a su país). La construcción del derecho del Mercosur es tarea común de todos los Estados Partes. El Art. 11 profundiza flagrantemente las asimetrías porque no le sale lo mismo, en términos de PIB, una consulta al Uruguay que al Brasil y por ello, el sistema adoptado va frontalmente en contra de la política adoptada por el Mercosur de reducir la asimetría, en este caso económica. El sistema adoptado va a provocar con toda seguridad que haya países que ante una cuestión presupuestaria limiten y restrinjan subrepticamente - a través de las Cancillerías y las Cortes - los pedidos de sus jueces consultantes. Ello provoca a su vez que se infrinja la política de asimetría del Mercosur, política que implica la

eliminación de los grados de desarrollo diferenciado que puede provocar el proceso de integración, y que tuvo su plasmación normativa en el POP, al mencionar su preámbulo que "(los Estados Partes) Reafirmando los principios y objetivos del Tratado de Asunción y atentos a la necesidad de una consideración especial para los países y regiones menos desarrollados del Mercosur". Esto siguió luego siendo desarrollado a lo largo de una vasta actividad legislativa del Mercosur (traducida en varios Protocolos, Acuerdos y Decisiones sobre Asimetrías).

viii) En suma, los artículos citados devienen inaplicables por su absoluta inconformidad con el derecho originario del Mercosur mas arriba expuesto.

### **3. Cuestión de inaplicabilidad por inconformidad con el Derecho originario del Mercosur de la Resolución del Grupo Mercado Común 02/07**

Esta resolución autoriza a la Republica del Paraguay a solventar los gastos derivados de la tramitación de esta opinión consultiva. Brevitatis causa, por los mismos argumentos ya mencionados esta resolución deviene igualmente inaplicable por su manifiesta inconformidad con el Derecho originario del Mercosur.

### **4. Carácter vinculante de las declaraciones de inaplicabilidad.**

Es obvio que esta opinión consultiva para la Magistrada consultante, no es vinculante para la misma (Art. 11 del RPO). Ahora bien, la inaplicabilidad decretada en los ítems 2 y 3 precedentes, constituye una cuestión interna del Mercosur, es decir, una cuestión que afecta al TPR con el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común y la Secretaria del Mercosur. En razón de ello, esta declaración de inaplicabilidad debe ser vinculante, siendo ella una cuestión ajena a la Magistrada consultante. Esta obligatoriedad debe ser determinada por el TPR, al ser este, junto con los Tribunales Ad Hoc los órganos exclusivos del Mercosur facultados a proceder a la interpretación y aplicación de las normas del Mercosur. Los artículos 2.1 y 3 de las Reglas de Procedimiento del TPR así lo confirman. Asimismo, dada la trascendencia institucional de una declaración de inaplicabilidad de una norma del Mercosur, deviene absolutamente necesario que se establezca que dicha declaración es y debe ser obligatoria. Sostener lo contrario, implicaría una gravísima situación institucional ya que ello comportaría el hecho de que una norma del Mercosur de Derecho derivado reconocida por el TPR como incompatible con el Derecho originario del Mercosur, fuere susceptible al mismo tiempo de ser aplicada por los órganos del bloque que estén involucrados en su elaboración y cumplimiento.

### **H. HONORARIOS Y GASTOS DEL PRESENTE CASO**

1. Siendo inaplicable el Reglamento establecido, conforme a lo precedentemente expuesto, entendemos que este Tribunal está perfectamente habilitado conforme a la normativa vigente, a establecer la forma de pago de los mismos.

2. La opinión consultiva, dada su naturaleza, si bien surge dentro del contexto de una controversia nacional, es la función más importante de un tribunal comunitario, según nos enseña indiscutiblemente la experiencia histórica en el Derecho Comparado. A diferencia de una controversia país-país, en una opinión consultiva existe un interés social común, ya que la interpretación y aplicación uniforme del derecho de integración beneficia por igual a todos los Estados Partes, según ya se dejó esbozado.

3. En consecuencia, lo correcto es estipular que la presente opinión consultiva sea sufragada en cuanto a honorarios y gastos se refiere, en forma proporcional e igualitaria, por todos los Estados Partes del Mercosur, con los fondos existentes de cada una de las sub-cuentas nacionales del Fondo Especial para Controversias, estructurado por la Decisión CMC N° 17/04.

4. Sin perjuicio de la determinación de este Tribunal – acerca de que los gastos de la presente Opinión Consultiva deberá ser sufragada por partes iguales, por todos los Estados Partes, a partir de las Cuentas Nacionales del "Fondo Especial para Controversias" previsto en la Decisión CMC N° 17/04 –, debe señalarse que la efectivización del pago a cada uno de los integrantes del Tribunal deberá ser realizada por la Secretaria del MERCOSUR dentro del plazo de 30 DÍAS siguientes a la emisión de esta Opinión Consultiva. En el caso en el que para la fecha indicada, la Cuenta Nacional de algún Estado Parte no disponga de fondos suficientes para afrontar, en parte o la totalidad, de los gastos del integrante del Tribunal a que corresponde su nacionalidad, la Secretaria del MERCOSUR deberá, obligatoriamente, proceder a descontar los fondos faltantes de las Cuentas Nacionales de los demás Estados Partes, en forma igualitaria, debiendo posteriormente – cuando existieran fondos en la cuenta faltante – realizar las compensaciones y traspaso de cuentas pertinentes.

La competencia de este Tribunal para determinar la presente forma de pago surge implícita del artículo 36 del Protocolo de Olivos, interpretado a la luz del preámbulo de dicho Protocolo y, más en general, del sistema y del espíritu del mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR. En tal sentido, no debe olvidarse que, tal como lo mencionó el Tribunal *ad hoc*, el Derecho del MERCOSUR debe ser interpretado de una manera global (interpretación sistemática). En efecto, tal Tribunal sostuvo en su momento, que *«la tarea del Tribunal no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto, art. 41), interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados Partes asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador*

común»<sup>26</sup>; entendimiento éste que ha sido también acompañado por este Tribunal Permanente, en su asunto TPR-1/06 (neumáticos recapados)<sup>27</sup>.

#### I. RESALVA DE DISIDENCIA

Este preopinante deja constancia de su disidencia en cuanto a la providencia de traslado por treinta días corridos decretada por este TPR en mayoría, en fecha 1 de febrero de 2006, a las Coordinaciones Nacionales del GMC, porque en la oportunidad en que fue dictada transgredía el Art. 7 del Reglamento del PO, entre otros motivos. Asimismo se deja constancia de que por principio estamos totalmente de acuerdo en el traslado de cada petición de opinión consultiva a tales Coordinaciones Nacionales por ser institucionalmente muy correcto ese paso, pero siempre en la oportunidad procesal adecuada, y no a destiempo.

A su turno el Dr. Nicolás Becerra expone:

#### A) Relación fáctica del caso.

1. El día 22 de mayo de 2000, la sociedad argentina "Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A." celebró un contrato de distribución con la sociedad paraguaya "Norte S.A. Importación - Exportación". En la cláusula 22 del referido contrato se estableció: "22.1. Ley aplicable: el presente contrato, todos los términos del mismo y la relación entre las partes estará exclusivamente regida y se le aplicarán las leyes sustantivas argentinas. Las partes acuerdan dar plena vigencia a la normativa incorporada por el MERCOSUR, entre los Estados Parte, que regula las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías, sometiéndose a lo establecido por el Protocolo de Buenos Aires. 22.2. Jurisdicción: cualquier controversia o petición que surja del contrato o esté relacionada con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referente a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al período de finalización o validez del mismo, será exclusivamente establecido en los tribunales de ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina".

2. "Norte S.A. Importación - Exportación" demandó ante la Jurisdicción de Asunción, República del Paraguay, a "Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A." por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual. La demandada opuso la excepción previa de incompetencia, sustentando su posición en la existencia de un acuerdo sobre elección de foro, al amparo de lo establecido por el artículo 4 del "Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual" (en adelante PBA) y su aplicación prevalente sobre la Ley paraguaya N° 194/93. La actora, al contestar el excepcionamiento, rechazó la argumentación de la excepcionante, invocando en lo sustancial los siguientes extremos: a) el carácter irrenunciable de la Ley paraguaya N° 194/93; b) que el caso encuadra dentro de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del PBA ("contrato de venta al consumidor"); y c) que corresponde la aplicación del "Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo" (en adelante PSM). Asimismo petitionó a la Señora Juez que elevara los antecedentes del caso a la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, a los efectos de que ésta solicitara al TPR del MERCOSUR una opinión consultiva, de conformidad con el artículo 3 del "Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR" (en adelante PO).

