

OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR Y CUESTIONES PREJUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA: ESTUDIO COMPARATIVO

MANUEL CIENFUEGOS MATEO *

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LEGITIMACIÓN ACTIVA.
- III. OBJETO.
- IV. PROCEDIMIENTO.
- V. EFECTOS JURÍDICOS.
- VI. GASTOS.
- VII. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL PROYECTO DE PROTOCOLO CONSTITUTIVO DE LA CORTE DE JUSTICIA DEL MERCOSUR, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2010.
- VIII. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es confrontar el régimen jurídico de las opiniones consultivas del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)¹ con el de las

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea, Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Acreditado como Catedrático de Universidad por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).

¹ Para una panorámica general de las opiniones consultivas mercosureñas, véase ESPÓSITO, C. y DONADIO, L., «Inter-jurisdictional Co-operation in the MERCOSUR: The

cuestiones prejudiciales de la Unión Europea (UE)². Con este fin se han analizado en paralelo los aspectos básicos más significativos de ambos instrumentos procesales que hacen científicamente imposible su asimilación, cuales son la legitimación, el objeto, el procedimiento, los efectos jurídicos y los gastos. Sobre esta base, al final del estudio se analiza una interesante y reciente iniciativa política tendente a la creación de la Corte de Justicia del MERCOSUR con competencia, *i.a.*, para resolver cuestiones prejudiciales relativas a este ordenamiento jurídico.

Cabe apuntar que el régimen jurídico de las opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) se encuentra disperso en normas mercosureñas de muy diferente naturaleza, como son el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR (PO), de 18 de febrero de 2002³, que es Derecho primario; varias decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), que son Derecho derivado; y las reglas internas (*sic*) de los Tribunales Superiores de Justicia (TTSSJJ) de los Estados Parte del MERCOSUR, que no son Derecho de la integración mercosureño sino normas nacionales de carácter procedimental dictadas para la ejecución de aquéllas⁴.

first Request for an Advisory Opinion of the MERCOSUR'S Permanent Review Tribunal by Argentina's Supreme Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, 2011, pp. 261-284; MARTINS FILHO M.S., *A solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL: a técnica para que sejam realizadas consultas pelo judiciário brasileiro*, Tesis doctoral inédita, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória (Brasil), 2010; PEROTTI, A.D., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Marcial Pons y Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2008, pp. 67-90 y 101-151; RUIZ DÍAZ-LABRANO, R., «Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión a través de los tribunales superiores de los Estados partes», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pp. 629-651.

² Para una visión general de las cuestiones prejudiciales comunitarias, vid. BROBERG, M. y FENGER, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2010; CIENFUEGOS MATEO, M., «Juez nacional – Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en MAILLO GONZALEZ-ORUS, J. (Dir.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, tomo 5 del *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 547-623; NAÔMÉ, C., *Le renvoi préjudiciel en droit européen: guide pratique*, Larcier, Bruselas, 2007; RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La cuestión prejudicial en el Derecho comunitario europeo*, Civitas, Madrid, 1994.

³ Para un análisis general del PO, véase GONZÁLEZ GARABELLI, C.A., *MERCOSUR - Solución de controversias*, CIDSEP y Konrad Adenauer, Asunción, 2004; REY CARO, E.J., *La solución de controversias en el MERCOSUR*, Lerner Editora, Córdoba, 2002.

⁴ Sobre las fuentes del Derecho del MERCOSUR, véase MARTÍNEZ PUÑAL, A., «En torno a las normas del MERCOSUR: clasificación y jerarquía, incorporación, vigencia

El PO se limita a señalar, en su artículo 3, que «el CMC podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al TPR definiendo su alcance y sus procedimientos». En su virtud, el Consejo ha adoptado dos decisiones básicas para implementar el procedimiento de las opiniones consultivas. Por un lado, la Decisión CMC N° 37/03, de 15 de diciembre de 2003, que aprueba el Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO), establece en su capítulo II, artículos 2 a 13, el régimen general aplicable a las opiniones consultivas. Por otro lado, la Decisión CMC N° 02/07, de 18 de enero de 2007, que detalla el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR por los TTSSJJ de los Estados del MERCOSUR.

Completando este régimen están la Decisión CMC N° 23/05, de 9 de diciembre de 2005, por la que se aprueba el Protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (Parlasur), que faculta a este órgano consultivo a solicitar una opinión consultiva; la Decisión CMC N° 30/05, de 8 de diciembre de 2005, que fija las reglas generales de procedimiento del TPR, algunas de las cuales se aplican a las opiniones consultivas; y, finalmente, las reglas internas aprobadas por los TTSSJJ argentino, brasileño, paraguayo y uruguayo en cumplimiento de la antedicha Decisión CMC N° 02/2007, que concretan los principales aspectos del procedimiento que ha de seguirse a nivel nacional para tramitar las solicitudes de opinión consultiva. Por orden cronológico, se trata de la Circular 86/2007 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, de 24 de agosto de 2007; la Acordada 13/08 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 18 de junio de 2008; la Acordada 549 de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, de 11 de noviembre de 2008; y, finalmente, la Emenda Regimental 48/2012 del Supremo Tribunal Federal de Brasil, de 3 de abril de 2012. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay no ha aprobado todavía sus reglas internas⁵.

A diferencia de las opiniones consultivas en el MERCOSUR, las cuestiones prejudiciales de la UE se encuentran consagradas con contornos bien definidos al más alto nivel normativo de su ordenamiento jurídico, concretamente en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), de 13 de diciembre de 2007. Este precepto dispone lo siguiente:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación (simultánea) y dificultades constitucionales», en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Coord.), *MERCOSUR y Unión Europea*, Lerner Editora, Córdoba, 2008, pp. 223-249.

⁵ Todos estos textos del MERCOSUR pueden consultarse en Internet en http://www.tprmercosur.org/es/norm_juridica.htm y http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_reglam.htm

tación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el TJUE se pronunciará con la mayor brevedad».

Aunque el artículo 267 del TFUE puede ser aplicado directamente por cualquier jurisdicción de un Estado miembro de la UE que sea competente para resolver un litigio interno sobre el que pueda incidir la normativa comunitaria, las principales cuestiones que suscita el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia (TJ) han sido precisadas por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ETJUE), de 13 de diciembre de 2007, anexo al Tratado de Lisboa como Protocolo núm. 3, y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (RPTJ), de 25 de septiembre de 2012, que sustituye al anterior de 19 de junio de 1991. Además, esta normativa es objeto de una copiosa jurisprudencia comunitaria⁶, que aparece resu-

⁶ Basta con reseñar que el *Informe Anual del Tribunal de Justicia* correspondiente a 2011 (accesible en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/) muestra que de 1953 a 2011 se plantearon 7.428 cuestiones prejudiciales de un total de 17.507 asuntos ante el TJ, lo que supone el 42,4% del total. Y un porcentaje muy considerable de los asuntos prejudiciales abordan cuestiones relativas al uso del artículo 267 del TFUE, como pone de relieve el examen del *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en el que aparecen los sumarios sistematizados de todas sus decisiones. Cabe avisar que, siguiendo una línea doctrinal, respaldada por el propio TJ, en esta investigación hemos preferido citar sus sentencias y autos dictados en vía prejudicial como STJ y ATJ respectivamente, y no como STJCE, ATJCE, STJUE y ATJUE, que es otra forma comúnmente utilizada doctrinalmente, para evitar confundir al TJ con la institución judicial de la Unión en la que se integra, el TJUE, ya que no es éste —sino aquél— quien resuelve las cuestiones prejudiciales suscitadas por las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, a pesar de lo que puede dejar entrever una lectura aislada del artículo 267 del TFUE, en cuanto se refiere al TJUE. Todas las STJ y los ATJ citados están disponibles en <http://curia.europa.eu>.

mida de forma sistemática en la *Nota informativa del Tribunal de Justicia sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*, cuya última versión es de 28 de mayo de 2011⁷.

Mientras en la UE se resuelven muchas cuestiones prejudiciales cada año (basta con recordar que, según el *Informe Anual del Tribunal de Justicia de 2011*, este año el TJ dictó 320 resoluciones sobre cuestiones prejudiciales, de las que 238 fueron sentencias), en el MERCOSUR sólo se han dictado tres opiniones consultivas⁸, lo que tampoco debe sorprender demasiado porque el TPR lleva poco tiempo en funcionamiento (fue constituido el 13 de agosto de 2004) y en esta organización es excepcional el recurso a una instancia arbitral para la solución de una controversia.

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Podrán solicitar opiniones consultivas al TPR todos los Estados Parte del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria de esta organización (CMC, Grupo Mercado Común —GMC— y Comisión de Comercio del MERCOSUR —CCM—) y los TTSSJJ de los Estados Parte con jurisdicción nacional (artículo 2 de la Decisión CMC N° 37/03) que, según dispone el artículo 2 de la Decisión CMC N° 02/07, son la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay y, finalmente, la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay. A su vez, el artículo 13 de la Decisión CMC N° 23/05 habilita al Parlasur para pedir una opinión consultiva, a pesar de su naturaleza consultiva.

La Decisión CMC 02/07 faculta a los TTSSJJ antes mencionados para delegar expresamente la solicitud de opinión consultiva en otros órganos ju-

⁷ Todos estos textos de la UE pueden consultarse en Internet en <http://curia.europa.eu/>

⁸ Se trata de las opiniones consultivas N° 01/2007, asunto *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*; N° 01/2008, de 24 de abril de 2009, asunto *Sucesión Carlos Schenk y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas y Otros. Cobro de pesos*; y N° 1/2009, asunto *Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y Otros. Cobro de pesos*. Las tres están disponibles en http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_opiniones.htm. Siguiendo la práctica corriente en el MERCOSUR, en esta investigación nos referiremos a estas tres opiniones consultivas con la abreviatura OC TPR N°.

risdccionales superiores de ámbito nacional (artículo 3), si bien no se ha hecho uso todavía de esta posibilidad. *A contrario*, no se puede habilitar a los órganos judiciales mercosureños sin jurisdicción nacional para evacuar directamente opiniones consultivas al TPR, por lo que deberán canalizar sus peticiones de interpretación sobre el Derecho del MERCOSUR a través de sus TTSSJJ⁹.

La reglamentación interna aprobada por los TTSSJJ precisa adicionalmente que todos los órganos del poder judicial —luego también los propios tribunales superiores— pueden promover directamente una opinión consultiva en el propio proceso de que conozcan, sea en primera instancia o en vía de recurso (así, artículo 8 de la Acordada 13/08), tanto de oficio como a petición de una de las partes de la causa (*verbigratia*, artículo 354.1 de la Emenda Regimental 48/2012).

En la UE sólo los órganos jurisdccionales de los Estados miembros están legitimados para evacuar una cuestión prejudicial (como se infiere claramente del tenor literal del artículo 267 del TFUE y el artículo 23 del ETJUE, entre otros preceptos), no los Estados ni las instituciones comunitarias, lo que resulta coherente con su naturaleza de mecanismo de colaboración procesal que tiene lugar en el marco de un litigio nacional entre el TJ y las jurisdicciones internas para cuya resolución hay que solventar el incidente procesal relativo a la interpretación y/o la apreciación de validez de las normas de la Unión¹⁰.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que en la UE se aplica una noción comunitaria de jurisdicción de un Estado miembro a los efectos del artículo 267 del TFUE, ya que el TJ ha aceptado la calificación dada al órgano por el derecho nacional (*teoría del reenvío*) pero, adicionalmente, ha enriquecido este concepto con un contenido autónomo, que tiene en cuenta más la función que desempeña el órgano y el estatuto jurídico que se le reconozca

⁹ Así lo recuerda el TPR en su OC N° 01/2008, párrafo 18.

¹⁰ De hecho, lo único que pueden hacer los Estados miembros, determinadas instituciones de la UE y las partes del proceso nacional es participar en el procedimiento prejudicial que se desarrolla ante el TJ presentando observaciones escritas y orales, en determinadas condiciones que precisamos después.

¹¹ En este sentido, la STJ de 29 de noviembre de 2001, *De Coster*, C-17/00, *Rec.* p. I-9445, apartado 10, recuerda que la calificación de un órgano nacional como jurisdicción a los efectos del artículo 267 del TFUE depende de «un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia».

en el sistema nacional que su denominación formal, para acoger en su seno a órganos no judiciales según el ordenamiento interno (*teoría de la adopción*)¹¹. De este modo, en España han tenido cabida en la noción de jurisdicción de un Estado miembro desde la perspectiva de las cuestiones prejudiciales no sólo los juzgados y tribunales del Poder Judicial¹² y el Tribunal Constitucional¹³ sino también el Tribunal de Defensa de la Competencia (hoy en día la Comisión Nacional de la Competencia)¹⁴ y los Tribunales Económico-Administrativos¹⁵. Cuando el órgano que suscita la cuestión prejudicial no cumple los criterios antedichos, el TJ declara inadmisibile su petición, como ha hecho recientemente en varios casos que han llegado a su pretorio, sea porque se trataba de un órgano administrativo¹⁶, sea porque era una jurisdicción internacional¹⁷. La autonomía relativa de la noción comunitaria de jurisdicción está justificada por la necesidad de respetar el espíritu del proceso prejudicial y hacerlo realmente eficaz, pero su falta de sistematización en la jurisprudencia comunitaria ha llevado a excesos innecesarios que, a la postre, han gene-

¹² En relación con el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos integrantes del Poder Judicial, véase RUIZ JARABO-COLOMER, D., «El juez nacional como juez comunitario. Valoración de la práctica española», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LINÁN NOGUERAS, D.J. (Dir.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 653-674.

¹³ Como ha confirmado el Tribunal Constitucional en su auto 86/2011, de 9 de junio, en el que por primera vez acude al TJ en vía prejudicial. Vid. para su comentario, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARIA, M.P., «Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial», en FERNÁNDEZ LIESA, C.R., MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. y MENÉNDEZ REXACH, E. (Dir.), *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, CGPJ y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011, pp. 189-214; ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional», *InDret*, vol. 4, de 24 de octubre de 2011; REVENGA SÁNCHEZ, M., «Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al TJ (ATC 86/2011, de 9 de junio)», *R.E.D.E.*, núm. 41, 2012, pp. 139-150;

¹⁴ STJ de 16 de junio de 1992, *Aragonesas de Publicidad*, C-67/91, *Rec.* p. I-4785

¹⁵ STJ de 1 de abril de 1993, *Iberlacta y Diversinte*, C-260 y 261/90, *Rec.* p. I-1885.