#### B) Régimen normativo de las opiniones consultivas. Competencia del TPR.

4. Que el PO en su Art. 3° ha autorizado al Consejo del Mercado Común a establecer mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas. A su vez el Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante RPO) en su Art. 2°, ya ha autorizado la petición de opiniones consultivas a este Tribunal, habilitando a solicitarlas, entre otros, a los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. Asimismo, el Art. 4° del RPO se refiere al tema estipulando que las opiniones consultivas deberán abarcar exclusivamente cuestiones atinentes a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur,

<sup>26</sup>TAHM, laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM N° 9, junio, 1999, pág. 227 [considerando §49, ver asimismo considerandos 50, 51 y 85 (i)]; en igual sentido similar laudos de 10 de marzo de 2000, Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MEOySP), asunto 1/00, BOM N° 13, junio, 2000, pág. 115 (considerandos III.D.3), y de 6 de septiembre de 2006, Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, asunto TAH-1/06 (considerandos II-G:155 y III-186; pendiente de publicación en el Boletín Oficial del MERCOSUR, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

<sup>27</sup>TPR, aclaratoria de 13 de enero de 2006, laudo de revisión Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/06 (considerandos 2:VII, 2:XII y 2:XXIX; pendiente de publicación en el Boletín Oficial del MERCOSUR, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

siempre que se vinculen con causas que estén siendo tramitadas en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante.

5. En el inc. 2) del art. 4 del RPO, se establece que el procedimiento para solicitudes de opiniones consultivas debe ser reglamentado, lo cual ha sucedido como consecuencia del dictado de la Decisión N° 02/07 de fecha 18 de Enero de 2007.

De las normativas mencionadas surge claramente la competencia del TPR para emitir la opinión consultiva requerida, toda vez que éstas habrán de referirse 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 del CMC.

En el caso que nos ocupa se trata de interpretar el Protocolo de Buenos Aires (en adelante PBA), que fuera oportunamente aprobado y ratificado por todos los actuales Estados Partes. La Republica del Paraguay lo hizo por Ley 597/95 y la Republica Argentina por Ley 24.669/96.

#### **C) Naturaleza y alcance de la Opinión Consultiva.**

En el marco de un sistema de integración, las opiniones consultivas emanadas de un Juez Nacional y dirigidas a un Tribunal Comunitario deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales, toda vez que el Juez Comunitario debe interpretar el derecho de integración – en este caso Mercosureño –, quedando claramente definido que la aplicación de tal interpretación, resulta de exclusiva competencia jurisdiccional del Órgano Judicial que ha formulado la consulta.

#### **D) Protocolo de Buenos Aires. Su aplicabilidad.**

La organización comunitaria Mercosureña desarrolla su "Constitución material" a través de siete tipos normativos o formas jurídicas de la Integración con un régimen jurídico diferenciado: 1- Tratado de Asunción, 2- Protocolos Institucionales, 3- Acuerdos de Complementación Económica, 4- Protocolos Operativos, 5- Acuerdos de Cooperación Intraregional, 6- Acuerdos de Cooperación Interregional, 7- Acuerdos de intención y entendimiento (confrontar en Rimoldi de Ladmann, Eve, "La integración como sistema. Las variables política, económica y jurídica", Tesis doctoral, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1982). La dinámica implícita en todo proceso comunitario se integra, como vemos con los protocolos, los cuales forman parte del Tratado, de tal modo que la adhesión de un país a este último implica la aplicación ipso iure de los mismos. Ello determina que su naturaleza jurídica participe de la del Tratado al que acceden, y así pasan a conformar Derecho Comunitario originario y constitucional en sentido material (ello surge en forma expresa del Protocolo de Ouro Preto, que en el artículo 41, al indicar las fuentes jurídicas del Mercosur, cita en forma conjunta "I-El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios. . .").

Según Laura Dromi San Martino en Derecho Constitucional de la Integración, pag. 263 y sgtes., los protocolos se distinguen entre institucionales y operativos. Los primeros regulan los mecanismos de gobierno y administración del MERCOSUR y la estructuración de los órganos comunitarios. Los protocolos y acuerdos operativos tienen por finalidad instrumentar normas de coordinación y políticas de armonización legislativa en asuntos determinados, así como también facilitar la circulación de los factores de producción, coadyuvando a realizar los objetivos de la integración, sean estos previstos originariamente por el Tratado de Asunción o no.

Dentro de los mecanismos de armonización y cooperación jurídica adoptados en el marco de la integración Mercosureña se observan acuerdos y protocolos relativos a asistencia jurídica mutua, a cooperación jurisdiccional, determinación de responsabilidades y protocolos relativos a la solución de controversias.

Entre los protocolos de cooperación jurisdiccional puede mencionarse el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, que se aplica a las jurisdicción contenciosa internacional de contratos de naturaleza civil celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas con domicilio o sede social en el territorio de al menos uno de los Estados Partes del MERCOSUR.

En el caso que nos ocupa entiendo que resulta de aplicación el Protocolo de Buenos Aires que ha sido oportunamente suscripto y ratificado por los Estados Partes. El tema traído a consulta se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación del referido protocolo, en tanto y en cuanto se trata de un conflicto referido a un contrato internacional de naturaleza comercial que se ha generado entre personas jurídicas con domicilio en dos Estados Partes del MERCOSUR (Argentina y Paraguay). El Protocolo de Buenos Aires siguiendo el criterio predominante actual en materia de contratación internacional consagra el principio de la autonomía de la voluntad en materia de elección de jurisdicción. Consecuentemente la cláusula 22.2 del Contrato suscripto entre las sociedades en conflicto tiene plena validez.

Por otra parte el caso traído a la opinión del TPR no esta comprendido en ninguna de las situaciones excluidas del ámbito de aplicación del PBA por su artículo 2º. Asimismo no puede calificarse al Contrato de relación de consumo, toda vez que se trata de un convenio de distribución excluido de la aplicación del Protocolo de Santa Maria sobre jurisdicción internacional en materia de Relaciones de Consumo, Protocolo que por otra parte no se encuentra vigente.

Dicho esto interpreto que correspondería la elección de los Tribunales de la Republica Argentina realizada en el Contrato, la que es válida en tanto no surge que haya sido obtenida de forma abusiva (artículo 4), y dicha jurisdicción tiene vínculos de razonabilidad con el conflicto planteado (artículo 1). Esta interpretación es sin perjuicio de la que oportunamente realice la Juez interviniente.

El principio de primacia indica que las normas comunitarias tienen jerarquía superior a las del derecho interno de los Estados miembros. En el bloque de constitucionalidad del MERCOSUR no se establece la supremacía o primacia de las normas comunitarias, cuando estas entran en conflicto con las del derecho interno. Sin embargo el principio de preferencia o primacia es una respuesta jurídica a la necesidad de homogeneizar el régimen jurídico de integración, dándole seguridad jurídica en el ámbito de los países miembros. Sin embargo concurdo en la reserva de orden público que el propio PBA contiene en su artículo 5º y que constituye una valla a la actuación del derecho extranjero, como también que las normas de derecho comercial nacional e internacional son por regla generales de orden público relativo dado que generalmente no existe un interés social comprometido.

En definitiva entiendo que en el caso en cuestión prevalece la aplicación del PBA sobre la Ley Nacional Paraguaya N° 1294/93.

**E) Aplicabilidad de la decisión CMC N° 02/07 y régimen de honorarios y gastos. (Res. 02/07 GMC)**

En este tema concurdo con el voto del Dr. Ricardo Olivera, toda vez que desde el punto de vista procesal entiendo que resulta perfectamente aplicable la reglamentación dictada para las opiniones consultivas y también lo establecido como régimen de honorarios y gastos por el CMC y GMC. Sin perjuicio de considerar que en virtud de los principios que rigen la integración, resultaría apropiado que los gastos y costos de las opiniones consultivas sean soportados por todos los Estados Partes.

A su turno el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli, acompañado por el Dr. Joao Grandino Rodas, exponen:

El MERCOSUR constituye aún hoy un proceso de integración marcado por el accionar intergubernamental. No obstante ello, el derecho del MERCOSUR "necesita" no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales de los Estados partes. Esa y no otra es la filosofía de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en "*Costa c. ENEL*", dictada cuando la Comunidad Económica Europea había apenas comenzado y no había indicios tan claros de que se llegaría a la supremacía del derecho comunitario. El TJCE señaló que no hay otra forma posible de hacer funcionar la Comunidad y de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados que colocar el derecho emanado del bloque en otro nivel, diferente. La supranacionalidad –como superación de lo intergubernamental– es un término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho –entre otros– de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración el avance de todo proceso de integración. Esta consulta guarda relación con el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (PBA) y su aplicación a un caso en particular, tal cual se describe más arriba.

Al respecto, corresponde fijar algunas precisiones generales muy importantes como pautas interpretativas para éste y otros casos análogos que pudieran presentarse dentro del bloque.