¹⁶ Por ejemplo, la *Mora kommun, Miljö- och hälsoskydds nämnden* (Comisión de Protección del Medio Ambiente y de la Salud del Ayuntamiento de Mora), de Suecia (ATJ de 24.3.2011, *Bengtsson*, C-344/09, todavía no publicado en la *Recopilación*).

¹⁷ Así, la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas (STJ de 11.6.2011, *Miles*, C-196/09, todavía no publicada en la *Recopilación*). Véase para su comentario, y en general la jurisprudencia comunitaria relativa a la noción de jurisdicción de un Estado miembro *ex* artículo 267 del TFUE, CIENFUEGOS MATEO, M., «¿Pueden las jurisdicciones internacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia?», *R.E.D.E.*, núm. 41, 2012, pp. 151-192.

rado inseguridad jurídica, como han denunciado fundadamente autores doctrinales significativos¹⁸ y varios abogados generales¹⁹.

Adicionalmente, el artículo 267 del TFUE distingue, en sus apartados 2 y 3, entre las jurisdicciones nacionales facultadas y las obligadas a plantear cuestiones prejudiciales al TJ. El criterio determinante para diferenciarlas no es la posición del órgano judicial nacional en la jerarquía jurisdiccional interna (*teoría abstracta*) sino el carácter definitivo de su decisión (*teoría concreta o funcional*), esto es, la imposibilidad de impugnar en el derecho nacional el acto jurisdiccional (sentencia y auto, comúnmente) que pone fin al proceso interno entrando en el fondo del asunto²⁰. Lo que significa, en términos generales, que una jurisdicción de un Estado miembro no tendrá que suscitar una cuestión prejudicial mientras sea posible interponer el recurso ordinario de apelación y, en su defecto, el recurso extraordinario de casación frente a sus decisiones. Por vía de consecuencia, determinadas jurisdicciones internas están, por definición, obligadas a acudir al TJ *ex* artículo 267 del TFUE, como —siguiendo con el ejemplo de España— sucede con el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. En los demás supuestos habrá que examinar si el acto jurisdiccional con el que finaliza el proceso es firme, en cuyo caso el juez *a quo* deberá también elevar cuestiones prejudiciales, como ocurre con cierta frecuencia con las decisiones de la Audiencia Nacional, los tribunales superiores de justicia y las audiencias provinciales.

En todo caso, la distinción entre jurisdicciones obligadas y facultadas sólo es realmente operativa una vez que el llamado *juicio de relevancia* resulta positivo. En efecto, se trate de la interpretación o de la apreciación de validez de una norma comunitaria, la cuestión prejudicial ha de ser necesaria, y lo es cuando la respuesta a ella puede condicionar el resultado del litigio nacional. No será necesaria si la cuestión no es pertinente, lo que sucede

¹⁸ Véase al respecto ALONSO GARCÍA, R., «La noción de «órgano jurisdiccional» a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», en FERNÁNDEZ LIESA, C.R., MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. y MENÉNDEZ REXACH, E. (Dirs.), *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, cit., pp. 147-165.

¹⁹ Véase en particular las conclusiones generales de RUIZ-JARABO COLOMER de 28 de junio de 2001, asunto *De Coster*, C-17/00, *Rec.* p. I/9445.

²⁰ Vid. la distinción entre las jurisdicciones nacionales facultadas y las obligadas en la STJ de 4 de junio de 2002, *Lyckeskog*, C-99/00, *Rec.* p. I-4839. En cuanto a la doctrina, véase PASTOR LÓPEZ, M., «La obligatoriedad o el carácter facultativo de la cuestión prejudicial del Derecho comunitario europeo», *Noticias C.E.E.*, núm. 25, 1987, pp. 103-111.

cuando el Derecho de la UE es manifiestamente inaplicable al caso porque debe resolverse el proceso interno sobre la base del derecho interno o del Derecho internacional, o cuando el objeto de la cuestión no es realmente la determinación del sentido o la apreciación de validez de una disposición comunitaria, sino de una norma nacional o internacional que nada tenga que ver con el litigio interno. Es preciso adicionalmente que existan dudas razonables acerca de la interpretación o la validez de la norma comunitaria que puede ser aplicada al caso, lo que no ocurre cuando la respuesta a la pregunta planteada se desprende con claridad de los textos legales (el acto es claro) o existe una jurisprudencia comunitaria diáfana al respecto (el acto ha sido aclarado)²¹. La aplicación jurisdiccional en los Estados miembros de las doctrinas del acto claro y, en menor medida, del acto aclarado en el marco del incidente prejudicial ha llevado a abusos, como han probado la doctrina²² y los abogados generales²³. Respondiendo en cierto modo a sus sugerencias de cambio, el TJ, en su *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*, antes citada, señala que «una remisión prejudicial puede resultar especialmente útil (...) cuando se suscite una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en el conjunto de Estados miembros» y «cuando la jurisprudencia existente no parezca aplicable a una situación inédita» (punto 13).

Hay que tener en cuenta, adicionalmente, que todas las jurisdicciones nacionales, sean o no firmes sus decisiones, tienen la obligación de plantear una cuestión prejudicial de validez cuando tengan dudas sobre la legalidad de una norma de la UE, o inclusive estén convencidas de que es ilegal, sin poder inaplicarla por sí mismas porque la declaración de su invalidez es competencia exclusiva (de los tribunales integrantes) del TJUE²⁴. Asimismo, todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben suscitar una cuestión prejudicial de interpretación cuando exista una interpretación del TJ —o de

²¹ Véase en particular la STJ de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415, apartados 7 a 14.

²² Vid., en nuestra doctrina, por todos, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «Los *freelance* del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina CILFIT», en HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO y ZAMORA ZARAGOZA, F.J. (Dirs.), *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 371-438.

²³ *Verbigratia*, las conclusiones generales de CRUZ VILLALÓN de 10 de junio de 2010, *Georgi Ivanov Elchinov*, C-173/09, *Rec.* 2010, p. I-8889.

²⁴ STJ de 22 de noviembre de 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.* p. 4199.

los otros tribunales de la UE— sobre una norma comunitaria de la que disientan, ya que resolver el litigio interno proveyendo a ésta de un significado o alcance distinto constituiría una vulneración de la jurisprudencia comunitaria²⁵. Con esta doble obligación de consulta se aspira a garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la UE por los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros²⁶.

La situación es muy diferente en el MERCOSUR, donde no tiene cabida la distinción comunitaria entre jurisdicciones nacionales facultadas y obligadas, puesto que sólo los TTSSJJ pueden pedir una opinión consultiva al TPR y las demás jurisdicciones internas han de circunscribirse a formularles una petición en tal sentido, según vimos antes. Además, la reglamentación de las opiniones consultivas no precisa que los jueces mercosureños (sean los tribunales superiores directamente, sean los inferiores cuando les instan a acudir ante el TPR) hayan de llevar a cabo un juicio de relevancia acerca de la necesidad de una opinión consultiva, si bien cabe sobreentenderla con la referencia a «la causa en trámite judicial» que contienen varias de las reglas internas antedichas (así, artículo 1 de la Acordada 13/08). Y, finalmente, resulta que los jueces de los Estados mercosureños encargados de fallar un litigio en el que el Derecho del MERCOSUR podría ser aplicable no están obligados, en ningún supuesto, a pedir a sus TTSSJJ que evacúen una opinión consultiva al TPR, ni tampoco éstos tienen que tramitar una petición recibida de aquéllos o promoverla *motu proprio* en una causa deferida a su decisión. Invocando el artículo 38 del POP, la doctrina mercosureña ha propugnado que, en hipótesis extremas, como sería aplicar en un proceso nacional una norma del MERCOSUR con una interpretación distinta a la contenida en una opinión consultiva del TPR o bien declararla inaplicable por considerarla inválida, especialmente si existiese jurisprudencia diferente de los TTSSJJ, se debería, en una futura reforma de la reglamentación de las opiniones consultivas, adoptar una solución similar a la que, para estos casos, se ha impuesto jurisprudencialmente en la UE, en aras a evitar la consolidación de jurisprudencias nacionales que puedan fragmentar la aplicación uniforme del ordenamiento mercosureño²⁷.

²⁵ STJ de 27 de marzo de 1963, *Da Costa en Schaake*, 28 a 30/62, *Rec.* p. 59.

²⁶ En palabras del TJ, hay que «evitar que se asiente en cualquier Estado miembro una jurisprudencia nacional no acorde con las normas de Derecho comunitario» que pueda comprometer su unidad (sentencia de 24 de mayo de 1977, *Hoffmann-La Roche*, 107/76, *Rec.* p. 957, apartado 5).

²⁷ PEROTTI, A.D., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, *op.cit.*, pp. 75-76.

III. OBJETO

El artículo 4 de la Decisión CMC 37/03 prevé que las opiniones consultivas remitidas por los TTSSJJ sólo pueden referirse a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción (TA), de 26 de marzo de 1991, el Protocolo de Ouro Preto (POP), de 17 de diciembre de 1994, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM. En cambio, las solicitudes de opiniones consultivas que procedan de los Estados actuando conjuntamente y los órganos mercosureños pueden versar sobre cualquier cuestión jurídica relativa a estas mismas fuentes del Derecho mercosureño. Según algunos autores, esta diferencia de redacción (cualquier cuestión jurídica en el primer supuesto y sólo la interpretación jurídica en el segundo) «no puede considerarse caprichosa sino que hace más restringida la labor del Tribunal para este último caso»²⁸. Mas no parece que haya tenido influencia en las opiniones consultivas resueltas hasta ahora debido al concepto amplio de interpretación que el TPR está utilizando y que, con buena lógica, le ha permitido, por ejemplo, apreciar la compatibilidad de las normas de los Estados Partes con las mercosureñas²⁹. De hecho, en las tres opiniones consultivas el punto neurálgico de la argumentación fue la supremacía de las normas del Derecho del MERCOSUR sobre los ordenamientos internos, de tal suerte que este procedimiento está siendo utilizado para sancionar de modo indirecto (a través de las jurisdicciones internas) las infracciones de sus Estados Parte, dado que el recurso directo de incumplimiento no existe en el Cono Sur³⁰, a la vez que como cauce (también indirecto) de acceso de los particulares ante la jurisdicción mercosureña, vista su carencia de legitimación directa³¹.

²⁸ PUCEIRO RIPOLL, R., «Guía Opiniones consultivas en el régimen del Protocolo de Olivos», *Análisis del CURI*, núm. 4, 2009, p. 5.

²⁹ Es esclarecedora la OC TPR N° 01/2008, párrafo 33: «en la actual etapa del proceso de integración, tanto los Tribunales *Ad Hoc* como el TPR, aunque carecen de competencia para declarar de forma directa la nulidad o la inaplicabilidad de la norma interna (...), pueden declarar la incompatibilidad de la norma interna con el Derecho del MERCOSUR» en materias de competencia de esta organización.

³⁰ DREYZIN DE KLOR, A. y PEROTTI, A.D., *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Advocatus, Córdoba, 2009, pp. 95-97.

³¹ En efecto, los particulares sólo pueden participar directamente —ser escuchados y exponer sus argumentos— en la sección nacional del GMC y de la CCM del Estado parte donde tuvieran su residencia habitual o la sede de sus negocios, pero no acudir directamente ante un tribunal arbitral *ad hoc* del MERCOSUR o su TPR. Este «protagonismo

Queda claro del tenor literal de los artículos transcritos que no caben opiniones consultivas sobre actos no vinculantes del MERCOSUR, puesto que el RPO se refiere exclusivamente a los actos obligatorios enumerados anteriormente, y lo recuerdan expresamente todas las reglas internas de los TTSSJJ cuando en su artículo 1 mencionan las normas sobre las que puede recaer una opinión consultiva.

¿Se puede cuestionar formalmente al TPR la validez de una norma derivada del MERCOSUR? Aunque así lo proclaman literalmente la Acordada 549 (artículos 1, 3 y 6) y la Circular 86/2007 (artículos 1, 4 y 7), la respuesta debe ser negativa porque la Decisión CMC N° 37/03 explicita que el objeto de una opinión consultiva es toda cuestión jurídica relativa al Derecho mercosureño (la interpretación jurídica, en caso de ser suscitada por un tribunal superior), sin referirse en modo alguno a la posibilidad de requerir por esta vía un pronunciamiento sobre la legalidad de las normas mercosureñas³².

Ello no significa que el TPR deba ineludiblemente aplicar una norma de los órganos del MERCOSUR que sea incompatible con su Derecho originario porque la función de interpretar abarca el «desentrañar el alcance de la normativa» y ello incluye determinar la conformidad de un acto del Derecho derivado mercosureño con las normas superiores de este ordenamiento³³. La

muy limitado» fue denunciado hace más de una década por REY CARO, E.J., «Los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias en el MERCOSUR: antecedentes, realidad y perspectivas», en PUEYO LOSA, J. y REY CARO, E.J. (Coords.), *MERCOSUR: Nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Ciudad Argentina y Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2000, pp. 95-146, en particular pp. 130-132. Y la situación no ha variado sustancialmente desde entonces, como pone de relieve la lectura de JOVTIS, I., «La legitimación activa en el sistema de solución de diferencias del MERCOSUR», en HERNÁNDEZ RAMOS, M., SÁIZ ARNÁIZ, A., TORRES PÉREZ, A. y ZELAIA GARAGARZA, M. (Coords.), *Tribunales en organizaciones de integración: MERCOSUR, Comunidad Andina y Unión Europea*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 87-101.

³² Cabe añadir que el TPR no puede declarar nulas las normas de los órganos del MERCOSUR, aunque sean contrarias a su Derecho originario, porque en el Cono Sur se le ha privado igualmente de la facultad de ejercer un control directo de legalidad. Se trata de una diferencia sensible con lo que sucede en la UE, donde el TJUE cuenta no sólo con la cuestión prejudicial de validez —como veremos a renglón seguido— sino también con el recurso directo de anulación —i.a.— para examinar la legalidad de los actos obligatorios de sus instituciones (artículos 263 y 264 del TFUE).

³³ PEROTTI, A.D. (*Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, op. cit., pp. 48-51 y 53) concluye que «esta atribución competencial se deriva de una lectura finalista del propio ordenamiento regional», así como de «la pirá-

cuestión se suscitó en la OC N° 01/2007, ya que se planteaba si los artículos 1, 6 y 11 de la Decisión CMC N° 02/07 —que, recordemos, desarrolla el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR por los TTSSJJ— eran inaplicables por su presunta contradicción con el Derecho originario. El Tribunal optó por una solución salomónica, rechazando por mayoría declarar inaplicable el artículo 11 de la Decisión CMC N° 02/07, pero recomendando por unanimidad al CMC la revisión del sistema de pago de las costas de las opiniones consultivas regulado por ese precepto porque «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 tanto todos los países son beneficiarios del mismo y en consecuencia éstos deben soportar los gastos y honorarios correspondientes»³⁴. Además, varios árbitros asentaron en sus votos particulares que el TPR tiene competencia para proclamar inaplicables normas del Derecho derivado que transgredan manifiestamente el Derecho originario del MERCOSUR³⁵.

El régimen jurídico de las cuestiones prejudiciales en la UE es muy diferente, ya que el artículo 267 del TFUE dispone que éstas pueden versar directamente sobre la interpretación y la validez de las normas de la UE y en sus normas de desarrollo se ha establecido, con buen criterio, un régimen jurídico análogo para las dos modalidades de cuestión prejudicial, pues las diferencias existentes por su función (en esencia, aclarar el sentido y alcance de una disposición comunitaria en el primer supuesto³⁶ y controlar la legalidad de una norma de la UE una vez expirado el plazo de recurso directo de anulación en el segundo) no deben ser sobredimensionadas: a la postre, con

mide jurídica del ordenamiento del MERCOSUR» que resulta del artículo 41 del POP y los artículos 1, inciso 1, 34, inciso 1, y 39 del PO.

³⁴ OC TPR N° 01/2007, epígrafe G (situación del nuevo Reglamento del procedimiento para opiniones consultivas al TPR), acápite 2, apartado E, párrafo 46, y parte dispositiva, apartados 4 y 5.

³⁵ Véanse en este sentido los votos particulares de FERNÁNDEZ DE BRIS, OLIVERA GARCÍA y MORENO RUFFINELLI.

³⁶ Cabe comentar incidentalmente que, en aras a ayudar eficazmente al juez nacional en la resolución del litigio interno, el TJ ha adoptado un concepto de interpretación del Derecho de la UE en vía prejudicial muy amplio, pues llega incluso a aclarar si una norma interna es compatible con el ordenamiento comunitario tal como éste ha sido interpretado (así, sentencias de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon / Gouvernement flamand*, C-212/06, *Rec. p. I-1683* y 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*, C-118/08, *Rec. p. I/635*).

el incidente prejudicial se pretende esencialmente, en ambos casos, salvaguardar la unidad del ordenamiento jurídico comunitario³⁷. Es por ello constante la práctica del TJ de reformular cuestiones prejudiciales de interpretación de un acto comunitario para analizar su validez y también que proceda a la inversa, entendiendo que una cuestión prejudicial de validez no deja de ser con frecuencia una cuestión especial de interpretación y que para enjuiciar la legalidad de una norma comunitaria con el Derecho de la UE se precisa la interpretación de ambos³⁸.

Objeto de cuestión prejudicial de interpretación pueden ser todas las fuentes del ordenamiento comunitario, con independencia de su carácter obligatorio, su rango y su autor, incluidas las sentencias del TJ³⁹ y los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión que no son vinculantes, como las recomendaciones y los dictámenes⁴⁰. La cuestión prejudicial de validez es más restrictiva, puesto que no alcanza a los Tratados, las Actas de Adhesión y sus Protocolos⁴¹. Y tampoco es posible examinar por la vía prejudicial la legalidad de un acuerdo internacional⁴², ni la validez de las sentencias del TJ⁴³ o de los actos no vinculantes de las instituciones, órganos y organismos de la Unión⁴⁴. En algunos supuestos una cuestión prejudicial solamente puede suscitarse en determinadas condiciones⁴⁵.

³⁷ STJ de 22 de noviembre de 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.* p. 4199.

³⁸ STJ de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69, *Rec.* p. 419.

³⁹ STJ de 16 de marzo de 1978, *Bosch*, 135/77, *Rec.* p. 855.

⁴⁰ STJ de 15 de junio de 1976, *Frecassetti*, 113/75, *Rec.* p. 983.

⁴¹ Se infiere, *a contrario*, de la STJ de 15 de enero de 1986, *Hurd*, 44/84, *Rec.* p. 29, apartados 15 y 22.

⁴² STJ de 10 de marzo de 1998, *Alemania/Consejo*, C-122/95, *Rec.* p. I-973. *Mutatis mutandis*, lo mismo cabe decir respecto de las decisiones aprobadas por los órganos creados por acuerdos internacionales que sean obligatorios para la UE (STJ de 20 de septiembre de 1990, *Sevince*, C-192/89, *Rec.* p. I-3461)

⁴³ ATJ de 28 de abril de 1998, *Reisebüro Binder*, C-116/96 REV, *Rec.* p. I-1889.

⁴⁴ STJ de 11 de mayo de 2006, *Friesland Coberco Dairy Foods*, C-11/05, *Rec.* p. I/4285.

⁴⁵ Así, no cabe cuestión prejudicial sobre los actos que componen lo que tradicionalmente se ha llamado *Derecho complementario*, como los convenios comunitarios y los convenios europeos, porque no son, en puridad, Derecho de la UE, de tal suerte que el TJ sólo tiene competencia prejudicial respecto a ellos si los Estados miembros se la otorgan expresamente en el mismo convenio o en un protocolo anexo a los mismos (STJ de 27 de noviembre de 1973, *Vandeweghe*, 130/73, *Rec.* p. 1329). Y respecto de los actos de la política exterior y de seguridad común, el TJ sólo tiene competencia prejudicial para controlar que esta política no afectará a las competencias de las instituciones para ejecutar las acciones y políticas de la Unión mencionadas en los artículos 3 a 6 del TFUE, y a la inversa (artículo 24 del TUE, que reenvía a su artículo 40).

IV. PROCEDIMIENTO

Los aspectos relativos a la solicitud, tramitación y decisión de una opinión consultiva procedente de los TTSSJJ están regulados por la Decisión CMC N° 02/07 y las reglas internas antes mencionadas aprobadas por todos ellos⁴⁶, menos el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay⁴⁷. En la UE estos aspectos aparecen desarrollados por el ETJUE, en particular sus artículos 23 y 23 bis, y el RPTJ, especialmente los artículos 93 a 118)⁴⁸, así como en copiosa jurisprudencia comunitaria. Los elementos más sobresalientes de este régimen jurídico aparecen sistematizados en la citada *Nota informativa del Tribunal de Justicia sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*, en la que se brindan útiles consejos acerca de cómo ha de redactarse una petición de cuestión prejudicial. En la mayoría de los Estados de la UE no existen normas parecidas a las reglas internas de los TTSSJJ de los Estados mercosureños⁴⁹, por lo que

⁴⁶ Para un análisis del contenido de la Acordada 13/08 argentina y sus diferencias con las reglas internas de otros TTSSJJ, véase DREYZIN DE KLOR, A., «La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reglamenta la elevación de las opiniones consultivas», 2008, accesible en www.epica-sur.org/.../la_corte_suprema_de_justicia_de_la_nacion_argentina_reglamenta_la_elevacion_de_las_opiniones_consultivas.pdf

⁴⁷ En cambio, el artículo 3 de la Decisión CMC N° 37/03 regula directamente la tramitación de las opiniones consultivas planteadas por los Estados Parte del MERCOSUR y sus órganos. Se dispone así que el/los Estado/s Parte/s que desee/n pedir una opinión consultiva ha/n de presentar un proyecto de solicitud a los demás Estados a efectos de consensuar su objeto y contenido. Logrado el consenso, la Presidencia *Pro Tempore* preparará el texto de la solicitud, y lo presentará al TPR a través de su Secretaría. En el caso de los órganos del MERCOSUR, si uno de ellos decide remitir una opinión consultiva, ésta deberá constar en el acta de la Reunión en la cual se decida pedirla y será presentada por la Presidencia *Pro Tempore* al TPR a través de su Secretaría.

⁴⁸ Véase para su análisis GIL IBÁÑEZ, A.G., «Referencias jurisprudenciales para el planteamiento de cuestiones prejudiciales», *Revista del Poder Judicial*, núm. 40, 1995, pp. 331-350; LEÓN JIMÉNEZ, R., «Procedimiento y aspectos formales de la cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias UE*, núm. 221, 2003, pp. 59-64; MARTÍNEZ GIMENO, M., «Cuestiones procedimentales (I): disposiciones comunes a todo procedimiento, recursos directos y cuestiones prejudiciales», en MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. (Dir.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, *op. cit.*, pp. 677-779.

⁴⁹ En efecto, en tres Estados de la UE (Chipre, Francia y el Reino Unido) se ha aprobado una especie de directrices para guiar a los jueces nacionales en el uso del incidente prejudicial, lo que no parece muy conforme con la naturaleza directamente aplicable del artículo 267 del TFUE, pues se corre el riesgo de que se pierda de vista su naturaleza de procedimiento de cooperación directa de juez a juez y, por ende, se ponga en peligro su

esta nota informativa viene a cumplir una función equivalente en buena medida a la de aquéllas, pero con la diferencia sensible de que no es obligatoria, como recuerda la nota misma.

En relación con las opiniones consultivas de los TTSSJJ, el artículo 4 de la Decisión CMC N° 02/07 requiere que la solicitud sea presentada por escrito por un tribunal superior y contenga los siguientes elementos: a) exposición de los hechos y del objeto de la solicitud; b) descripción de las razones que motivaron la petición y c) indicación precisa de la normativa del MERCOSUR a la que afecta⁵⁰. Este mismo precepto recuerda —pues ya lo decía el RPO, según vimos antes— que las opiniones consultivas deben referirse exclusivamente a la interpretación jurídica del TA, del POP, de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del TA, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM y estar necesariamente vinculadas a causas en trámite en el Estado Parte del tribunal superior peticionario.

El artículo 4 dispone también que la solicitud de una opinión consultiva podrá estar acompañada de las consideraciones formuladas por las partes en litigio, si las hubiere, y por el Ministerio Público acerca de la cuestión objeto de la consulta y de cualquier documentación que pueda contribuir para su instrucción, así como que el TPR puede requerir a quien le solicitó la opinión consultiva las aclaraciones y/o documentación que entienda necesarios en el ejercicio de su competencia.

A falta de regulación acerca de la forma jurídica que debe revestir la petición de opinión consultiva, de la práctica jurisdiccional seguida hasta ahora se infiere que puede utilizarse cualquiera de las formas que existen en los ordenamientos internos de los Estados mercosureños para las resoluciones judiciales⁵¹.

finalidad de asegurar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho de la UE, lo que podría constituir una infracción de este ordenamiento. Acertadamente, la mayoría de Estados miembros ha evitado incurrir en este «semillero de problemas», en expresión afortunada de MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pp. 289-290.

⁵⁰ Se trata de unos requisitos formales análogos a los de las opiniones consultivas que insten los Estados parte actuando conjuntamente o un órgano mercosureño (artículo 5 de la Decisión CMC N° 37/03).

⁵¹ En las OC TPR N° 01/2008 y N° 01/2009 consta que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay evacuó la consulta por medio de oficio, sin que figure en la OC TPR N° 01/2007 bajo qué forma jurídica lo hizo la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. En el asunto *Sancor Cul*, luego referido, la Corte Suprema de la Nación Argentina optó por una sentencia.

La regulación de las cuestiones prejudiciales de la UE es análoga a la de las opiniones consultivas, si bien los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros disponen de más discrecionalidad que los jueces mercosureños a la hora de formular las cuestiones prejudiciales, pues de la normativa comunitaria mencionada, y en particular de la jurisprudencia que la interpreta, resulta que les corresponde únicamente a ellos «decidir en último término tanto la forma como el contenido» de las mismas⁵².

La forma jurídica concreta que debe revestir la decisión de planteamiento de una cuestión prejudicial depende de lo dispuesto por los ordenamientos jurídicos internos para los supuestos análogos de los incidentes procesales o las cuestiones de constitucionalidad, al ser una cuestión no regulada por el Derecho comunitario⁵³. En todo caso, el Tribunal no se muestra excesivamente formalista a este respecto⁵⁴.

En cuanto al contenido, el nuevo artículo 94 del RPTJ dispone que la petición prejudicial ha de hacer una exposición concisa del objeto del litigio y los hechos pertinentes, el texto de las normas y jurisprudencia nacional que pueda ser aplicable y las razones que llevan al juez *a quo* a preguntarse sobre la interpretación y/o la apreciación de validez de determinadas disposiciones del Derecho de la UE para fallar el litigio principal y la relación que tienen con la normativa nacional aplicable (artículo 94 del RPTJ)⁵⁵. Este precepto positiviza las orientaciones prácticas que contenía la citada *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (puntos 21 y 22), que también les aconseja que redacten su decisión de manera sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos, por lo que una decena de páginas suele bastar para exponer de modo

⁵² STJ de 21 de julio de 2011, Kelly, C-104/10, todavía no publicada en la recopilación, apartado 65.

⁵³ Punto 20 de la *Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*. En España debe hacerse por auto porque la remisión prejudicial abre un incidente procesal cuya necesidad debe justificarse (por ejemplo, artículo 208 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

⁵⁴ Así, en el asunto *Reina* el TJ declaró que no le competía verificar si la decisión por la cual se planteaba una cuestión prejudicial había sido adoptada con arreglo a «las reglas de organización y de procedimiento judicial del derecho nacional» (sentencia de 14 de enero de 1982, 65/81, *Rec.* p. 33, apartados 6-8).

⁵⁵ La motivación de la decisión de remisión prejudicial resulta también una exigencia de los ordenamientos internos para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y su vulneración puede dar lugar a un recurso constitucional de amparo (véase *infra* apartado V).

adecuado el contexto de una petición de decisión prejudicial. El Tribunal puede solicitarle aclaraciones si lo considera necesario (artículo 101 del RPTJ), realizar un resumen de la petición de decisión prejudicial si la considera demasiado larga (artículo 98 del RPTJ) y declarar inadmisibles una cuestión prejudicial si aprecia que falta precisión sobre el contexto fáctico y normativo en el que se inserta⁵⁶.