Los Protocolos de Derecho internacional privado son convenciones internacionales, pero convenciones muy particulares al estar contenidas en Decisiones del MERCOSUR –que tienen carácter obligatorio según el Protocolo de Ouro Preto– y haber sido adoptadas en el marco de un proceso de integración. Estos datos son fundamentales a la hora de fijar la interpretación de sus normas. Es verdad que hay que seguir el proceso de incorporación previsto en cada Estado –dado que aún no existe una instancia supranacional legisferante de la que pudieran derivar normas como éstas destinadas a su aplicación directa en los países miembros–, pero una vez en vigor esas convenciones deben interpretarse y aplicarse en función de las finalidades del MERCOSUR.

Con respecto al PBA, hace ya casi 40 años que la Convención de Viena de derecho de los tratados recogió la ya establecida regla de que no se pueden invocar normas nacionales para evadir el

cumplimiento de normas contenidas en tratados en vigor. Las Constituciones paraguaya y argentina en vigor, además, consagran el mismo principio.

Las normas del PBA no son dudosas ni condicionales. Por el contrario, establecen claramente que, dentro de su ámbito de aplicación, es competente en primer lugar el juez que las partes hayan elegido, libre y voluntariamente, pues no es otro el alcance del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el PBA.

El Protocolo de Santa María ha sido invocado por error. No sólo no está en vigor sino que se refiere a una cuestión muy concreta que son las relaciones de consumo, situación que no tiene nada que ver con la planteada en el caso de marras.

En el juego normal del Derecho internacional privado la internacionalidad de los casos es un presupuesto. La hipótesis de tener que litigar en el extranjero forma parte de ese juego normal. La admisión de la autonomía de la voluntad para determinar el juez competente, que es una tendencia ampliamente generalizada a nivel mundial tiene, entre otras virtudes, la de "avisar" a los contratantes de la existencia de la posibilidad de tener que litigar en el extranjero. Aceptar libre y voluntariamente la cláusula y después intentar desconocerla es, en principio, un claro acto de mala fe.

En particular, entre países limítrofes que participan de un proceso de integración, no hay ningún elemento que autorice a descartar lo que las partes han pactado libremente para sustituirlo por la voluntad unilateral de una de ellas. Los Estados partes del MERCOSUR y cualquier Estado puede legítimamente prohibir la autonomía de la voluntad; sin embargo, los países del MERCOSUR han incorporado todos a su ordenamiento el PBA que dice exactamente lo contrario. Así como todos aceptan el arbitraje, a través de las reglas nacionales y de las Convenciones de Panamá y Nueva York. Sería contradictorio que el juez paraguayo no pudiera entender en la causa por una sumisión a árbitros que actúen en otro continente, por ejemplo, y que en cambio no respetara una sumisión a los tribunales de un Estado parte del MERCOSUR.

Tal es el sentido y alcance del principio de la autonomía de la voluntad, plenamente vigente como regla en los cuatro países del MERCOSUR en lo que respecta a prórroga de jurisdicción, erigiéndose como un pilar de suma trascendencia del espíritu integracionista.

Pasamos ahora a otra cuestión estrechamente vinculada: la del orden público como límite excepcional a la autonomía de la voluntad. En Derecho internacional privado el orden público constituye la valla para la aplicación de un derecho foráneo que en virtud de una norma de origen convencional -tratado- o legal hubiera tenido virtualidad por contravenir, en el caso específico que se presente, postulados fundamentales del derecho del tribunal juzgador.

Se ha acuñado, además, la expresión de orden público internacional para así expresar que un tribunal local debería evaluar de manera distinta una vinculación meramente local de una internacional, dadas sus peculiaridades, como ocurrió por ejemplo en Francia en su momento, cuando la Corte de Casación entendió que una cláusula-oro que atara una obligación a dicho valor, si bien se hallaba restringida para vinculaciones internas, podría ser pactada para operaciones internacionales sin que con ello se esté afectando el "orden público interno". De modo que, en las transacciones internacionales, para esta doctrina, la violación al orden público debería ser "manifiesta", expresión que se viene insertando desde hace varias décadas en instrumentos de Derecho internacional privado emanados de La Haya y otros inspirados en ellos.

Pero en paralelo a esta valla genérica a la aplicación del derecho foráneo conocida como orden público u orden público internacional, se encuentran normas específicas también de orden público, conocidas como normas "imperativas", "de aplicación directa o inmediata", "*mandatory*" (en inglés) o "*de police*" (en francés), que como tales son directamente aplicables. Es decir, no se entra al análisis conflictualista de cuál derecho correspondería aplicar para sólo a partir del resultado en concreto evaluar si se está violando o no el orden público, sino se aplican directamente las normas imperativas. Aquí la terminología no es uniforme, porque estas normas también son calificadas como de orden público. Como sea, los distintos sistemas jurídicos cuentan con estas normas que son irrenunciables y que evitan desde el vamos que opere el mecanismo conflictual del Derecho internacional privado. Ante ellas, el juzgador del foro procederá directamente a su aplicación y así lo habilitan las respectivas reservas de orden público que suelen contener los instrumentos internacionales.

Cabe ahondar que las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses que se pretenden resguardar. Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con regulaciones relativas a la moneda o a defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y por otro lado el llamado orden público de protección, que cada Estado lo establece y regula normalmente para salvaguardar derechos de partes débiles en la contratación, como por ejemplo los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento de que hay supuestos en que no la contratación no es fruto de la libre voluntad sino de otros factores. Y al no haber voluntad libre no puede hablarse de

autonomía de la voluntad, que es precisamente el presupuesto que haría operativo el PBA en este caso. En definitiva, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad.

Queda claro, pues, que el PBA no colisiona con lo dicho. El mismo está destinado a regular operaciones contractuales libremente contraídas. Condena los abusos (artículo 2.1), lo que deberá ser evaluado por el juez en cada caso en particular, el que también deberá evaluar si en el caso en cuestión se está afectando su orden público de dirección o de protección, en general o a través de violaciones específicas de normas imperativas –también de orden público– que pudiera tener el país en cuestión.

En círculos universales y regionales suele abogarse fervientemente, cada vez con mayor ímpetu, acerca de la necesidad de que se armonicen también las restricciones de tinte imperativo, en aras de una más eficaz integración de los distintos sistemas jurídicos, y tal debería ser el Norte de los negociadores y legisladores de los países del MERCOSUR. Éstos deberían apuntar a que las restricciones de orden imperativo sean no sólo excepcionales –para no hacer mella del principio de la autonomía de la voluntad, uno de los pilares de la contratación moderna– sino, fundamentalmente, a que las soluciones sean homogéneas, tal cual vino ocurriendo en la Unión Europea con las diversas directivas de orden imperativo que atañen a la contratación internacional.

En conclusión, cabe interpretar el PBA como un instrumento que garantiza la sumisión a foros extranjeros dentro del bloque a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Los abusos o las violaciones en concreto a normas o principios de tinte imperativo serán objeto de juzgamiento de parte del juzgador nacional interviniente.

A su turno el Dr. Ricardo Olivera García expone:

#### **A) Relación fáctica del caso.**

1. El día 22 de mayo de 2000, la sociedad argentina "Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A." celebró un contrato de distribución con la sociedad paraguaya "Norte S.A. Importación – Exportación". En la cláusula 22 del referido contrato se estableció: "22.1. *Ley aplicable: el presente contrato, todos los términos del mismo y la relación entre las partes estará exclusivamente regida y se le aplicarán las leyes sustantivas argentinas. Las partes acuerdan dar plena vigencia a la normativa incorporada por el MERCOSUR, entre los Estados Parte, que regula las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías, sometiéndose a lo establecido por el Protocolo de Buenos Aires.* 22.2. *Jurisdicción: cualquier controversia o petición que surja del contrato o esté relacionada con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referente a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al período de finalización o validez del mismo, será exclusivamente establecido en los tribunales de ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina*".

2. "Norte S.A. Importación – Exportación" demandó ante la Jurisdicción de Asunción, República del Paraguay, a "Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A." por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual. La demandada opuso la excepción previa de incompetencia, sustentando su posición en la existencia de un acuerdo sobre elección de foro, al amparo de lo establecido por el artículo 4 del "Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual" (en adelante PBA) y su aplicación prevalente sobre la Ley paraguaya Nº 194/93. La actora, al contestar el excepcionamiento, rechazó la argumentación de la excepcionante, invocando en lo sustancial los siguientes extremos: a) el carácter irrenunciable de la Ley paraguaya Nº 194/93; b) que el caso encuadra dentro de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del PBA ("contrato de venta al consumidor"); y c) que corresponde la aplicación del "Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo" (en adelante PSM). Asimismo peticionó a la Señora Juez que elevara los antecedentes del caso a la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, a los efectos de que ésta solicitara al TPR del MERCOSUR una opinión consultiva, de conformidad con el artículo 3 del "Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR" (en adelante PO).