La decisión acerca de la fase del proceso interno en que se evacúa la cuestión prejudicial también depende de la discreción del juez nacional⁵⁷. Mas es recomendable que se adopte cuando esté definido el marco fáctico y jurídico del problema, con los hechos del asunto establecidos y los problemas de derecho nacional determinados, para que el TJ disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, si el ordenamiento de la UE puede ser aplicable al litigio nacional⁵⁸. Lógicamente, la cuestión prejudicial puede promoverse no sólo en primera instancia sino también en instancias posteriores, inclusive una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad⁵⁹.

En el MERCOSUR, todas las reglas internas de los TTSSJJ han previsto su competencia para verificar que la solicitud de opinión consultiva que le remita un juez interno se adecúe a los requisitos procesales de admisibilidad antedichos, y rechazarla en caso contrario⁶⁰. En el marco de este examen de la adecuación procesal, ¿disponen los tribunales superiores de margen discrecional para cambiar el sentido y alcance de la solicitud si aprecian la existencia de algún defecto? Todavía no hay respuesta concluyente a esta cuestión porque hasta ahora los TTSSJJ no han declarado inadmisibles por motivos de fondo ni de oportunidad las peticiones de opinión consultiva que les habían transmitido las jurisdicciones nacionales inferiores y las han transmitido al TPR tal y como habían sido redactadas por ellas⁶¹.

⁵⁶ Así, ATJ de 13 de enero de 2010, *Calestani y Lunardi*, C-292 y 293/09, *Rec. p. I-1*.

⁵⁷ STJ de 21 de abril de 1988, *Fratelli Pardini*, 338/85, *Rec. p. 2041*.

⁵⁸ En esta línea, el TJ ha recordado que «es conveniente» que la cuestión prejudicial se formule después de un debate contradictorio en el litigio interno «en interés de una buena administración de justicia» (sentencia de 28 de junio de 1978, *Simmenthal*, 70/77, *Rec. p. 1453*, apartado 10).

⁵⁹ STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-188/10 y 189/10, *Rec. p. I/5667*.

⁶⁰ Artículo 5 de la Circular 86/2007; artículo 5 de la Acordada 13/08; artículo 4 de la Acordada 7604 y artículo 354 L de la Emenda Regimental 48/2012.

⁶¹ La doctrina mercosureña está dividida a este respecto. Según algunos, los TTSSJJ no deberían cambiar el sentido y alcance de la opinión consultiva solicitada por un juez nacional, salvo para subsanar errores menores (DREYZIN DE KLOR, A. y PEROTTI, A.D.,

En la UE no existe una regulación similar a la del MERCOSUR respecto a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, pero el TJ ha proclamado su competencia para llevar a cabo este control en abundante jurisprudencia, recogida en el reciente artículo 100 del RPTJ cuando proclama que el Tribunal puede constatar en todo momento que ha dejado de ser competente para conocer de la petición de decisión prejudicial. El TJ también se ha declarado competente para reformular las cuestiones prejudiciales⁶². En efecto, a la vista de la información contenida en la resolución de petición prejudicial, el Tribunal puede alterar el orden de las cuestiones prejudiciales, modificar su contenido y/o cambiar su objeto⁶³, así como negarse a responderlas, fundamentalmente porque no vea claro que guarden relación con el objeto del proceso nacional (falta de necesidad), no procedan de una jurisdicción nacional (con la acepción comunitaria antes descrita) o excedan el ámbito de su competencia prejudicial, ya que en esta vía procesal puede interpretar y enjuiciar la validez del ordenamiento de la UE, pero no está facultado para interpretar el derecho interno, ni verificar la realidad de los hechos del litigio nacional o proceder a su calificación jurídica, ni aplicar el Derecho comunitario al caso de autos⁶⁴.

Cabe agregar que, por la vía de los recursos internos contra la decisión del juez *a quo* de suscitar la cuestión prejudicial, se efectúa también un exa-

El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR, *op. cit.*, p. 95). Otros defienden que los TTSSJJ pueden llevar a cabo un control más intenso (DELUCA, S., «Análisis de la facultad consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR», *Aduana News. Periódico Jurídico Aduanero, Transporte y Comercio Exterior*, 2 de agosto de 2010, p. 2).

⁶² Véase sobre el tema CIENFUEGOS MATEO, M., «La reformulación frente a la negativa a responder las cuestiones prejudiciales del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1997-1, pp. 319-383; RUIZ-JARABO COLOMER, D. y LÓPEZ ESCUDERO, M., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales», *Revista del Poder Judicial*, 1997, pp. 83-113.

⁶³ Verbigracia, STJ de 29 de noviembre de 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, *Rec. p.* 2347.

⁶⁴ Sistematizando parcialmente su jurisprudencia a este respecto, el TJ ha declarado que «la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal no dispone de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99, *Rec. p.* I-607, apartado 19).

men doméstico de la necesidad de la respuesta prejudicial que puede llevar a su archivo por el TJ, por falta de objeto, si se le notifica que ha sido anulada tal decisión⁶⁵, puesto que su función en el marco del incidente prejudicial no es dar respuestas meramente teóricas sobre el Derecho de la UE⁶⁶. Mientras el juez interno *a quo* no retire la petición de decisión prejudicial, sea por haber sido anulada, sea por otras razones (como una transacción en el proceso nacional), el TJ sigue siendo competente para resolverla, sin perjuicio de que pueda declararla inadmisibles por los motivos anteriormente señalados (artículo 100 del RPTJ). El tribunal nacional competente para resolver el recurso interno puede asimismo reformular, total o parcialmente, las cuestiones prejudiciales elevadas al TJ por el tribunal inferior y suscitarle otras *motu proprio*⁶⁷.

Algunas reglas internas de los TTSSJJ del MERCOSUR precisan que cuando uno de ellos remite una opinión consultiva al TPR se tiene que suspender el procedimiento ante el juez que la instó, sea el mismo tribunal superior, sea uno inferior, mientras ésta es sustanciada (artículo 8 de la Circular 86/2007 y artículo 9 de la Acordada 549). No aclaran el tema la Acordada 13/08 ni la Emenda Regimental 48/2012, pero en la medida en la opinión consultiva tiene que estar vinculada a una causa en trámite judicial y que su finalidad es contribuir a garantizar la aplicación uniforme del Derecho del MERCOSUR, se puede colegir que en Argentina y Brasil hay que paralizar también el proceso nacional a la espera de la respuesta del TPR⁶⁸.

Aunque no está previsto expresamente en la reglamentación de las opiniones consultivas, del asunto *Sancor Cul* cabe extraer la enseñanza de que es posible retirar una opinión consultiva evacuada al TPR, ya que la Corte Suprema de Justicia argentina revocó por sentencia de 27 de abril de 2010 la

⁶⁵ Así, ATJ de 27 de septiembre de 2007, *Tedesco*, C-175/06, *Rec.* p. I-7929.

⁶⁶ STJ de 30 de enero de 1974, *SABAM*, 127/73, *Rec.* p. 51.

⁶⁷ Para ejemplos de la práctica judicial española de impugnación de las decisiones de remisión prejudicial, la reformulación de las cuestiones prejudiciales promovidas por los jueces nacionales inferiores y/o la elevación de nuevas cuestiones prejudiciales al TJ en vía de recurso, véase CIENFUEGOS MATEO, M., «El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales españoles: teoría y práctica», en RIPOL CARULLA, S. (Dir.), y UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (Coord.), *España ante los Tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, IVAP, Oñate, 2008, pp. 47-101.

⁶⁸ De hecho, es lo que hizo la Corte Suprema de Justicia argentina en su sentencia de 6 de octubre de 2009, en el asunto *Sancor Cul* (expediente 346/2007), en la que decidió solicitar una opinión consultiva al TPR.

petición de opinión consultiva que había decidido por anterior sentencia suya de 6 de octubre de 2009, antes de su remisión efectiva al TPR, porque la parte actora había desistido de la acción que dio origen a los autos, de manera que la solicitud había perdido su objeto al no seguir ligada a un proceso principal en trámite⁶⁹. Es una lástima que el TPR no haya podido pronunciarse sobre este tema porque se suscitaba la interesante y compleja cuestión de la compatibilidad con el TA de los derechos de exportación —gravámenes económicos, de hecho— que impone Argentina sobre sus mercancías (especialmente, las agropecuarias) destinadas a otros Estados⁷⁰.

En la UE el juez *a quo* tiene igualmente que suspender el procedimiento mientras se tramitan las cuestiones prejudiciales por el TJ (artículo 23 del ETJUE)⁷¹ y, además, el litigio nacional no puede haber finalizado antes de que se resuelvan; en caso contrario, el Tribunal se niega a responder a las cuestiones prejudiciales porque su sentencia no podría influir sobre el fallo del proceso principal y su misión en el marco del artículo 267 del TFUE no es emitir opiniones hipotéticas⁷². Complementario a lo anterior, el Tribunal ha recordado que las jurisdicciones nacionales sólo le pueden pedir que se pronuncie si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional⁷³. Ha de haber, pues, un conflicto entre partes en el proceso interno, aunque todavía no haya devenido contradictorio⁷⁴.

⁶⁹ Las sentencias del asunto Sancor Cul por las que la Corte Suprema de Justicia argentina primero acuerda solicitar la opinión consultiva y luego se revoca la solicitud antes de su remisión efectiva al TPR están disponibles en http://www.csjn.gov.ar/consultaexp/documentos/expedientes/fyc_expe.jsp.

⁷⁰ Véase un claro análisis de la solicitud de opinión consultiva y el contexto del caso en ESPÓSITO, C. y DONADIO, L., «Inter-jurisdiccional Co-operation in the MERCOSUR», *loc. cit.*, pp. 261-284.

⁷¹ Ello no impide, lógicamente, que se puedan dictar las oportunas medidas cautelares, positivas y negativas, durante la suspensión del litigio interno, para garantizar la suerte final del mismo. Véanse al respecto las SSTJ de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89, *Rec.* p. I-415 y 9 de noviembre de 1995, *Atlanta*, C-465/93, *Rec.* p. I-3761.

⁷² STJ de 19 de mayo de 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, C-171/07 y C-172/97, *Rec.* p. I-4171.

⁷³ STJ de 12 de noviembre de 1998, *Victoria Film*, C-134/97, *Rec.* p. I-7023, apartado 14.

⁷⁴ Pueden consultarse sobre este extremo las atinadas reflexiones que contienen las conclusiones generales de RUIZ-JARABO COLOMER de 5 de marzo de 2009, *Roda Golf & Beach Resort*, C-14/08, *Rec.* 2009, p. I/5439, puntos 50 y 51.

Los TTSSJJ remitirán las peticiones de opinión consultiva al TPR a través de su Secretaría, con copia a la Secretaría del MERCOSUR y a los demás tribunales superiores (artículo 5 de la Decisión CMC N° 02/07). Recibida una petición de opinión consultiva, la Secretaría del TPR la enviará inmediatamente a sus miembros, informando, si fuera el caso, de la existencia de solicitudes anteriores sobre temas relacionados y anexando indicación del árbitro que coordinó la redacción de la respuesta y las opiniones consultivas correspondientes. Asimismo, la Secretaría del TPR dará conocimiento, por intermedio de la Presidencia *Pro Tempore*, a los Coordinadores Nacionales del GMC de las solicitudes recibidas de los TTSSJJ (artículo 6 de la Decisión CMC N° 02/07).

En la UE la decisión de plantear una cuestión prejudicial se comunica directamente por la secretaría del juez *a quo* a la Secretaría del TJ, mediante correo certificado⁷⁵. Esta es la que luego mantendrá contacto con su homóloga del juez nacional remitente, transmitiéndole copia de los escritos procesales y la decisión del TJ. Luego en las cuestiones prejudiciales comunitarias no se produce la intermediación de los TTSSJJ que hay en las opiniones consultivas mercosureñas. La Secretaría del TJ notificará, por envío postal certificado, la existencia de una cuestión prejudicial en versión original, acompañada de una traducción —y, en su caso, un resumen—, a los sujetos legitimados (llamados «interesados») para participar en el procedimiento prejudicial (artículo 23 del ETJUE y artículo 98 del RPTJ). Son sujetos interesados las partes del proceso nacional, los Estados miembros y la Comisión, aunque no sean partes en el proceso ante el juez *a quo*, así como la institución, órgano u organismo de la UE que haya adoptado el acto cuya interpretación se solicita o su validez se cuestiona. En determinados casos pueden intervenir también terceros Estados vinculados convencionalmente con la Unión (artículo 23 del ETJUE y artículo 96 del RPTJ). Ningún otro sujeto puede participar en el procedimiento prejudicial⁷⁶.

⁷⁵ En la hipótesis del procedimiento prejudicial de urgencia, el juez *a quo* puede remitir su petición al TJ por correo electrónico y fax, facilidades informáticas que se utilizarán luego para la correspondencia entre el TJ, la jurisdicción nacional y las partes del litigio interno (puntos 29, 42 y 43 de la *Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*). No se utiliza, sin embargo, en la tramitación de las cuestiones prejudiciales la aplicación informática *e-Curia* (Decisión del TJ de 13 de septiembre de 2011, sobre la presentación y notificación de escritos procesales a través de la aplicación *e-Curia*).

⁷⁶ STJ de 19 de diciembre de 1968, *De Cicco*, 19/68, *Rec.* p. 689; ATJ de 12 de septiembre de 2007, *Satakunnan*, C-73/07, *Rec.* p. I-7075.

Una vez llega la solicitud de opinión consultiva al TPR, se aplican los artículos 6 a 9 y 12 del RPO, así como la Decisión CMC N° 02/07 en su conjunto, que regulan cuestiones procesales diversas. En esencia, esta reglamentación dispone que el TPR debe estar integrado por todos sus miembros para emitir una opinión consultiva. Uno de ellos se encarga de coordinar la redacción de la respuesta, con independencia del sujeto peticionario, que debe emitirse en un plazo máximo de 65 días contados a partir de la recepción de la solicitud por el TPR, tal y como fue ampliado en 2010 desde los 45 días previstos originariamente a fin de que «cuente con el tiempo suficiente para analizar y expedirse sobre las solicitudes que le sean presentadas» (Decisión CMC N° 15/10, de 2 de agosto de 2010), lo que es razonable vistos los complejos temas que habían sido analizados en las tres opiniones consultivas emitidas y el tiempo que habían tardado en ser resueltas⁷⁷. El TPR puede recabar de quien evacuó la opinión consultiva las aclaraciones y la documentación que estime pertinentes, no suspendiendo el diligenciamiento de dichos trámites el antedicho plazo, salvo que lo considere necesario. En el caso de las opiniones consultivas remitidas por los TTSSJJ, los coordinadores nacionales del GMC pueden, en el plazo de 15 días desde que les fue notificada, enviar al TPR sus consideraciones sobre el tema objeto de la solicitud «con fines informativos únicamente», de tal suerte que sus eventuales observaciones no son vinculantes para aquél (artículo 9 de la Decisión CMC N° 02/07)⁷⁸.

El procedimiento de las opiniones consultivas resueltas hasta ahora se ha sustanciado sólo en español, idioma oficial del país de los dos tribunales superiores peticionarios (paraguay y uruguayo), pero no hay obstáculo para que se tramite en portugués cuando sea instada por la justicia de Brasil puesto que el artículo 10 de la Decisión CMC N° 30/05 prevé que en las actuaciones ante el TPR se pueden utilizar, de forma indistinta, las dos lenguas

⁷⁷ El TPR empleó más tiempo del previsto en emitir sus dos primeras opiniones consultivas: en concreto, la petición de la OC N° 01/2007 llegó a la Secretaría del Tribunal el 21 de diciembre de 2006 y fue resuelta el 3 de abril de 2007, tres meses y medio después; y la petición de OC N° 1/2008 se recibió en su Secretaría el 27 de agosto de 2008 y se decidió el 24 de abril de 2009, casi nueve meses después. En cambio, la solicitud de OC N° 1/2009 arribó a la Secretaría el 17 de abril de 2009 y se resolvió el 15 de junio, en menos de dos meses.

⁷⁸ *Verbigratia*, éste se ha pronunciado sobre la supremacía del Derecho del MERCOSUR sobre el derecho interno de un Estado Parte, concretamente Uruguay, a pesar de que la Coordinación Nacional Uruguaya remitió unas consideraciones en las que asentaba con claridad que la solicitud debía ser declarada inadmisibles por referirse, en su opinión, a aspectos ajenos al objeto de una opinión consultiva (así, OC TPR N° 1/2009, párrafo 12).

oficiales del MERCOSUR, que son el español y el portugués, según aclaran los artículos 46 del POP y 56 del PO.

Durante el procedimiento —e incluso a la hora de decidir sobre la opinión consultiva—, el TPR funciona mediante el intercambio de comunicaciones a distancia, tales como fax y correo electrónico. En caso de que el Tribunal estime preciso reunirse presencialmente, debe informar previamente a los Estados Parte para que éstos prevean los fondos necesarios. Nos parece criticable este aspecto de la regulación, pues no es lo mismo discutir y adoptar la opinión consultiva estando los miembros presentes que a distancia, ya que el debate puede ser mucho más vivo en aquel supuesto y lo que está en juego cuando se solicita la opinión del TPR por la vía consultiva es la interpretación y aplicación uniformes del Derecho mercosureño.

Según el artículo 10 de la Decisión CMC N° 37/03, el procedimiento concluirá con la emisión de la opinión consultiva, así como en las siguientes hipótesis: 1) la comunicación al peticionario de que ésta no será expedida por causa fundada, como la carencia de los elementos necesarios para el pronunciamiento del TPR (lo que reenvía tácitamente al régimen jurídico de los artículos 2 a 5 del RPO, ya mencionado anteriormente); y 2) el inicio de un procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión⁷⁹. Si se tiene presente que las opiniones consultivas pueden servir para evitar formalmente el inicio de una controversia entre los Estados mercosureños, resulta lógico que en el momento en que ésta comience haya de terminar el procedimiento consultivo. Ahora bien, esta previsión puede engendrar abusos en la medida en que podrían llegar a formalizarse controversias entre ellos con el único objetivo de poner punto final a opiniones consultivas remitidas por los TTSSJJ que pudieran *molestarles*.

El régimen jurídico descrito suscita adicionalmente el interrogante de si el TPR puede calificar jurídicamente los hechos del proceso nacional en cuyo seno se insta la opinión consultiva. La cuestión se ha planteado expresamente de forma análoga en las OC N° 01/2008 y N° 01/2009, y en ambos casos

⁷⁹ Para el caso particular de las opiniones consultivas instadas por los TTSSJJ, el artículo 7 de la Decisión CMC N° 02/07 precisa que también son causa de denegación que: a) la solicitud no proceda de uno de los tribunales superiores designados por los Estados Parte; b) el pedido no se haya formulado de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 4 antes reseñado (así, que no se describan las razones que motivaron la solicitud o bien no haya indicación precisa de la normativa del MERCOSUR afectada); y c) se encuentre en curso cualquier procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión.

el TPR se ha negado a actuar de este modo⁸⁰. A pesar de todo, el Tribunal ha tratado de ser útil al juez interno que ha de resolver la causa en trámite, haciendo constar —por ejemplo, en la motivación de su OC N° 01/2009— que «en el caso *sub examine*, la medida cuestionada será incompatible con la normativa vigente del MERCOSUR en el Estado Parte si se determina en el respectivo proceso judicial que ella reimplanta un gravamen tal como se lo define en el artículo 2 del Anexo I al TA o, si tratándose de una tasa, su importe no guarda una directa y razonable relación con el costo de los servicios prestados» (párrafo 25). A la postre, ello significa que el TPR dispone de un cierto poder de reformulación de las opiniones consultivas solicitadas que carezcan de alguno de los elementos necesarios para su pronunciamiento, de tal suerte que el procedimiento no finalizará necesariamente en tal hipótesis, a pesar de lo dispuesto por el artículo 10 de la Decisión CMC N° 37/03.

Las opiniones consultivas, que serán fundadas y suscritas por todos los árbitros intervinientes, deben basarse en la normativa mencionada en el artículo 34 del PO y contener: a) una relación de las cuestiones sometidas a consulta; b) un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el TPR las hubiese pedido; c) el dictamen de éste con la opinión de la mayoría que la conforma y las opiniones en disidencia, si las hubiera (artículo 9 del RPO). Sólo en la primera de las tres opiniones consultivas (la OC N° 01/2007) hubo votos disidentes.

La admisión o el rechazo de una solicitud y la opinión consultiva emitida son enviadas directamente al tribunal superior solicitante y notificadas a todos los Estados Partes y los demás TTSSJJ mercosureños, a través de la Secretaría del TPR (artículo 10 de la Decisión CMC N° 02/07). Las opiniones consultivas son publicadas en el *Boletín Oficial del MERCOSUR* (artículo 13 del RPO) y son firmes desde su pronunciamiento, ya que no se aplica a ellas el régimen del recurso de aclaratoria previsto, en determinadas condiciones, frente a los laudos arbitrales del TPR (artículo 41 de la Decisión CMC N° 37/03).

⁸⁰ *Verbigratia*, en la OC N° 01/2009, el TPR rechaza calificar la norma nacional controvertida (el artículo 585 de la Ley 17.926 de la República Oriental de Uruguay) como tasa o impuesto porque entiende que debe clarificarse «dentro del desarrollo del proceso ante el órgano jurisdiccional nacional» (párrafo 21), en cuanto es «de resorte exclusivo del propio juez a quien le compete decidir esta materia en el marco del ordenamiento jurídico concreto, viabilizar el procedimiento y resolver no aplicar la norma interna al momento de resolver, si considera que viola la norma MERCOSUR invocada» (párrafo 18).

El procedimiento ante el TJ en las cuestiones prejudiciales se caracteriza porque hay una fase escrita, a desarrollarse en el plazo perentorio de dos meses (más diez días por razón de la distancia) desde la notificación a los sujetos interesados antes mencionados de la existencia de una remisión prejudicial, que pueden formular en dicho plazo alegaciones u observaciones escritas. Sus facultades están muy limitadas porque, como el Tribunal ha señalado, han de limitarse a proporcionar su punto de vista sobre la interpretación y/o la apreciación de validez del Derecho comunitario «en el marco jurídico trazado por el órgano jurisdiccional nacional»⁸¹, de tal suerte que no pueden cambiar el contenido de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez nacional, ni añadir nuevas cuestiones, ni impugnarlas para que sean declaradas sin objeto. La jurisprudencia comunitaria respecto a quién corresponde el llamado *juicio de relevancia* es bien clara al respecto, de tal suerte que iniciar un procedimiento prejudicial y condicionar la admisibilidad y el contenido de las cuestiones prejudiciales quedan al margen de las facultades de los Estados miembros, las instituciones comunitarias y las partes del proceso nacional⁸².

A continuación puede abrirse una fase intermedia de información sobre el contexto del litigio nacional, en la que el TJ puede solicitar aclaraciones y documentos adicionales a quienes intervinieron en la fase anterior e incluso a los que no presentaron alegaciones escritas (artículos 61 y 62 del RPTJ). Mas no hay propiamente una fase de instrucción, dado el carácter no contradictorio del procedimiento prejudicial, de tal suerte que la fase probatoria hay que hacerla, si procede, en el proceso interno⁸³.

Durante la sustanciación de una cuestión prejudicial, la lengua de procedimiento es el idioma oficial del Estado al que pertenece el juez nacional y, si hay más de uno, es la lengua oficial del Estado en la que redactó su deci-

⁸¹ STJ de 1 de marzo de 1973, *Bollmann*, 62/72, *Rec.* p. 269, apartado 4.

⁸² La STJ de 12 de febrero de 2008, *Willy Kempter KG*, C-2/06, *Rec.* p. I-411, apartados 41 y 42, proporciona un ejemplo de claridad meridiana a este respecto, ya que pone énfasis en que el sistema instaurado por el artículo 267 del TFUE «establece una cooperación directa entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes (...). La remisión prejudicial se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa descansa en su totalidad sobre la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión». Vid. adicionalmente STJ de 13 de octubre de 2011, *DHL International*, C-144/10, todavía no publicada en la *Recopilación*, apartado 28.

⁸³ Véase al respecto, PESCATORE, P. «Las cuestiones prejudiciales: artículo 177 del Tratado CEE», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (Dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, *op. cit.*, p. 564.

sión de remisión prejudicial, pudiendo los Estados miembros intervenir en su propia lengua oficial y los terceros Estados en otra de las lenguas oficiales de la UE distinta a la lengua del procedimiento. Previa petición debidamente justificada se podrá autorizar el empleo en la fase oral del procedimiento de una lengua de procedimiento distinta (artículos 37 y 38 del RPTJ).

El procedimiento se cierra, salvo excepción, con una vista pública, en la que los interesados presentan oralmente sus observaciones, tras la cual el abogado general del asunto hace públicas sus Conclusiones (artículo 82 del RPTJ)⁸⁴ y después el Tribunal dicta su decisión, generalmente una sentencia, pero puede resolver por auto motivado cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra ya resuelta o la respuesta a la misma pueda deducirse fácilmente de la jurisprudencia o no suscite ninguna duda razonable (artículo 99 del RPTJ)⁸⁵. El contenido de la sentencia está especificado con detalle en el artículo 89 del RPTJ⁸⁶. Una copia certificada de la decisión prejudicial es remitida a la secretaría del juez *a quo* por la Secretaría del TJ (artículo 88 del RPTJ).

⁸⁴ Hay que tener en cuenta algunas situaciones especiales. Por un lado, si ninguno de los sujetos interesados a los que se refiere el artículo 23 del ETJUE que no haya participado en la fase escrita del procedimiento presenta una solicitud indicando los motivos por los que desea hacer observaciones orales, el artículo 76 del RPTJ permite al TJ acordar que no se celebre la vista oral. Por otro lado, existe un procedimiento prejudicial acelerado cuando se acredite una urgencia extraordinaria en virtud del cual se puede prever un plazo más breve para la presentación de las alegaciones u observaciones escritas y la falta de conclusiones del abogado general (artículo 23 *bis* del ETJUE, desarrollado por los artículos 105 y 106 del RPTJ). En fin, paralelamente a éste, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha establecido un nuevo procedimiento prejudicial de urgencia para las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, que añade al procedimiento acelerado la posibilidad de restringir a los interesados la autorización para presentar alegaciones y observaciones escritas y, en casos de extrema urgencia, omitir la fase escrita (artículo 23 *bis* del ETJUE, desarrollado con detalle por los artículos 107 a 114 del RPTJ).

⁸⁵ El TJ puede decidir incluso en estos casos por sentencia (Sentencia de 14 de noviembre de 2002, *Félix Swoboda*, C-411/00, *Rec. p. I-10567*). Cabe apuntar que el régimen jurídico expuesto a continuación para las sentencias prejudiciales es aplicable, *mutatis mutandis*, para los autos prejudiciales.

⁸⁶ El artículo 87 del RPTJ dispone que «la sentencia contendrá: a) la indicación de que ha sido dictada por el Tribunal; b) la designación de la formación que ha conocido del asunto; c) la fecha de su pronunciamiento; d) el nombre del Presidente y, en su caso, de los Jueces que hayan participado en las deliberaciones, indicando el Juez Ponente; e) el nombre del Abogado General; f) el nombre del Secretario; g) la designación de las partes o de los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto que hayan participado en el procedimiento; h) el nombre de sus representantes; i) en el caso de los recur-

Para las cuestiones prejudiciales, el Tribunal funciona y delibera —en francés— en Salas de tres y cinco jueces como regla, si bien a veces se reúne en Gran Sala (quince jueces) y siendo excepcional que actúe en Pleno (hoy en día veintisiete jueces)⁸⁷. La decisión se adopta por mayoría de los miembros presentes, reunidos en número impar, siendo sus deliberaciones reservadas y sin que quepan los votos particulares (artículos 16 y 17 del ETJUE y artículos 32 y 33 del RPTJ). No está previsto un plazo perentorio para la emisión de la sentencia prejudicial desde la notificación de la decisión de remisión del juez *a quo*, pero de media oscila en torno a los 16/17 meses (16,8 en 2009, 17,1 en 2009, 16,1 en 2010 y 16,4 en 2011), bastante más tiempo que el que tarda el TPR en resolver las opiniones consultivas, pero no hay que pasar por alto que son muchos más los procedimientos prejudiciales que resuelve el TJ en un año (por ejemplo, 388 en 2011) que las opiniones consultivas emitidas por el TPR desde su constitución (3 en nueve años)⁸⁸.