#### **B) Competencia del TPR para emitir la opinión consultiva requerida.**

3. Antes de emitir juicio alguno en torno a la consulta formulada, corresponde realizar ciertas precisiones relativas a la competencia del TPR para expedirse respecto a la aplicación del PBA dado su aparente conflicto con la Ley paraguaya Nº 194/93.

4. Realizando una lectura piedeletrista del inciso 3 del artículo 4 del "Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR" (02/07), solo serían procesables consultas relativas a la interpretación y aplicación de normas del MERCOSUR. En la especie, una vez definida la aplicación del PBA por el consultante, el TPR sería competente para aclarar el sentido y alcance de sus disposiciones enfrentadas al caso concreto. En efecto, la norma reza: *"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"*. Debe tenerse presente que es un poder jurídico del CMC determinar el alcance y régimen de las opiniones consultivas, lo cual fue acordado por los Estados Parte en el artículo 3 del PO. Similar disposición a la transcrita se encuentra contenida en la Decisión del CMC N° 37/03<sup>28</sup>, mencionada por el actor.

5. La consulta planteada no refiere estrictamente a la interpretación de las normas contenidas en el PBA, sino a la dilucidación del aparente conflicto de fuentes normativas aplicables.

6. Sin embargo, dado el "principio de colaboración con la justicia" y el espíritu reflejado en el considerando único del citado Reglamento, según el cual las opiniones consultivas tienen por finalidad la de *"... contribuir a la interpretación y aplicación correctas y uniformes de las normas del MERCOSUR"*, este órgano procederá a evacuar la consulta planteada.

7. Finalmente corresponde señalar que en el estadio actual de evolución del Derecho de Integración del MERCOSUR, las opiniones consultivas son dictámenes técnico - jurídicos del TPR que carecen de efecto vinculante.

### C) Fuente normativa aplicable.

#### a. Aplicabilidad del Protocolo de Buenos Aires

8. En cuanto al aparente conflicto entre dos fuentes normativas diversas, el PBA y la Ley paraguaya N° 194/93, entendemos que en este caso particular resulta de aplicación el nombrado en primer término.

9. Arribamos a la conclusión precedente teniendo en cuenta las relaciones entre las normas de Derecho Internacional Privado (en adelante DIP) de fuente supranacional (como sinónimo de internacional) y las de fuente nacional, cuestión recogida en la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" (OEA, CIDIP II, Montevideo, 1979). Dicha Convención ha sido ratificada por todos los Estados Parte del MERCOSUR y en su artículo 1 establece: *"La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho Extranjero, se sujetará a lo regulado en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas conflictuales de su Derecho interno"*. Similar principio sienta el artículo 27 de la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados".

10. Como expresa la Dra. Cecilia Fresnedo<sup>29</sup>, con independencia de si consagra o no el "monismo internacional", el referido artículo resuelve un problema de "ámbitos de aplicación". En esa línea manifiesta: *"Lo que se desprende inequívocamente de esta norma es que los Estados Parte sólo podrán aplicar su DIPr interno o nacional cuando no exista DIPr internacional que los vincule sobre la materia de que se trate. En otras palabras, lo que la norma ordena es que calificuemos adecuadamente la relación jurídica a regular, teniendo en cuenta los ámbitos de aplicación material, espacial y temporal de las normas de DIPr existentes. Si existe tratado vigente que vincule a los Estados involucrados y que regule la materia en cuestión, deberá aplicarse éste. Sólo en su defecto se podrá aplicar el DIPr de fuente interna o nacional"*<sup>30</sup>. Conviene tener presente que son normas de DIP de fuente internacional o supranacional las contenidas en Tratados, Convenios, Convenciones o

<sup>28</sup> "Artículo 4. Tramitación de la solicitud de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte. 1. El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR, mencionada en el artículo 3, párrafo 1 del presente Reglamento, siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante".

<sup>29</sup> Fresnedo, Cecilia. "Curso de Derecho Internacional Privado", Tomo I Parte General. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Año 2001. Pág. 45.

<sup>30</sup> Fresnedo, Cecilia. "Curso de Derecho Internacional Privado". Pág. 45.

Protocolos (sean éstos multilaterales, regionales o bilaterales) y de fuente nacional las contenidas en Constituciones, códigos o leyes puramente nacionales, con vocación de regulación de relaciones jurídicas internacionales trabadas entre particulares.

11. En el caso planteado, el PBA ha sido suscrito y ratificado tanto por Argentina como por Paraguay (también por Uruguay y Brasil), de lo que se desprende que convencionalmente todas estos Estados han admitido como valido el procedimiento de analizar la existencia de Tratados sobre una determinada cuestión, para excluir la aplicación de la norma de DIP de fuente nacional, sea esto en materia de ley aplicable o de jurisdicción competente. Ello descarta, en lo que a la jurisdicción refiere, la aplicación de la Ley paraguaya N° 194/93 de 17 de junio de 1993. Esta última contiene normas de DIP de fuente nacional paraguaya; en efecto, la citada ley regula algunos aspectos de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior con personas físicas o jurídicas domiciliadas en Paraguay. En tanto normas de DIP de fuente nacional, éstas únicamente son de aplicación en lo que a la jurisdicción respecta, tratándose de casos iusprivatistas internacionales que involucren los ordenamientos jurídicos de Paraguay y de otros Estados con los cuales no existan Tratados, Convenios o Convenciones sobre la materia<sup>31</sup>.

12. Por lo demás, a idéntica conclusión se arribaría si se tomara el argumento de Derecho positivo paraguayo esgrimido por el propio Tribunal de Alzada en la providencia cautelar N° 408 conexas a este asunto, según el cual la Constitución paraguaya coloca en un nivel jerárquico superior al tratado respecto a la ley.

#### b. Aplicación del sistema de fuentes de DIP al caso

13. Dos cuestiones que siempre han sido objeto del DIP son la determinación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, además de lo atinente al "reconocimiento y ejecución de sentencias foráneas", dado un caso con elementos de extranjería relevantes. La opinión consultiva de referencia tiene precisamente por objeto la aplicabilidad o no del Protocolo de Buenos Aires y en consecuencia la determinación de la jurisdicción competente.

14. Las opiniones vertidas en este Cuerpo son coincidentes en torno a que resulta de aplicación el referido instrumento (PBA). No obstante ello, existen discrepancias en cuanto a los caminos que conducen a dicha conclusión. Por un lado, como viene de verse en este dictamen se utiliza el clásico razonamiento de DIP, acudiendo a los mecanismos existentes para la aplicación de tratados, convenciones, convenios o protocolos. Por otro se esgrimen argumentos propios del Derecho Comunitario.

15. Afiliándonos a la primera de las posiciones enunciadas abordaremos los argumentos que le sirven de fundamento.

16. Según expresan Tomás Hutchinson y Julián Peña<sup>32</sup>: *"Por Derecho Comunitario entendemos una estructura jurídica común a varios países, según el modelo que surge en Europa con la creación primero de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado de Paris), y luego de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma). Dicho Derecho es independiente del Derecho Interno. Las cualidades principales de dicho ordenamiento son su supremacía, su aplicabilidad inmediata y directa y su efecto directo"*. Agregan: *"Al firmarse un tratado comunitario con características similares al de Roma, los Estados crean una persona jurídica superior a ellos, a la cual le conceden parte de su soberanía por medio de la delegación de competencias a los órganos comunitarios"*.

17. En la misma línea Jorge Pérez Otermin<sup>33</sup> destaca dos particularidades de este Derecho: *"La primera, radica en que si bien se constituye mediante tratados, o acuerdos internacionales, es decir, normas de Derecho Internacional Público, su normativa no se agota en ellos, sino que se continúa por normas emanadas de los órganos creados por dichos tratados. La segunda, consiste en que si bien emana de tratados, sus normas no van dirigidas a regular únicamente la relación entre Estados, sino que van dirigidas a regular las*

<sup>31</sup> Advertimos que los Protocolos adoptados en el ámbito del MERCOSUR tienen la misma naturaleza convencional que los demás

convenios internacionales vigentes entre los Estados. En efecto el MERCOSUR no es una organización supranacional de Derecho Comunitario, por lo cual las normas emanadas de sus órganos deben ser incorporadas por los Estados Parte de acuerdo a sus normas constitucionales para que resulten de aplicación (artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto). Cfr. Fernández Arroyo, Diego. "El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un sistema institucional?", en "El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del Siglo XXI", Sexta Jornada de Profesores de DIPr. Segovia, 1995. Editorial Eurolex, Madrid, Año 1997. Pág. 153 - 194.

<sup>32</sup> Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5. Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994, p. 453 - 454.