Las sentencias prejudiciales son leídas en sesión pública y publicadas en la *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia* y su resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (artículo 37 del ETJUE, artículos 88 y 92 del RPTJ y artículos 24 y 25 de las Instrucciones al Secretario del TJ, de 3 de octubre de 1986).

La sentencia prejudicial es firme desde el mismo día de su pronunciamiento, por lo que dispone automáticamente de la autoridad de cosa juzgada

son directos y de casación, las pretensiones de las partes; j) en su caso, la fecha de la vista oral; k) la indicación de que el Abogado General ha sido oído y, en su caso, la fecha de sus conclusiones; l) una exposición concisa de los hechos; m) los fundamentos de Derecho; n) el fallo, que comprenderá, en su caso, la decisión sobre las costas» (si bien en un asunto prejudicial el TJ no resuelve sobre las costas, pues el artículo 102 del RPTJ recuerda que corresponde al juez nacional remitente decidir sobre las costas del mismo).

⁸⁷ Aunque sin distinguir según los diferentes procedimientos (prejudicial, de anulación, de incumplimiento, etcétera) de que conoce el TJ, resulta que en 2011 sólo 1 caso resolvió el Pleno, 62 la Gran Sala, 300 las Salas de cinco jueces, 177 las Salas de tres jueces y 4 su Presidente. Véanse las estadísticas que contiene el *Informe anual de Tribunal de Justicia de 2011*, antes citado.

⁸⁸ Si se utiliza el procedimiento acelerado o el de urgencia, el plazo para emitir una sentencia prejudicial se abrevia notablemente. Por ejemplo, en un caso reciente de aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia en que estaba en juego la privación de libertad de un nacional de un tercer país que entró ilegalmente en Italia, la petición prejudicial planteada por la Corte de Apelación de Trento mediante resolución de 2 de febrero de 2011 fue recibida el 10 de febrero en la Secretaría del TJ y resuelta por éste en menos de tres meses (sentencia de 28 de abril de 2011, C-61/11 PPU, *Hassen el Dridi*, todavía no publicada en la *Recopilación*).

formal⁸⁹ y presenta la peculiaridad, frente a otras sentencias de esta jurisdicción, en razón de las especiales características del incidente prejudicial y en particular la ausencia de partes en el mismo, de que no es posible accionar frente a ella el recurso de interpretación (artículo 104 del RPTJ, si bien este precepto recuerda también que los órganos jurisdiccionales nacionales podrán pedir la interpretación de decisiones prejudiciales si les parece necesario, positivizando así la *facultas remonstratio* reconocida jurisprudencialmente) ni ninguno de los medios extraordinarios de rescisión de la cosa juzgada formal (oposición, tercerías y revisión) previstos por los artículos 42 a 44 del ETJUE⁹⁰. De hecho, lo único que cabe es la corrección de los errores puramente de hecho contemplados en el artículo 103 del RPTJ, esto es, los *lappus calami* (errores de pluma y de cálculo o inexactitudes evidentes), de oficio y a instancia de parte si la petición se formula en el plazo de dos semanas desde la lectura de la sentencia prejudicial⁹¹.

V. EFECTOS JURÍDICOS

El artículo 11 de la Decisión CMC N° 37/03 dispone literalmente que «las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias». La mayoría de las reglas internas de los TTSSJJ subrayan igualmente esta carencia de eficacia obligatoria⁹².

Pese a la claridad de estos textos, PEROTTI postula que las opiniones consultivas sí son vinculantes, basándose —fundamentalmente— en que, en este punto, la Decisión CMC N° 37/03 contradice formalmente lo que prevé el artículo 38 del POP, que es parte fundamental del Derecho primario del MERCOSUR y que, como tal, está en superioridad jerárquica respecto de las

⁸⁹ El antiguo artículo 65 del RPTJ disponía que la sentencia era firme desde el día de su pronunciamiento, pero en la nueva regulación esta previsión ha desaparecido y se sobreentiende por lo que disponen los artículos 103 y 104 del RPTJ después comentados respecto a los recursos que cabe interponer frente a las decisiones prejudiciales. En cualquier caso, la jurisprudencia comunitaria es terminante a este respecto, pues —en palabras del Tribunal— una sentencia en la que «se pronuncia con carácter prejudicial sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por una institución de la Comunidad resuelve, con autoridad de cosa juzgada, una o varias cuestiones de Derecho comunitario» (ATJ de 5 de marzo de 1986, *Wünsche*, 69/85, *Rec.* p. 947, apartado 14).

⁹⁰ ATJ de 28 de abril de 1998, *Reisebüro Binder*, C-116/96 REV, *Rec.* p. I-1889.

⁹¹ ATJ de 15 de julio de 1981, *Rewe*, 158/80, no publicado en la *Recopilación*.

⁹² En concreto, artículo 1 de la Acordada 13/08, artículo 7 de la Acordada 549 y artículo 354 M de la Emenda Regimental 48/2012.

normas de sus órganos decisorios, que no pueden contravenir lo que dispone aquél. Según el artículo 38 del POP, «los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo». Y son parte de los Estados mercosureños los tres poderes clásicos y, por lo tanto, también el Poder Judicial, que está igualmente obligado a cumplir los actos jurídicos emanados de los órganos mercosureños, uno de los cuales es el TPR, cuyas opiniones consultivas integran asimismo el Derecho del MERCOSUR. Por consiguiente, aplicar la interpretación que contienen las opiniones consultivas supone cumplir el ordenamiento jurídico de esta organización, tal y como exige el artículo 38 del POP, máxime cuando el TPR es el intérprete jurídico último de las normas mercosureñas, como el mismo ha destacado en su Resolución N° 01/08, de 18 de marzo de 2008, y sus opiniones consultivas constituyen la interpretación auténtica del ordenamiento regional⁹³.

A nuestro parecer, la tesis expuesta es intelectualmente ingeniosa, si bien juega como *desiderata*, a favor de un cambio futuro del régimen jurídico de las opiniones consultivas que consagre su obligatoriedad, pero hoy por hoy no existe contradicción formal entre el PO y su Reglamento —la Decisión CMC N° 37/03— por el hecho de que ésta prevea que no son vinculantes⁹⁴. Lo que sí hay es una incompatibilidad material entre la eficacia no obligatoria de la opinión consultiva y el objeto y fin básicos perseguidos con ella, que es salvaguardar «la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento» del Derecho mercosureño, según disponen diversos considerandos de sus normas reguladoras⁹⁵ y, por ello, abogamos por dotar de fuerza obligatoria a las opi-

⁹³ PEROTTI, A., «La obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR», en COTTER, J.A. (Coord.), *Estudios de Derecho aduanero. Homenaje a los treinta años del Código Aduanero*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 453-484.

⁹⁴ De hecho, en la construcción doctrinal señalada no se menciona sino incidentalmente otra fuente del Derecho primario del MERCOSUR, como es el PO, de igual valor jurídico que el POP, cuyo artículo 3 reza que «el CMC *podrá* establecer opiniones consultivas al TPR, *definiendo su alcance y sus procedimientos*» (las cursivas son nuestras). Y cuando el RPO precisa que las opiniones consultivas están desprovistas de obligatoriedad está definiendo su alcance.

⁹⁵ En efecto, con las opiniones consultivas se contribuye a 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» (considerando único del PO) o, con redacción análoga, «la interpretación y apli-

niones consultivas en una eventual reforma de este procedimiento para sortear el riesgo de resquebrajar la aplicación uniforme del ordenamiento mercosureño, pues unos jueces podrían seguir la interpretación de una opinión consultiva para fallar los litigios nacionales, y otros no acatarla, al no ser vinculante, con lo que se podrían consolidar jurisprudencias nacionales contradictorias.

Desde esta perspectiva se entiende que el TPR haya sostenido, en su OC N° 01/2007, que «lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es vinculante» en el sistema actual de controversias del MERCOSUR, dado que «es poco acertado» que la respuesta de un juez a una consulta formulada por otro órgano jurisdiccional «no sea obligatoria para éste» cuando resulta que «las opiniones consultivas son realmente interpretaciones prejudiciales o consultas prejudiciales». Y, por todo ello, el TPR solicita «muy respetuosamente» que en un futuro cercano «las autoridades pertinentes mejoren las características, hoy día ya absolutamente uniformes en el Derecho comparado en cuanto (...) al carácter vinculante de la respuesta de este TPR»⁹⁶.

A favor de que se reconozca fuerza obligatoria a las opiniones consultivas del TPR se han pronunciado también algunos de sus miembros en escritos doctrinales⁹⁷, así como representantes de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en varios *Encuentros del Foro Permanente de Cortes Supremas de Justicia del MERCOSUR*⁹⁸, la Secretaría del MERCOSUR⁹⁹ y la práctica totalidad de la doctrina mercosureña.

cación y correctas y uniformes de las normas del MERCOSUR» (considerando único de la Decisión CMC N° 02/07).

⁹⁶ OC TPR N° 01/2007, apartado III (Relatorio Jurídico y Fático del Caso), epígrafe 2 (concepto, naturaleza y objetivo de las opiniones consultivas), acápites 1 a 4. El TPR denuncia con mayor crudeza en estos mismos acápites que «se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe 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; a fin de cuentas, la naturaleza de las opiniones consultivas está más próxima al instituto procesal de las cuestiones prejudiciales europeas que a la de los dictámenes de la Corte Internacional de Justicia».

⁹⁷ Así, PUCEIRO RIPOLL, R., «Guía Opiniones consultivas en el régimen del Protocolo de Olivos», *loc. cit.*, pp. 8-9 y RUIZ DÍAZ-LABRANO, R., «Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión a través de los tribunales superiores de los Estados partes», *loc. cit.*, p. 636.

⁹⁸ Véanse las intervenciones grabadas en <http://www.stf.jus.br/forum/principal/principal.asp>.

⁹⁹ SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Un foco para el proceso de integración regional*, I Informe semestral, julio de 2004, p. 55, accesible en <http://www.neticoop.org.uy/article705.html>.

Estimulados por estos precedentes, Rodríguez Saá y Salum Pires, miembros del Parlasur, le remitieron el 16 de marzo de 2009 una iniciativa para que aprobase un Proyecto de Norma a enviar al CMC sobre «obligatoriedad y gastos de las opiniones consultivas emitidas por el TPR», según la cual el artículo 11 del RPO quedaría redactado de la siguiente forma: «las opiniones consultivas emitidas por el TPR serán obligatorias». Esta iniciativa fue enviada para su estudio el 16 de abril de 2009 a la Comisión de Asuntos Jurídicos e Institucionales del Parlasur, donde duerme *el sueño de los justos*. No obstante, en el «Acuerdo Político para la consolidación del MERCOSUR», aprobado por el Parlasur el 28 de abril de 2009, se hace mención expresa a la posibilidad de reformar las opiniones consultivas del TPR para dotarles de contenido obligatorio. Y en el punto B de la Decisión CMC N° 28/10, de 18 de octubre de 2010, dedicado a la «dimensión judicial y del Derecho del MERCOSUR», el Consejo propone «una agenda de trabajo» que «culmine con la aprobación de un proyecto de norma para la creación de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR» o con una revisión del PO para dotar al TPR de «nuevas atribuciones, tales como la condición vinculante de las opiniones consultivas»¹⁰⁰.

A diferencia de las opiniones consultivas, las sentencias prejudiciales son obligatorias¹⁰¹. Ha sido asentado de este modo por el TJ para colmar la laguna que existía en el Derecho de la UE, ya que ni los Tratados constitutivos, ni sus protocolos (entre los que está el ETJUE) ni las normas del Derecho derivado (incluidas las normas de procedimiento) decían nada a este respecto hasta el reciente artículo 91 del RPTJ de finales de septiembre de 2012. En palabras del Tribunal, una sentencia en la que «se pronuncia con carácter prejudicial sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por una institución de la Comunidad (...) vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal»¹⁰².

En otros asuntos el TJ ha proclamado la eficacia obligatoria *erga omnes* de las sentencias prejudiciales de interpretación y de validez¹⁰³, de tal suerte

¹⁰⁰ La primera de estas opciones es analizada en el apartado VII.

¹⁰¹ Vid. para mayores detalles, CIENFUEGOS MATEO, M., *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros: estudio de la interpretación prejudicial y de su aplicación por los jueces y magistrados nacionales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

¹⁰² ATJ de 5 de marzo de 1986, *Wünsche*, 69/85, *Rec.* p. 947, apartado 14.

¹⁰³ STJ de 13 de mayo de 1981, *International Chemical Corporation*, 66/80, *Rec.* p. 1191 (sentencias prejudiciales de apreciación de invalidez) y 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415 (sentencias prejudiciales de interpretación).

que son vinculantes para el juez *a quo* así como, más en general, para cualquier juez nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el derecho interno¹⁰⁴. Y ha precisado adicionalmente que la fuerza vinculante de la sentencia prejudicial se predica no sólo de la parte dispositiva sino también de la motivación que conduce necesariamente a ella¹⁰⁵.

En cuanto las sentencias prejudiciales tienen fuerza vinculante general, hay que respetar la interpretación de la norma comunitaria dada por el TJ en caso de aplicarla para la resolución del litigio principal o en futuros procesos. Si se trata de la declaración de invalidez, no se puede aplicar la norma comunitaria ni en el caso de autos ni en litigios ulteriores, como tampoco suscitar una nueva cuestión prejudicial de validez respecto a la norma comunitaria ya invalidada porque ésta no puede declararse otra vez ilegal y mucho menos declararla legal, aunque sí preguntarle vía prejudicial por el alcance de la invalidez declarada. Si el TJ ha constatado que la norma comunitaria no es inválida, un juez nacional no puede dejar de aplicarla en su proceso por considerar que es ilegal por los motivos rechazados, ni tampoco por otros nuevos cuya existencia aprecie *motu proprio*, estando en ambos supuestos obligado a aplicar la norma comunitaria al caso de autos —si en razón de su contenido la considera relevante para fallar el litigio— o, alternativamente, a replantear en vía prejudicial su validez al TJ por los nuevos motivos o solicitarle una aclaración respecto a los motivos de ilegalidad refutados anteriormente¹⁰⁶. También puede formular una nueva cuestión de interpretación cuando estime que la decisión prejudicial no le ofrece suficiente información o, no estando conforme con ella, pretenda forzar al TJ a su revisión (artículo 104 del RPTJ). Si suscitada la cuestión prejudicial el TJ no modifica su jurisprudencia, el juez nacional tendrá que respetarla si pretende apoyarse en ella para fallar el proceso interno; actuar de otro modo (simplificando, sea aplicar una norma comunitaria declarada inválida o dándole una interpreta-

¹⁰⁴ Véase, en última instancia, STJ de 6 de marzo de 2003, *Kaba*, C-466/00, *Rec.* p. I-2219. Las sentencias prejudiciales también vinculan a los otros poderes públicos de los Estados miembros, así como a las instituciones comunitarias y los particulares, que deben aplicar el Derecho de la UE tal como haya sido interpretado por el TJ, del mismo modo que les está vetado aplicar un acto comunitario declarado inválido en vía prejudicial (vid. STJ de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo*, 103/88, *Rec.* p. 1839, apartados 30-31).

¹⁰⁵ STJ de 16 marzo de 1978, *Bosch*, 135/77, *Rec.* p. 855.

¹⁰⁶ STJ de 22 de noviembre de 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.* p. 4199.

ción distinta a la del TJ, sea inaplicarla por considerar que es ilegal) supondría socavar la eficacia vinculante general de las sentencias prejudiciales.

De paso, el TJ ha aseverado, porque tampoco estaba previsto en el Derecho de la UE, que la interpretación de una disposición comunitaria o su declaración de invalidez pronunciada en vía prejudicial produce efectos *ex tunc*, a contar desde el momento de su entrada en vigor, sin perjuicio de que puede limitarse su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica¹⁰⁷.

La vulneración de las sentencias prejudiciales (como el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial en los supuestos antes descritos, dicho sea de paso) puede dar lugar, especialmente cuando se trata de infracciones graves, a la interposición de los recursos internos de apelación, casación y amparo constitucional (en particular, por violación del artículo 24 de la Constitución, en el caso español)¹⁰⁸. Puede también desencadenar la apertura del recurso de incumplimiento contra un Estado (artículos 258 y 259 del TFUE) por la actuación de sus jurisdicciones¹⁰⁹ y generar la responsabilidad del Estado por error judicial¹¹⁰. Una actuación judicial interna de este tipo permitiría inclusive acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹¹. Lógicamente, esta situación no se da en el MERCOSUR, sea

¹⁰⁷ STJ de 7 de julio de 2011, *Nisipeanu*, C-263/10, todavía no publicada en la *Recopilación*.

¹⁰⁸ Así, STC español 78/2010, de 20 de octubre de 2010, *B.O.E.* 279, de 18 de noviembre de 2010. Para una panorámica general actualizada del tema, véase ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», *WP IDEIR*, núm. 4, 2011, pp. 1-20; IZQUIERDO SANS, C., «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española», *R.G.D.E. (iustel.com)*, vol. 23, 2011, pp. 1-31.

¹⁰⁹ STJ de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*, C-129/00, *Rec.* p. I-14637. Para su comentario, vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. *Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas, Madrid, 2004, espec. pp. 254 ss.

¹¹⁰ STJ de 30 de septiembre de 2003, *Gerhard Köbler*, C-224/01, *Rec.* p. I-10239. Véase sobre el tema, JANER TORRENS, J.D., «Actuación de los órganos jurisdiccionales y responsabilidad patrimonial del Estado. Comentario a la sentencia C-173/03 (*Traghetti del Mediterráneo*)», de 13 de junio de 2006», *R.G.D.E.*, núm. 11, 2006.

¹¹¹ Cabe tener en cuenta, por la analogía existente entre el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial y el no respeto de lo decidido en una sentencia prejudicial, la Decisión de inadmisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 1999, en el asunto *Irene Dotta contra Italia*, n.º 38399/97. En la interesante fundamentación jurídica sobre el artículo 6 del Convenio para la Protec-

porque algunos de estos recursos no existen en el Cono Sur, pues son específicos de las organizaciones europeas mencionadas, sea porque los recursos internos que pudieran interponerse fundamentados en la vulneración de una opinión consultiva tendrían pocas probabilidades de éxito porque, al no ser éstas vinculantes, un tribunal superior no podría corregir jurídicamente el hecho en sí mismo considerado de que una jurisdicción mercosureña inferior haya hecho caso omiso de ellas.

VI. GASTOS

El artículo 11 de la Decisión CMC N° 02/07 dispone que los gastos derivados de la emisión de opiniones consultivas solicitadas por los TTSSJJ, tales como los honorarios, traslados, viáticos de los integrantes del TPR y los demás que resulten de su tramitación serán costeados por el Estado Parte al que pertenezca el tribunal superior peticionario¹¹². Para tal finalidad, se ha creado una *Cuenta Especial para Opiniones Consultivas* dentro del Fondo Especial para Controversias¹¹³, dotada con 15.000 dólares estadounidenses aportados por cada uno de los Estados mercosureños y administrada por medio de subcuentas separadas correspondientes a cada uno de ellos. El GMC es competente para reglamentar los aspectos referentes a la administración de la cuenta especial que no estén previstos en la normativa vigente, si se revela necesario.

ción de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo apuntó que «el rechazo [a plantear la cuestión prejudicial] de una jurisdicción nacional que decida en última instancia puede afectar al principio de equidad del procedimiento, en particular cuando tal rechazo aparece como *viciado de arbitrariedad*» (las cursivas son nuestras).

¹¹² Los honorarios de las opiniones consultivas se han fijado en 2.000 dólares al relator y 1.000 dólares a los otros miembros del TPR (Resolución GMC N° 40/04, de 14 de diciembre de 2004), lo que constituye una remuneración baja para la dedicación que puede exigir la trascendencia de los temas que pueden suscitarse en ellas, como en las tres opiniones consultivas pronunciadas hasta el presente.

¹¹³ El Fondo Especial para las Controversias está dotado con 200.000 dólares, aportados por partes iguales por los Estados del MERCOSUR (Decisión CMC N° 17/04, de 7 de julio de 2004, desarrollada por la antedicha Resolución GMC N° 41/04). Cabe añadir que los gastos de funcionamiento de la Secretaría del TPR se sufragan con un presupuesto independiente del Fondo Especial para Controversias que, para el 2012, llega a 376.810 dólares estadounidenses (Resolución GMC N° 29/11, de 18 de noviembre de 2011).

No es equitativa esta previsión porque la interpretación que contiene una opinión consultiva favorece a todos los Estados Parte y al mismo MERCOSUR como organización, de manera que los gastos de su emisión cuando es instada por un tribunal superior deberían sufragarse por partes iguales por los Estados mercosureños por intermedio de la Cuenta Especial para Opiniones Consultivas, al igual que se ha previsto para las opiniones consultivas que evacúen los Estados Parte actuando conjuntamente y los órganos del MERCOSUR (artículo 12 de la Decisión CMC N° 02/07).

Para poner fin a esta situación, el 16 de marzo de 2009 los parlamentarios mercosureños Rodríguez Saá y Salum Pires presentaron una iniciativa ya mencionada para que el Parlasur aprobase un Proyecto de Norma a remitir al CMC sobre «obligatoriedad y gastos de las opiniones consultivas emitidas por el TPR», en la que se aboga porque el artículo 11 de la Decisión CMC N° 02/07 quede redactado de la siguiente forma: «los gastos derivados de la emisión de opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Supremos de los Estados Partes tales como los honorarios, los gastos de traslado, viáticos de los integrantes del TPR y los demás gastos que puedan derivar de su tramitación serán sufragados por los Estados Partes, por partes iguales».

Esta propuesta se sitúa en la línea de la solución que rige en la UE para los gastos de las cuestiones prejudiciales. En efecto, sobre las costas no hay pronunciamiento en la sentencia prejudicial porque los gastos de los Estados miembros y las instituciones comunitarias que participan en el procedimiento prejudicial no son reembolsables y las costas de las partes del proceso principal serán determinadas por la jurisdicción nacional al fallar el litigio interno (artículo 102 del RPTJ). A su vez, los gastos derivados de la instrucción del procedimiento prejudicial (por ejemplo, los sueldos de los miembros del TJ y el coste de la traducción) corren a cargo del presupuesto de la UE. En circunstancias especiales, el Tribunal puede conceder, a título de asistencia jurídica gratuita, una ayuda para facilitar la representación o comparecencia ante él de una de las partes del proceso interno (artículos 115-117 del RPTJ).

VII. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL PROYECTO DE PROTOCOLO CONSTITUTIVO DE LA CORTE DE JUSTICIA DEL MERCOSUR, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2010

El artículo 53 del PO dispone que los Estados mercosureños han de adoptar un sistema permanente de solución de diferencias antes de que finalice el

proceso de convergencia del arancel externo común¹¹⁴. A su vez, el artículo 4 del Protocolo constitutivo del Parlasur invita a este órgano a presentar proyectos de normas mercosureñas para su consideración por el CMC.

En aplicación de estas disposiciones y también —nuestra opinión— como trasunto de un debate doctrinal que viene de lejos¹¹⁵ y encuentra últimamente su reflejo judicial en el VI y el VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR¹¹⁶, dos diputados del Parlasur (RODRÍGUEZ SAÁ, de Argentina, y SALUM PIRES, de Paraguay) registraron en su seno, el 20 abril de 2009, un Proyecto de Norma titulado «Protocolo constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR» (CJM), con la finalidad de crear un «órgano judicial, jurisdiccional, independiente, competente para garantizar la interpretación y aplicación del Derecho del MERCOSUR», según indica el resumen de tal proyecto¹¹⁷.

El 13 de diciembre de 2010 el Parlasur aprobó el Proyecto de Norma N° 02/10, que contiene el Protocolo constitutivo de la CJM, cuya Sección IV —artículos 33 a 39— trata de solucionar (algunas de) las carencias e incertidumbres de la regulación de las opiniones consultivas que fueron apuntadas

¹¹⁴ Aunque todavía no ha terminado el proceso de convergencia del arancel externo común, en 2010 se dio un salto significativo para su consolidación con la Decisión CMC N° 10/10, de 2 de julio de 2010, tendente a eliminar el doble cobro del arancel exterior común y la distribución de la renta aduanera entre los países del MERCOSUR y la Decisión CMC N° 27/10, de 2 de julio de 2010, relativa a la aprobación del Código Aduanero del MERCOSUR.

¹¹⁵ Para una panorámica general del vivo debate doctrinal acerca de la creación de un órgano jurisdiccional permanente en el MERCOSUR, véase MARTÍNEZ PUÑAL, A., *Solución de controversias en el Mercado Común del Sur (Mercosur). Estudio de sus mecanismos*, Tórculo ediciones, Santiago de Compostela, 2000, en particular el capítulo IX («Valoración de los mecanismos de solución de controversias y perspectivas de futuro. En torno a un tribunal de justicia del MERCOSUR»), pp. 303-320.

¹¹⁶ Estos dos encuentros tuvieron lugar en Buenos Aires los días 20 y 21 de noviembre de 2008 y en Brasilia los días 1 y 2 de septiembre de 2009 respectivamente (vid. <http://www.stf.jus.br/forum/principal/principal.asp>).

¹¹⁷ Los rasgos generales de esta iniciativa política —que, dicho sea de paso, es distinta y de mayor alcance que la otra de estos mismos políticos mencionada en apartados anteriores de esta investigación, sobre «obligatoriedad y gastos de las opiniones consultivas emitidas por el TPR»— se encuentran bien reflejados en la contribución que Alejandro Daniel PEROTTI, que fue su asesor, presentó unos meses antes, en noviembre de 2008, en el marco del VI Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas de Justicia del MERCOSUR, con el título «Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR», accesible en <http://www.stf.jus.br/encontro6/cms/verTexto.asp?pagina=textoExpositor>).

anteriormente, inspirándose en el régimen jurídico de las cuestiones prejudiciales de la UE y, sobre todo, de la Comunidad Andina¹¹⁸.

Para comenzar, las actuales opiniones consultivas se transforman formalmente en cuestiones prejudiciales que pueden versar sobre la interpretación y la validez del Derecho del MERCOSUR (artículo 33), lo que permite superar de manera adecuada el debate intelectual acerca de si la legalidad de las normas mercosureñas puede ser cuestionada aprovechando una solicitud de interpretación instada por la vía de la opinión consultiva.

Además, se amplía la legitimación activa a cualquier jurisdicción nacional de un Estado mercosureño, que podrá plantear directamente una cuestión prejudicial de oficio o a instancia de parte (artículo 33). Y se distingue entre las que deciden en última instancia en el proceso nacional y aquéllas cuyas decisiones son impugnables, según que las cuestiones prejudiciales sean de interpretación o de validez. En el primer caso, «si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la respuesta de la Corte de Justicia, el órgano jurisdiccional nacional podrá decidir el proceso» si su sentencia es susceptible de recurso ordinario según el ordenamiento interno. En cambio, cuando el órgano jurisdiccional nacional resuelve mediante sentencia firme, tiene que suspender el procedimiento nacional y solicitar la cuestión prejudicial de interpretación del Derecho mercosureño a la CJM (artículo 34). Esta distinción no opera en el ámbito de las cuestiones prejudiciales de validez, ya que se debe paralizar siempre el procedimiento hasta que la Corte falle el asunto (artículo 35). Nos parece poco acertado que las jurisdicciones facultadas para suscitar una cuestión prejudicial de interpretación del ordenamiento mercosureño no hayan de suspender el proceso nacional y deban resolver-

¹¹⁸ El régimen jurídico de las cuestiones prejudiciales andinas se contiene, en líneas generales, en los artículos 32 a 36 del Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tal como fue modificado por el Protocolo de Cochabamba, de 28 de mayo de 1996, y en los artículos 121 a 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por Decisión 500, del Consejo Andino de Relaciones Exteriores, de 22 de junio de 2001. La cuestión prejudicial andina cuenta además con abundante jurisprudencia (2.003 interpretaciones prejudiciales de 1985 a 2011) y una *Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales*, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, publicada en agosto de 2001. Estos textos son accesibles en <http://www.tribunalandino.org.ec>. En cuanto a la doctrina, véase QUINDIMIL LÓPEZ, J.A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 405-415; VIGIL TOLEDO, R., *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 120-141.

lo sin esperar la respuesta prejudicial, siendo una de las finalidades básicas de este instrumento procesal ayudar al juez nacional en el ejercicio de su función jurisdiccional con la emisión de una sentencia que puede condicionar la suerte final del proceso interno (¡precisamente por eso es una sentencia prejudicial!). Esta previsión se encuentra igualmente en la cuestión prejudicial andina (artículo 33 del Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

En todo caso, el órgano jurisdiccional de uno de los Estados mercosureños ha de estar conociendo de un proceso en el que la interpretación o la validez de una norma del MERCOSUR «deba aplicarse o se controvierta», utilizando una expresión que aparece literalmente también en la regulación de la cuestión prejudicial andina (concretamente, en el antedicho artículo 33) y que es condición exigida asimismo en la cuestión prejudicial europea, según resulta de la jurisprudencia comunitaria.