<sup>33</sup> El Mercado Común del Sur desde Asunción a Ouro Preto. Ed. FCU, Montevideo, Uruguay, junio 1995, p. 93 - 94.

relaciones entre los particulares, personas físicas o jurídicas de los Estados Partes". Asimismo destaca sus tres características primordiales: "La aplicabilidad inmediata, que significa que la norma de derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados; la aplicabilidad directa, que significa que la norma comunitaria es susceptible de crear por ella misma, derechos y obligaciones a los particulares; y la primacía o prevalencia, que significa que la norma comunitaria se aplica con prioridad a toda norma nacional"<sup>34</sup>.

18. Las nociones vertidas precedentemente en cuanto al Derecho Comunitario no resultan aún trasladables al MERCOSUR, dado su estadio de evolución actual. En efecto, siguiendo a Diego Fernández Arroyo<sup>35</sup>, entendemos que en este último caso: "... no puede hablarse de un ordenamiento jurídico comunitario, dotado de autonomía, efecto directo y primacía. Existe sí un Derecho institucional, entendido como el Derecho que emana de una organización con personalidad jurídica de Derecho Internacional, pero que se incorpora a los ordenamientos nacionales por el cauce técnico de los convenios internacionales (desigualmente regulado según cada Estado Parte) o por la normativa interna". Además afirma: "... todos los instrumentos del MERCOSUR relativos al DIP tienen la misma naturaleza convencional y por tanto concurren con los demás convenios internacionales vigentes en cada uno de los Estados, operando en cada caso las cláusulas de compatibilidad". En visión coincidente, señala Cecilia Fresnedo de Aguirre<sup>36</sup> que: "En la actualidad el MERCOSUR no es una organización supranacional sino intergubernamental. Carece de organismos comunitarios con potestades legislativas delegadas, por lo que las normas que emanan de sus órganos carecen de eficacia directa y deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de cada Estado conforme a los respectivos mecanismos constitucionales vigentes. Esto está establecido además en el propio Protocolo de Ouro Preto artículo 42".

19. El artículo 42 y disposiciones concordantes del Protocolo de Ouro Preto, no consagraron un sistema de fuentes de Derecho Comunitario. Como lo destaca Pérez Otermin<sup>37</sup>: "Pese a los ingentes esfuerzos de la delegación uruguaya, no se pudo aceptar la aplicación inmediata ... Brasil argumentó que de acuerdo a su texto constitucional le era imposible aceptar tal particularidad, razón por la cual fue imposible avanzar en el tema. A ello se agregó que tanto las delegaciones de Argentina como de Paraguay, no obstante tener textos constitucionales recientemente aprobados que habilitaban a dichos países para sostener la aplicación inmediata ... mantuvieron una posición contraria ...". Expresa también que: "Desterrada la aplicación inmediata, presupuesta de la aplicación directa y la primacía, la delegación uruguaya debió elaborar un mecanismo que sustituyera las ventajas de aquella ...".

20. Héctor Gros Espiell<sup>38</sup> comparando el Tratado de Asunción con el de Roma señala que: "Es un tratado muy diferente al Tratado de Roma. Mientras el Tratado de Roma es un tratado extenso, de más de 250 artículos que crea y establece el Mercado Común con una gran cantidad de precisiones y la creación de un sistema orgánico definitivo o casi definitivo, el Tratado de Asunción es completamente distinto. Es un tratado que consta solamente de 24 artículos y de 4 anexos. Lo más importante es tener clara conciencia que este tratado constituye, en lo esencial, un tratado que establece el proceso hacia el Mercado Común y no un tratado que establece el Mercado Común... Es pues un camino hacia el Mercado Común, la fijación de un objetivo, un programa para crear el Mercado Común, pero que resulta de un texto internacional de naturaleza convencional, es decir, que genera obligaciones y deberes jurídicamente existentes"<sup>39</sup>. Esta opinión no se vio desvirtuada por la entrada en vigor del Protocolo de Ouro Preto, que si bien estructuró una persona jurídica internacional dotada de órganos y fuentes jurídicas, como se adelantara, no dotó a estas últimas de la supremacía propia del Derecho Comunitario.

<sup>34</sup>El alcance y notas características del Derecho Comunitario fueron definidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los casos "Costa c/E.N.E.L." y "Van Gend and Loos", interpretando los artículos 5 y 189 del Tratado de Roma.

<sup>35</sup> El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un sistema institucional? en El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del Siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de DIP. Segovia, Madrid, 1995. Eurolex, 1997, p. 178 y 193.

<sup>36</sup> Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Parte General. Ed. FCU. Montevideo, Uruguay, junio 2001, p. 170.

<sup>37</sup> Ob. cit., p.101 y 106.

<sup>38</sup> MERCOSUR, El Tratado de Asunción. Ed. Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo. Montevideo, Uruguay, 1991, p.25.

<sup>39</sup> En similar posición, Hutchinson y Peña (ob.cit. p. 457) afirman que "El Tratado de Asunción no es un tratado comunitario, es un tratado internacional acorde a las pautas establecidas en la Convención de Viena. No obstante, tiene una característica especial: es un tratado constitutivo de un Mercado Común."

21. Como lo destacara recientemente el Prof. Erik Jayme de la Universidad de Heidelberg<sup>40</sup>: *"En Europa, los instrumentos usados al comienzo consistieron en convenciones entre los Estados miembros, las cuales han derivado, particularmente desde el Tratado de Maastricht, en reglamentos y directivas... El MERCOSUR carece todavía de una estructura institucional para una legislación centralizada, pero el desarrollo de un DIP común tiende a configurar un pilar para la futura creación de un nuevo derecho comunitario"*

22. Concluyendo, si bien entendemos que objetivamente el MERCOSUR no ha alcanzado el grado de evolución suficiente como para calificar a sus normas como de Derecho Comunitario, no dejamos de reconocer que a partir de Ouro Preto su sistema institucional cuenta con órganos con atribuciones suficientes para la promulgación de normas propias. Es decir, la natural tendencia del MERCOSUR es evolucionar hacia un sistema de Derecho Comunitario que se consolide en un auténtico Mercado Común. Sin embargo, lamentablemente esa no es su realidad actual. Dicha evolución depende de la voluntad que expresen los Estados en los protocolos que se adopten y no es función que pueda ser ejercida por este Tribunal. Al respecto señala Fernández Arroyo, citando a Noodt Taquela y Uriondo de Martinolli<sup>41</sup>: *"Pero la integración no sólo repercute sobre los presupuestos; también puede generar la configuración de un espacio "comunitario", diferente del espacio interno y del puramente internacional, regido por sus propias normas y por unos principios característicos que en su conjunto pueden constituir un ordenamiento diferente. En la CE es una realidad y se llama derecho comunitario; en el MERCOSUR lo que existe es un derecho de la integración que va, paulatinamente, cobrando perfiles propios, como se puede atisbar en los laudos arbitrales producidos hasta ahora"*.

23. En virtud de lo expuesto, descartando que las normas del MERCOSUR constituyan Derecho Comunitario (lo que explica que los dictámenes de opinión consultiva no sean aún prejudiciales respecto del fuero nacional, en el sentido de que no son vinculantes para el Juez consultante), es que se ha concluido que corresponde recurrir al clásico sistema de Derecho Internacional Privado relativo a las fuentes. En el ámbito del TPR no corresponde analizar las normas constitucionales vigentes al respecto en los Estados Parte, las que por lo demás, ni siquiera resultan coincidentes.

24. Resulta útil la distinción que realiza la doctrina entre las normas de "DIP mercosureño strictu sensu" o "autónomo" y las normas de "DIP mercosureño latu sensu" o "heterónomas". Las primeras son generadas por los órganos del MERCOSUR y las segundas son los convenios provenientes de distintos foros internacionales que están vigentes entre los cuatro países (Convenciones Interamericanas de DIP, Convenios Bilaterales, etc.)<sup>42</sup>.

25. En tal sentido es que se ha acudido para concluir en la aplicación del PBA al auxilio del clásico sistema de aplicación de las normas de DIP, recogido por artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP (CIDIP II, Montevideo, 1979), vigente entre los cuatro Estados Parte del MERCOSUR. Se trata de una norma de DIP mercosureño latu sensu o heterónoma. Expresa Fernández Arroyo<sup>43</sup>: *"Las interacciones entre las distintas dimensiones del sistema de DIPr son a su vez complejas en sí mismas. En primer lugar, los cuatro Estados del MERCOSUR difieren en la forma de tratar al derecho convencional en general, incluyendo las reglas que han ido generando los órganos de integración. Esto significa que la jerarquía entre las normas correspondientes a cada una de las dimensiones no responde a criterios homogéneos. Ninguno de los ordenamientos mercosureños da un tratamiento especial al derecho de la integración, el cual, en lo atinente al DIPr, se presenta bajo la forma de convenciones internacionales. Al decir esto, queremos dejar claro que en ningún caso las normas del MERCOSUR, incluidas las de DIPr, se mueven en un nivel diferente al de las convenciones internacionales en general; es decir que cuando en el MERCOSUR se habla de "supremacía" se está hablando de algo muy diferente a la "primacía" del derecho comunitario europeo, que está por encima tanto del derecho autónomo como del derecho internacional. Lo que sí varía es que mientras Argentina y Paraguay consagran visiblemente la jerarquía supralegal de las normas convencionales (y, por lo tanto, también de las mercosureñas), en Brasil y Uruguay [ello no es así] .... Sin embargo, debe destacarse que en los cuatro Estados del MERCOSUR está vigente la*

<sup>40</sup> Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Varios Autores. Ed. Zabalia, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 21 - 22.

<sup>41</sup> Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Varios Autores. Ed. Zabalia, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 66.

<sup>42</sup> Diego Fernández Arroyo. Ob. cit. P. 116. No. 58.

<sup>43</sup> Diego Fernández Arroyo. Ob. cit. P. 87. No. 34.

Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II)".

26. En definitiva, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP recoge el sistema general de razonamiento que en materia de fuentes debe privar dado un caso de tráfico jurídico externo. Dicho sistema es unánimemente admitido por doctrina y jurisprudencia. Por lo demás, cuando aludimos a las normas de DIP de fuente supranacional o internacional no estamos pronunciándonos respecto a la jerarquía de las fuentes. Simplemente se trata de una denominación doctrinaria que permite diferenciar a las normas convencionales de aquellas que si bien forman parte del DIP, son adoptadas por el legislador nacional (normas de DIP de fuente nacional).

27. Ratificamos entonces el criterio sustentado, según el cual, vigente el Protocolo de Buenos Aires (fuente jurídica del MERCOSUR conforme al artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto), éste resulta de aplicación al caso objeto de la opinión consultiva requerida.

#### D) Juez competente conforme al Protocolo de Buenos Aires.

28. La situación planteada se encuentra perfectamente comprendida en el ámbito de aplicación del mencionado Protocolo, en tanto se trata de un conflicto relativo a un contrato internacional<sup>44</sup> de naturaleza comercial suscitado entre personas jurídicas domiciliadas en dos Estados Parte del MERCOSUR. El referido Protocolo consagra en forma amplia la "autonomía de la voluntad"<sup>45</sup> en lo que a la elección de la jurisdicción refiere, en consonancia con la posición predominante actual en materia de contratación internacional. En consecuencia, la cláusula atributiva de competencia contenida en el contrato (cláusula 22.2) celebrado entre las sociedades argentina y paraguaya, es válida. Ello significa que son los Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, quienes tienen competencia en la esfera internacional para entender en el litigio.

29. Asimismo el caso no encuadra dentro de ninguna de las situaciones excluidas de su ámbito de aplicación por el artículo 2 del PBA. La referencia del actor al numeral 6 de la citada disposición ("contratos de venta al consumidor") no es pertinente. Se trata de un contrato de distribución u otra especie comercial, pero no puede ni remotamente calificarse de "relación de consumo"<sup>46</sup>. Tal consideración excluye además la aplicación del "Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo", que por otra parte, aún no es Derecho vigente.

30. En consecuencia debe prevalecer la elección de los Tribunales de la República Argentina realizada en el propio contrato. Dicha elección debe reputarse válida, en tanto de los antecedentes no surge que haya sido obtenida en forma abusiva<sup>47</sup>. Asimismo, el foro seleccionado en el caso en examen tiene vínculos de razonabilidad con el litigio planteado. En tal sentido, doctrina especializada en obra coordinada por el Prof. Diego P. Fernández Arroyo, expresa que: "Existe conexión razonable en todos los supuestos en que un Estado estaría investido de jurisdicción subsidiaria (art. 1.b), según los arts. 7 a 12 del Protocolo"<sup>48</sup>.

31. El inciso 2º del artículo 5 establece: "... La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo". El Prof. Diego P. Fernández Arroyo

<sup>44</sup> El Prof. Werner Goldschmidt señalaba que: "... un contrato es internacional si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero". "Derecho Internacional Privado", 5ta. Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.

<sup>45</sup> Sobre el concepto y alcance de la "autonomía de la voluntad" véase "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, Editorial FCU, Montevideo, Uruguay, Año 1991. Véase también "La cláusula atributiva de jurisdicción en los contratos internacionales en general", Dr. Domingo M. López Saavedra en [www.elderechodigital.com](http://www.elderechodigital.com).

<sup>46</sup> El "Anexo al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo", define la "relación de consumo" de la siguiente forma: "Es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio, y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. Equipárase a ésta la provisión de productos y la prestación de servicios a título gratuito, cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo".

<sup>47</sup> Según expresa la doctrina: "Para que el acuerdo sea válido no debe haber sido obtenido en forma abusiva (art. 4). La fórmula fue propuesta por la delegación uruguaya, quien la reiteró en los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR (art. 4), ya que se trata de un criterio aceptado por la doctrina uruguaya (Tellechea Bergman), que fue incluso negociado en el Convenio de Cooperación Jurídica entre España y Uruguay del 4 de noviembre de 1987, al determinar los criterios de la competencia internacional indirecta (art. 5)". "Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay". Varios Autores. Editorial Zavalia. Buenos Aires, Argentina, Año 2003. Pág. 190.

<sup>48</sup> "Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay". Pág. 188 y 189.

ha manifestado al respecto que los referidos Derechos regulan *"aquellos aspectos de la declaración de voluntad de las partes que no estén contemplados expresa o implícitamente por las normas materiales del tratado internacional"*, por ejemplo cuestiones tales como la existencia misma del acuerdo y los vicios del consentimiento<sup>49</sup>. Debe tenerse en cuenta lo manifestado al respecto por el Prof. Eduardo Tellechea Bergman: *"En razón de que en dicha situación puede haber más de un Estado con jurisdicción internacional concurrente para conocer del litigio, el artículo excluye la aplicación acumulativa de las leyes de los mismos y explicita que la situación se resolverá aplicando el Derecho más favorable a la validez del acuerdo. Solución 'favor negoti', con amplia recepción en el DIPr contemporáneo, principalmente en relación a la contratación internacional"*<sup>50</sup>.

32. En este punto resulta adecuado aludir a la posibilidad de que existan "normas de policía" (también llamadas "normas rigurosamente obligatorias" o "normas de aplicación inmediata") en los ordenamientos jurídicos involucrados, que excluyan la validez de los pactos de elección del foro, hipótesis que no se da en la especie. El Prof. Ruben Santos ha manifestado que las normas de policía son reglas no susceptibles de derogación por ser indispensables para el éxito de una política social o económica. De manera coincidente se ha pronunciado el Prof. Antonio Boggiano al decir que *"las normas de policía son inmediatamente excluyentes"*<sup>51</sup>. Adviértase que ni el Tribunal de Alzada paraguayo actuante en la pieza cautelar ni el propio actor invocan que la Ley N° 194/93 contenga disposiciones de tal naturaleza.

33. Otra cuestión conexas aunque distinta de la anterior es la "excepción de orden público internacional". La misma se encuentra consagrada en el artículo 5 de la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado" (OEA, CIDIP II, Montevideo, 1979). Como su nombre lo indica, se trata de una "excepción" a la aplicación del derecho extranjero, de interpretación absolutamente estricta. La misma opera cuando una norma de DIP de fuente supranacional o nacional torna aplicable un Derecho extranjero que vulnera en forma concreta, grave y manifiesta las normas y principios fundamentales sobre los cuales el Estado de que se trata sienta su individualidad jurídica. En el caso planteado la norma contenida en el PBA no asigna competencia a Derecho extranjero alguno, sino que valida los pactos sobre elección del foro. En consecuencia, descartamos la aplicación de la citada excepción.

34. Por lo demás, que la Ley paraguaya N° 194/93 sea de orden público interno<sup>52</sup>, carece de absoluta relevancia. No se trata de la aplicación de una norma imperativa en el ámbito puramente interno, sino de la aplicación de la norma de fuente supranacional suscrita y ratificada por los Estados cuyos ordenamientos jurídicos se encuentran involucrados a un caso con elementos de extranjería relevantes.

#### **E) Aplicabilidad de la Decisión CMC N° 02/07 y régimen de Honorarios y gastos.**

35. El pago de los gastos derivados de la presente opinión consultiva es de cargo de la República del Paraguay, en aplicación del artículo 11 del "Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR".

36. La aplicación inmediata al caso del nuevo Reglamento aprobado por la Decisión del CMC N° 02/07 supone entender que dicha norma pasa a regir los actos procesales de este proceso de opinión consultiva que se perfeccionen a partir de su vigencia, con exclusión de toda normativa anterior y de igual rango que regule cualquier aspecto incluido en la nueva reglamentación, en concreto excluye toda disposición en contrario contenida en la Decisión del CMC N° 37/03 y disposiciones concordantes.