También están legitimados para evacuar cuestiones prejudiciales, tanto de interpretación como de validez del ordenamiento mercosureño, los órganos decisorios de esta organización internacional (CMC, GMC y CCM), así como el Parlasur y la Secretaría (artículo 38). Dada la naturaleza no jurisdiccional de estos órganos, la futura cuestión prejudicial mercosureña presentaría peculiaridades que la alejarían sensiblemente, en este aspecto de la legitimación directa, de las cuestiones prejudiciales reguladas en la UE y la Comunidad Andina. Con buen criterio no se ha previsto, sin embargo, que los Estados Parte del MERCOSUR puedan remitir una cuestión prejudicial, a diferencia de lo que acaece con las opiniones consultivas en este momento.

Finalmente, las sentencias prejudiciales de la CJM serán vinculantes para los tribunales nacionales, como era obligado tratándose de resoluciones judiciales que zanján un incidente procesal suscitado en otro proceso cuya solución puede condicionar la suerte del litigio principal. Concretamente, el artículo 39 del proyecto de Norma N° 02/10 reza que «la respuesta de la Corte de Justicia a las cuestiones prejudiciales presentadas de conformidad con la presente sección será obligatoria». Apuntalando lo anterior, el artículo 36 recuerda que «el órgano jurisdiccional nacional requirente de la cuestión prejudicial deberá adoptar en su sentencia la respuesta de la Corte de Justicia» y el artículo 37 apela a «los Estados Partes, a través de las autoridades competentes, y los órganos del MERCOSUR» a que velen «por el cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo y, en particular por la estricta observancia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de lo establecido en la presente sección». También se ha seguido de cerca en este punto lo

dispuesto expresamente en la cuestión prejudicial andina (artículos 35 y 36 del Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), si bien hemos visto anteriormente que en la UE las sentencias prejudiciales son vinculantes igualmente, como ha declarado su TJ y ha recogido el RPTJ en su artículo 91.

En cuanto a los gastos procesales, se dispone que los Estados miembros aportarán los fondos del presupuesto anual de la CJM a partir de un porcentaje de la renta aduanera del MERCOSUR y, mientras esto no se haga efectivo, en función del criterio de representación ciudadana en el Parlasur (artículo 16 y disposición transitoria IV), lo que aproxima el régimen contemplado para las cuestiones prejudiciales mercosureñas al de las europeas y las andinas. En fin, las sentencias prejudiciales de la CJM serán publicadas en el Boletín Oficial del MERCOSUR, como sucede en la UE y en la Comunidad Andina¹¹⁹.

Esta iniciativa parlasureña ha sido bien acogida en los medios doctrinales y judiciales por lo general, pues en caso de aprobarse en los términos descritos el MERCOSUR avanzaría notablemente en su institucionalidad, a la vez que daría un paso decisivo hacia la interpretación y aplicación uniforme de sus normas y mejoraría sensiblemente la tutela judicial dentro del Cono Sur¹²⁰. Mas ha recibido igualmente fundadas críticas por pretender su implementación de golpe¹²¹, que no parece aconsejable porque el proyecto conlleva tantos cambios radicales para una organización de integración todavía tan acusadamente intergubernamental¹²² que la CJM prevista no casa bien con las características actua-

¹¹⁹ Véanse los artículos 38 y 43 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para la regulación de los gastos y la publicación de las sentencias prejudiciales andinas.

¹²⁰ Hay que tener en cuenta adicionalmente que el Proyecto de Estatuto de CJM contiene igualmente normas sobre el nombramiento y la independencia de sus miembros (artículos 3 y 4), su carácter permanente (artículo 10), sus inmunidades (artículo 11), el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción de la CJM (artículo 47), sus nuevas competencias en el marco de acciones directas de nulidad (artículos 17 a 21), omisión (artículos 22 y 23) e incumplimiento (artículos 24 a 32), sus funciones arbitrales (artículos 40 a 42) y como jurisdicción laboral (artículo 43), etcétera.

¹²¹ Véanse, en este sentido, las opiniones de presidentes y miembros de TTSSJJ de los países del MERCOSUR como LORENZETTI (Argentina), FRETES (Paraguay) y GUTIÉRREZ (Uruguay), manifestadas con ocasión del *VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR*, accesibles en <http://www.stf.jus.br>.

¹²² El MERCOSUR se define formalmente como una organización de integración, si bien la mayoría de sus elementos de su organización y funcionamiento son de naturaleza intergubernamental, y de modo particular en lo que se refiere a la composición de sus instituciones decisorias y sus sistemas de votación, por lo que constituye un modelo de

les del MERCOSUR¹²³, de tal suerte que sería preferible su aplicación flexible y progresiva, siguiendo una política de pequeños y paulatinos pasos, que tan buenos resultados ha procurado en la UE gracias al llamado *método Schuman*¹²⁴,

En el momento de conclusión de esta investigación, el CMC no ha aprobado la propuesta del Parlasur y, por los motivos apuntados antes, parece altamente improbable que la llegue a asumir sin establecer condiciones en cuanto a su contenido y/o algún tipo de gradualidad en su implementación. En todo caso, no es plausible que el CMC pueda diferir la situación *ad calendas graecas*¹²⁵, comprobado ya que la generalidad de la doctrina mercosureña, algunos TTSSJJ de los Estados Parte y varios órganos del MERCOSUR, entre los que se cuenta el órgano democrático (Parlasur) y el órgano de solución de diferencias (TPR), abogan decididamente porque se ponga remedio de una vez a las limitaciones actuales de las opiniones consultivas. Para salir del *impasse* actual bien podría el CMC llevar a cabo una revisión limitada del PO para dotar al TPR de nuevas atribuciones y conferir efecto vinculante a las opiniones consultivas, como hemos visto que el mismo sugería en el punto B de su Decisión N° 28/10, de 18 de octubre de 2010, dedicado a la dimensión judicial y del Derecho del MERCOSUR.

organización de integración de baja o mediana intensidad. Véase al respecto MARTÍNEZ PUÑAL, A., *El sistema institucional del MERCOSUR: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 2005.

¹²³ Utilizando las palabras de FONTOURA, J. («Criação do Tribunal de Justiça do MERCOSUL», VII Encuentro del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR, 2009, accesible en <http://www.stf.jus.br>), presidente actual del TPR, el sistema de solución de controversias del MERCOSUR debe ser apropiado al esquema de integración que regula y a las sociedades que lo componen y, por lógica, debe ser compatible con las otras Instituciones mercosureñas; pero un tribunal supranacional no lo es en estos momentos porque no es compatible con bloques económicos compuestos de Estados con formas de gobierno presidencialistas.

¹²⁴ Véase sobre el mismo, MANGAS MARTÍN, A., «El método comunitario: la reforma institucional de la UE en el proyecto de Tratado constitucional», *R.G.D.E.*, núm. 4, 2004.

¹²⁵ En la actualidad, tras la experiencia brindada por el TPR, sería mucho más difícil y discutido repetir la negociación del PO en la década pasada, en cuyo contexto se debatió la creación de una Corte de Justicia, con competencia para resolver CP, pero se optó finalmente por el híbrido de un TPR con OC ante la posición frontal de Uruguay. Una buena visión de las negociaciones del PO se encuentra en la obra citada de GONZÁLEZ GARABELLI, C.A., *MERCOSUR - Solución de controversias*.

VIII. REFLEXIONES FINALES

El régimen jurídico de las opiniones consultivas ante el TPR constituye un importante avance para la consolidación del sistema de solución de controversias del MERCOSUR si se compara con la situación que había antes de su regulación por las Decisiones CMC N° 37/03 y 02/07, incluso con las insuficiencias e interrogantes expuestos. Pero nos parece imposible sostener, sin caer en el error de quienes fuerzan las cosas al extremo, que las opiniones consultivas son comparables a las cuestiones prejudiciales de la UE y, por vía de consecuencia, que intelectualmente procede invocar elementos propios de éstas para tratar de superar las insuficiencias y carencias de aquéllas, siendo como son dos mecanismos procesales de muy distinta naturaleza¹²⁶. Basta con recordar sumariamente que ambas difieren notablemente por:

1) La legitimación para solicitarlas, que son sólo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (en el sentido comunitario de esta noción) en la UE, mientras en el MERCOSUR pueden evacuar la consulta determinados órganos jurisdiccionales —los TTSSJJ—, los Estados Parte actuando conjuntamente y los órganos de esta organización.

2) El objeto de las mismas, limitado a la interpretación de las normas obligatorias en el Cono Sur, cuando en la UE se puede plantear además una cuestión prejudicial de interpretación sobre actos comunitarios no vinculantes y una de validez sobre las normas obligatorias de las instituciones comunitarias.

3) El procedimiento seguido para su tramitación, más reglado en el MERCOSUR que en la UE incluso tras las nuevas previsiones del RPTJ, de tal suerte que en la UE las jurisdicciones nacionales y el TJ disfrutaban de un mayor margen discrecional en el inicio de ellas y durante su sustanciación.

4) Los efectos jurídicos, ya que las sentencias prejudiciales son vinculantes, a diferencia de las opiniones consultivas; y

5) Los gastos, dado que la gratuidad de la tramitación de las cuestiones prejudiciales en la UE se contraponen en el MERCOSUR con la atribución del coste de la opinión consultiva al Estado al que pertenezca el tribunal superior peticionario.

¹²⁶ Más claro no puede ser el propio TPR cuando pone énfasis en que las opiniones consultivas, «tal y como se encuentran reguladas por las normas MERCOSUR, no pueden ser asimiladas a los recursos prejudiciales previstos por otros procesos de integración» (OC N° 01/2009, párrafo 18). Todo lo más, podrían considerarse como un germen de cuestiones prejudiciales (DREYZIN DE KLOR, A., «La primera opinión consultiva en el MERCOSUR: ¿Germen de cuestión prejudicial?», *R.E.D.E.*, núm. 23, 2007, pp. 459-460).

Superando muchas limitaciones de las opiniones consultivas, el proyecto de Protocolo constitutivo de la CJM, del Parlasur, de 13 de diciembre de 2010, contiene una regulación bastante completa de las cuestiones prejudiciales mercosureñas que, en el improbable caso de que sea sancionado por el CMC en los términos con que allí aparecen descritas, aseguraría mucho mejor la interpretación y aplicación uniforme de las normas mercosureñas en el Cono Sur, al igual que ha sucedido en otros procesos regionales de integración económica que poseen una institución procesal equivalente, como la UE y la Comunidad Andina, en los que las cuestiones prejudiciales han devenido un factor clave para la consolidación y el desarrollo de su sistema jurídico, hasta el extremo de haber sido calificadas como la clave de bóveda que sustenta su estructura jurídica¹²⁷.

OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR
Y CUESTIONES PREJUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA:
ESTUDIO COMPARATIVO

RESUMEN: El objetivo de esta investigación es comparar el régimen jurídico de las opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR con el de las cuestiones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con este fin se expone la reglamentación actual de ambos instrumentos procesales, centrandó el análisis en sus elementos básicos más significativos, como son la legitimación, el objeto, el procedimiento, los efectos jurídicos y los gastos. Sobre esta base se exponen, al final del estudio, las perspectivas que abre el proyecto de Protocolo de Corte de Justicia del MERCOSUR, de 13 de diciembre de 2010, que atribuye a esta Corte competencia para resolver cuestiones prejudiciales.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Opiniones consultivas. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuestiones prejudiciales. Estudio comparativo.

MERCOSUR ADVISORY OPINIONS PROCEDURE
AND EUROPEAN UNION PRELIMINARY RULINGS PROCEDURE:
A COMPARATIVE STUDY

ABSTRACT: The objective of this research is to compare the advisory opinions procedure of the MERCOSUR Permanent Review Tribunal with the preliminary ruling pro-

¹²⁷ Con expresión similar, la cuestión prejudicial europea ha sido calificada como «la piedra angular de Derecho comunitario» (CHEVALLIER, R.M. y MAIDANI, D., *Guide pratique Article 177 C.E.E.*, O.P.O.C.E, Luxemburgo, 1981, p. 17).

cedure of the Court of Justice of the European Union. To this end, the current legal regime of both procedural instruments is described, focusing the analysis on their more important aspects, such as legal standing, object, proceeding, legal effects and costs. Based on the previous explanation, at the end of the study the perspectives that the project of the Court of Justice of the MERCOSUR Protocol, of 13 December 2010, opens are discussed, which assigns competence to decide references for preliminary rulings to this Court.

KEY WORDS: Permanent Review Tribunal of the Southern Common Market. Advisory opinions procedure. Court of Justice of the European Union. Preliminary rulings procedure. Comparative Study.

OPINIONS CONSULTATIVES DU MERCOSUR
ET LE RENVOI PRÉJUDICIEL DE L'UNION EUROPÉENNE:
ÉTUDE COMPARATIVE

RÉSUMÉ: L'objectif de cette recherche est de comparer la procédure des opinions consultatives du Tribunal Permanent de Révision du MERCOSUR avec le renvoi préjudiciel de la Cour de justice de l'Union européenne. Avec cette fin, on décrit le régime juridique actuel des deux instruments procéduraux, portant l'analyse sur leurs éléments les plus importantes, tels que la légitimation, l'objet, la procédure, les effets juridiques et les dépenses. Sur cette base, à la fin de l'étude on examine les perspectives qu'ouvre le projet de Protocole de Cour de Justice du MERCOSUR, du 13 décembre 2010, lequel confère à cette cour la compétence pour connaître des questions préjudicielles.

MOTS CLÉS: Tribunal Permanent de Révision du MERCOSUR. Opinions consultatives. Cour de justice de l'Union européenne. Questions préjudicielles. Étude comparative.