<sup>49</sup> "Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay". Pág. 191.

<sup>50</sup> Tellechea Bergman, Eduardo. "Nuevas Regulaciones Regionales en Materia de Jurisdicción Internacional. Los vigentes Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito", contenido en el Libro de las "XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal". Maldonado, Uruguay, Año 2006. Página 481.

<sup>51</sup> Boggiano, Antonio. "Derecho Internacional Privado", Tomo II, "Derecho Mercantil Internacional". Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina, Año 1991. Pág. 278.

<sup>52</sup> Debe tenerse presente la distinción efectuada por el autor suizo Charles Brocher entre "orden público interno" y "orden público internacional". La primera alude a normas internas que no pueden ser derogadas por voluntad de los particulares. La segunda refiere a normas y principios que no pueden ser desplazados en virtud de la aplicación de leyes extranjeras. Tal distinción es puesta de manifiesto por la Prof. Berta Kaller de Orchansky en su "Manual de Derecho Internacional Privado". Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina, Año 1979.

37. El proceso de emisión de opiniones consultivas solicitadas al TPR, tal como se encuentra regulado, tiene naturaleza claramente jurisdiccional, pese a que su dictamen carece de efecto vinculante para el Juez nacional. Se trata de un procedimiento llevado adelante por un Tribunal jurisdiccional del MERCOSUR que constituye un mecanismo de cooperación jurisdiccional internacional en beneficio de Tribunales nacionales. De esta manera corresponde la aplicación de los principios de derecho procesal a la hora de interpretar y aplicar las reglas que los alcanzan.

38. El principio universalmente admitido de la aplicación inmediata de las normas procesales no puede confundirse con el fenómeno de la retroactividad, con el que precisamente se opone. Una norma procesal, cualquiera sea el proceso de que se trate, una vez que nace a la vida jurídica de un determinado sistema normativo, pasa a integrarlo inmediatamente y es de aplicación en los procesos en trámite respecto de los actos aún no cumplidos, así como a todos los actos procesales de los procesos que se inicien en el futuro.

39. La retroactividad de las normas en materia procesal es sumamente excepcional y en general es rechazada. Ella supone la aplicación de una nueva norma procesal a actos procesales ya perfeccionados en el pasado. Tratándose de una temática propia de la Teoría General del Proceso corresponde tener presente la postura de los maestros en esta disciplina. Siguiendo a Carnelutti, cabe sostener que si surge una nueva norma procesal que establece nuevos requisitos para la promoción de un acto de proposición- o en el caso, para la presentación de una solicitud de opinión consultiva - y la misma ya ha sido presentada en el pasado, esta norma no puede aplicarse y el acto de proposición será regular con tal que haya cumplido con los requisitos requeridos por la norma anterior; ello sin perjuicio de que a los nuevos actos se les aplique la norma recientemente surgida, con el límite de no quitar validez a actos ya cumplidos o coherencia al proceso<sup>53</sup>.

40. Una norma procesal nueva que se promulga durante la tramitación de un proceso es aplicable a él, en tanto refiera a actos procesales que todavía no se hubieren cumplido a la fecha de la aparición normativa y en tanto no atente contra la validez de actos ya ejecutados. Según Carnelutti *"la ley posterior que modifica las formas del juicio, rige [...] también los procesos iniciados en virtud de una demanda [acto de proposición] debidamente propuesta durante la vigencia de la ley anterior, siempre porque la proposición de la demanda es un hecho del que emana, sí, el deber del juez de juzgar, pero no el deber de juzgar según una determinada forma"*<sup>54</sup>.

41. Sobre el punto que viene de analizarse conviene tener presente la opinión del jurista francés Roubier, quien ha analizado profundamente y desde la perspectiva de teoría general, la problemática de la aplicación de las normas en el tiempo. Para este autor la norma *"de procedimiento"* es de aplicación inmediata y por tanto *"[n]o es posible afirmar que en Derecho Procesal exista la retroactividad como principio; pues la retroactividad es siempre una cosa excepcional"*<sup>55</sup>. Según dicho autor la confusión se explica solamente por la falta de distinción entre efecto inmediato y efecto retroactivo de las normas. Siguiendo dicha posición expresa Véscovi que *"es muy común ver en doctrina y jurisprudencia la afirmación de que las leyes procesales se aplican retroactivamente [...] cuando se ha hecho solamente un estudio superficial del problema. Tal afirmación no resiste a un profundo análisis y la mayor parte de las opiniones modernas la contradice [...]* [Esta postura] *coincide con casi todos los demás [derechos] conocidos, el principio de la no retroactividad de las leyes alcanza también al Derecho Procesal, el que no hace excepción a la regla. De manera que lo que sucede en Derecho Procesal, no es que las leyes se apliquen en forma retroactiva, sino que por virtud de la función y la naturaleza de estas leyes su aplicación se realiza en forma inmediata al proceso compuesto por una serie de actos"*<sup>56</sup>.

42. Según Chiovenda lo que sucede no es que las normas procesales se apliquen en forma retroactiva, sino que por virtud de su función y naturaleza su aplicación se realiza en forma inmediata al proceso, rigiendo los actos que lo componen que aún no se han

<sup>53</sup> Luego de sustentar la tesis de la aplicación inmediata de la norma procesal Carnelutti expresa: *"Suponiendo, por ejemplo, que una nueva norma procesal cambie la forma de la demanda judicial, esta norma se aplicará incluso si el litigio se refiere a hechos acaecidos antes de que la nueva norma entrase en vigor; en cambio, no se aplica si el hecho procesal, o sea la propia demanda, se ha realizado antes de que la nueva norma haya comenzado a regir"* (Sistema de Derecho Procesal Civil, t.I Introducción y Función del Proceso Civil, traducción de Alcalazo-Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Uthea, Buenos Aires, 1944, p.109).

<sup>54</sup> Ob. cit. p. 109 y 110.

<sup>55</sup> *"Les conflits des lois dans le temps - Théorie dite de la nonrétroactivité des lois. t. II, Paris. Sirey. 1929, ps. 689-90.*

<sup>56</sup> *Aplicación de la Ley Procesal en el Tiempo. Retroactividad y Ultractividad de las Normas que Regulan el Proceso, UDELAR, 1960, ps. 14 y 15.*

perfeccionado<sup>57</sup>. Sobre el punto expresó Hugo Alsina que "Los actos cumplidos hasta el momento en que la ley entra en vigencia, permanecen inalterados: la ley no puede tener efecto retroactivo para destruir actos procesales definitivamente ejecutados"<sup>58</sup>

43. Por tanto, se reitera que el nuevo reglamento relativo a procesos de emisión de opiniones consultivas es aplicable al presente asunto, respecto de los actos procesales que aún no se han cumplido, sin perjuicio de la supervivencia de las normas del anterior reglamento que no han tenido derogación expresa. La aplicación del nuevo reglamento tiene relevancia respecto a la regulación de los actos procesales alcanzados por él que aún no se hayan cumplido en este procedimiento.

44. Debe tenerse presente que el anterior Reglamento (Decisión CMC N° 37/03) no contiene norma que regule el régimen de gastos y honorarios (costas y costos) del proceso de emisión de opiniones consultivas, tampoco existe disposición al respecto en la norma marco que instituyó el mecanismo de las opiniones consultivas, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR (art. 3). Por lo tanto, la aplicación inmediata en el presente caso no supone conflicto alguno entre una norma anterior que pueda pretenderse tenga ultractividad y una nueva norma. Es decir, que hasta la aparición del nuevo reglamento no existía norma escrita que estableciera el régimen de costas y costos y tampoco un criterio jurisprudencial que pueda invocarse.

45. En el caso, el nuevo reglamento es claramente aplicable en lo que respecta al régimen de gastos y honorarios, pues es evidente que dichas cuestiones son objeto de pronunciamiento del TPR en un acto que aún no se ha cumplido, a saber, la emisión del dictamen de opinión consultiva; tal como sucede en los laudos que se dictan en procesos contenciosos, en los que se determina para el caso concreto el régimen de costas y costos. En definitiva, el nuevo reglamento ha devenido vigente con anterioridad a la oportunidad procesal donde se fija el régimen de costas y costos y por tanto tiene plena vocación temporal para regular dicho acto.

46. Despejada entonces la imputación que pudiera realizarse respecto de la aplicación retroactiva de una norma procesal, resta indagar, conforme disidencias existentes, si la aplicación del nuevo reglamento supone la violación de preceptos superiores del derecho del MERCOSUR. No tenemos dudas respecto a que el TPR, en ejercicio de su función jurisdiccional típica e incluso en el ámbito de procesos consultivos, puede desaplicar una norma reglamentaria que entienda sea violatoria de preceptos superiores que surjan de normas de mayor rango (Tratados, Protocolos, principios generales, etc.), al igual que puede hacerlo el Juez nacional frente a un reglamento ilícito, sea que cuente con facultades anulatorias o no<sup>59</sup>. En general no vemos que las normas del nuevo Reglamento sean contradictorias con principio alguno de rango superior. El sistema de distribución de costas y costos plasmado en el nuevo reglamento no resulta violatorio de norma expresa alguna. Precisamente el Protocolo de Olivos deja en manos del CMC la determinación del alcance y procedimientos de las opiniones consultivas, sin restringir el alcance de dicha delegación (art. 3). Más aun entendemos que el nuevo reglamento no es violatorio de ningún principio superior en la materia, pues precisamente recoge una solución que además de lógica y oportuna resulta la regla en los ordenamientos procesales de la región<sup>60</sup>. Es absolutamente lógico y compatible que quien realiza una consulta que refiere a un caso concreto, tenga que

<sup>57</sup> Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción de Gómez Orbaneja, Madrid, 1948, t. 1, N° 27, p. 90. En el mismo sentido se expresa Alsina en Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. 1, Buenos Aires 1956, ps. 64 y ss.

<sup>58</sup> Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, 1963, p. 69. En el mismo sentido, existen fallos de jurisprudencia de Uruguay que expresan que las normas procesales son de aplicación inmediata, lo que no implica retroactividad, que sólo existiría si se afectaran procesos terminados o actos realizados. En "Código General del Proceso anotado, comentado y concordado", (p. 266) obra de integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, dirigida por el Dr. Véscovi se cita en los siguientes fallos: LJU, t. 55, c. 6706, p. 155; LJU, t. 50, c. 6273, p. 143; c. 6280, p. 166; t. 57, c. 6949, p. 293, etc.

<sup>59</sup> Se reconoce pacíficamente en doctrina que "...el reglamento ilegal puede ser desaplicado [...] por el juez, cualquiera sea su categoría, que entienda en un asunto contencioso ya sea de carácter civil, laboral, comercial o administrativo. El juez debe aplicar la ley y no el reglamento ilegal. Por la sencilla razón de que el juez dice el derecho, o sea, que tiene la potestad de interpretar el orden jurídico". (Daniel Hugo Martins, "Regulación Jurídica del Reglamento en el Derecho Público Uruguayo", en Actividad Reglamentaria de la Administración, FCU, Montevideo, 1989, pág. 100; ver también, Enrique Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo II, FCU, Montevideo, 1988, p. 620. En el mismo sentido "Competencia del poder judicial para conocer de la validez de un acto administrativo como premisa del fallo", en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. 71, FJU, 1971)

<sup>60</sup> Esta es la solución consagrada en el artículo 12 del "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo, 1988. Editorial M.B.A.

correr con los gastos correspondientes al procedimiento impulsado, sin que ello suponga violación alguna de un principio superior<sup>61</sup>.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

DECLARA:

1. (Voto unánime). Las Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como interpretaciones préjudiciales consultivas, a la fecha aun no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el derecho de integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación así como la interpretación y aplicación del derecho nacional, exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes.

2. (Voto en mayoría de los Doctores José Antonio Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Ricardo Olivera García). Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. El Protocolo de Buenos Aires se aplica en los países que lo han internalizado, quedando a cargo del juez nacional la evaluación de si los acuerdos suscriptos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicable al caso en particular.

2.1 (Voto concurrente del Miembro Coordinador Doctor Wilfrido Fernández y Doctor Nicolás Becerra). Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. Corresponde en este caso la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre la ley nacional paraguaya 194/93. Dicha primacía resulta de la propia naturaleza del Derecho del MERCOSUR. Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados Partes, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados Partes, de conformidad a los deslindes realizados en relación al concepto de orden publico, y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración. . Dejase constancia interpretativa de que las normas del derecho comercial nacional e internacional, son por regla general solo de orden público relativo, pues en las mismas siempre como regla general, no existe un interés social comprometido.

3. (Voto unánime). Dejar interpretado que el Protocolo de Santa Maria sobre Relaciones de Consumo no tiene aplicabilidad al caso por este doble motivo: a) no estar vigente por no haber sido internalizado por ningún Estado Parte, b) por referirse a relaciones de consumidor, excluidas expresamente del Protocolo de Buenos Aires.

4. (Voto en mayoría de los Doctores Ricardo Olivera García, Joao Grandino Rodas y Nicolás Becerra). El pago de los gastos derivados de la presente opinión consultiva es de cargo de la República del Paraguay, en aplicación del artículo 11 del "Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR", debiéndose seguir el procedimiento de estilo a tales efectos.

4.1 (Voto en disidencia del Miembro Coordinador Doctor Wilfrido Fernández)

a) Declarar la inaplicabilidad in totum al presente caso 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 (Decisión 02/07), debido al principio de irretroactividad.

b) Declarar vinculante la inaplicabilidad de los Arts. 1, 6 y 11 del referido Reglamento, así como de la Resolución del Grupo Mercado Común 02/07, en relación a los órganos del Mercosur involucrados, por su manifiesta inconformidad con el derecho del Mercosur originario

c) Determinar que los honorarios y gastos de este Tribunal para el presente caso sean sufragados en forma igualitaria y proporcional por todos los Estados Partes del Mercosur.

d) Disponer que la presente opinión consultiva sea notificada para su inmediato cumplimiento en su parte pertinente (declaraciones de inaplicabilidad), al Consejo del Mercado Común y al Grupo del Mercado Común, a través de la Presidencia *Pro Tempore*, y a la Secretaría del Mercosur.

<sup>61</sup> Artículo 173.1 del citado "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica".

4.2 (Voto en disidencia del Doctor José Antonio Moreno Ruffinelli). Determinar que el pago de los honorarios y gastos de la presente opinión consultiva deben soportar los cuatro países del bloque por los fundamentos expuestos en el apartado 5 de la presente Resolución.

5. (Voto unánime). Sin perjuicio del voto de los miembros de este Tribunal, el mismo entiende por unanimidad que es necesario recomendar al Consejo de Mercado Común la revisión de las Resoluciones N° 02/07 del CMC y N° 02/07 del GMC, en cuanto al pago de los honorarios, en razón de que la opinión consultiva no afecta a un solo país, siendo un mecanismo de cooperación judicial que enriquece el proceso de integración. La opinión consultiva construye el derecho de integración, por lo tanto todos los países son beneficiarios del mismo, y en consecuencia éstos deben soportar los gastos y honorarios correspondientes.

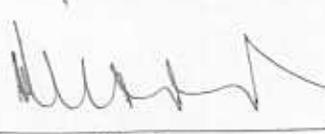
6. (Voto unánime) Disponer la notificación inmediata de esta opinión consultiva, al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la jurisdicción de Asunción, actualmente a cargo de la Señora Juez Doctora María Angélica Calvo, vía la Excm. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

7. (Voto unánime) Disponer que la presente opinión consultiva sea notificada al efecto informativo a las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes del Mercosur, a las Coordinaciones Nacionales del Grupo Mercado Común y a la Secretaría del Mercosur.

8. (Voto unánime) Disponer la traducción inmediata al portugués y al español de la presente opinión consultiva en sus partes pertinentes.

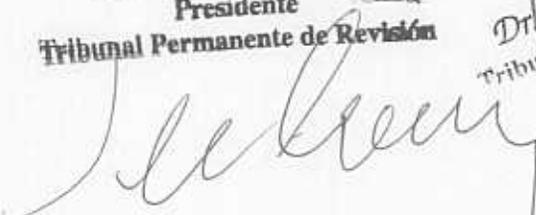
9. (Voto unánime) Disponer la publicación inmediata de la presente opinión consultiva en las páginas web del Tribunal Permanente de Revisión y de la Secretaría del MERCOSUR, con inmediata posterioridad a la notificación de la misma a la Excm. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

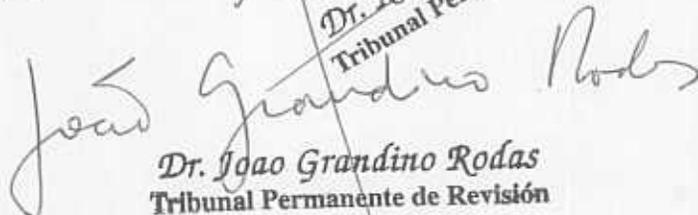
10. (voto unánime) Regístrese en forma inmediata.

  
**Dr. Nicolás Becerra**  
Presidente  
Tribunal Permanente de Revisión

  
**Dr. Wilfrido Fernández**  
Tribunal Permanente de Revisión

  
**Dr. Ricardo Olivera García**  
Tribunal Permanente de Revisión

  
**Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli**  
Tribunal Permanente de Revisión

  
**Dr. Jgao Grandino Rodas**  
Tribunal Permanente de Revisión

  
**Dr. Oscar B. Llanes Torres**  
Secretario