

**CONFLICTOS DE LEYES E INTEGRACIÓN JURÍDICA:  
ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO \*

Publicado en:

*Anuario Español de Derecho Internacional Privado*  
t. V, 2005, pp. 43-102

ISSN: 1578-3138

\* Catedrático de Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
E- 28040 MADRID  
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://www.ucm.es/eprints>

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

## ABSTRACT

Choice of law rules in the US are established at state level -usually by state courts- and constitutional restrictions on state rules are very limited in that field. The complexity of the system is increased by the impact of modern theories on state court practice. The calls from conflicts scholars to create uniform solutions at federal level have not changed the situation. The diversity of the American choice of law system operates in a framework where the level of cultural and legal uniformity as regards the substantive regulation of the areas covered by private law is much more intense than the situation between the member states of the EU. In the EU the powers conferred on the Community to create uniform choice of law rules and the enactment of regulations in that field are connected to the special role that the unification of choice of law rules plays as a means of legal integration in a framework with deeper differences between the substantive private laws of the member states. That function of community choice of law rules should determine the scope and contents of the new EU regulations and the interpretation of the European choice of law system as a whole.

**Keywords:** Conflict of Laws.- Legal Integration- Diversity and Uniformity in the US- Unification in the EU- Scope and Restrictions to the Unification

## RESUMEN

La regulación básicamente a escala estatal y no federal del sector del derecho aplicable en el sistema estadounidense, unida al limitado alcance de las restricciones constitucionales en la materia, contribuyen a dotar a ese sector del ordenamiento de una especial complejidad, acentuada por la abstracción de ciertas doctrinas y su proyección sobre la práctica judicial. La creciente percepción acerca de la conveniencia de unificar las normas de conflicto no ha ido unida a la adopción de una legislación federal elaborada en la materia y los logros también han sido muy limitados en el marco de otras vías de uniformización jurídica propias del sistema estadounidense. En el seno de la Unión Europea, la atribución de competencias específicas a la Comunidad para uniformar las reglas de derecho aplicable y la conveniencia de elaborar reglamentos en la materia se corresponde con el mayor grado de diversidad jurídica material y la menor homogeneidad cultural existente entre los Estados miembros. Este contexto refuerza el significado de la unificación de las reglas de conflicto como mecanismo de integración jurídica, lo que debe condicionar decisivamente la configuración y alcance de los instrumentos en la materia así como la interpretación del conjunto del sistema conflictual comunitario.

**Palabras clave:** Derecho aplicable.- integración jurídica.- diversidad y uniformidad en EEUU- unificación en la UE- límites y condicionantes de la unificación,

## CONFLICTOS DE LEYES E INTEGRACIÓN JURÍDICA: ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO: I. Introducción. II. Determinación del derecho aplicable: la diversidad y sus límites en EEUU. 1. Fundamentos de un sistema complejo. 2. Derecho aplicable y límites constitucionales: *due process* y *full faith and credit*. III. Tendencias uniformizadoras del régimen conflictual en EEUU. 1. Panorama jurisprudencial e impacto de los *restatements* y de las teorías doctrinales. 2. Significado de otros instrumentos de uniformización. 3. Perspectivas de evolución del derecho federal. 4. Diversidad jurídica y orden público. 5. Aplicación judicial del derecho extranjero. IV. Alcance de la unificación conflictual en la Unión Europea. 1. Hacia la configuración de un sistema unitario. 2. Límites y condicionantes de la unificación. 3. Situaciones intracomunitarias e internacionales. V. Las normas sobre derecho aplicable como instrumento de integración. 1. Competencia entre ordenamientos y unificación de las reglas de conflicto. 2. Armonización jurídica y aplicación de la ley de origen. 3. Importancia de la unificación conflictual en el ámbito comunitario.

### I. Introducción

1. El nivel de desarrollo alcanzado por EEUU y la Unión Europea como sistemas compuestos en los que las competencias normativas se hallan distribuidas entre diferentes entidades políticas territoriales, determina que la comparación entre ambos resulte de especial interés al abordar las implicaciones de la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos en el marco de un mercado integrado y de un entidad política compleja<sup>1</sup>. Ese interés se manifiesta en ambas direcciones, pues si el federalismo estadounidense ha resultado en muchos aspectos un modelo tenido en cuenta en el ámbito comunitario, los instrumentos de uniformización jurídica de la UE se han convertido en EEUU en un marco de referencia esencial para evaluar las propuestas de revisión legislativa –

---

\* Este trabajo ha sido realizado en parte en el marco de una estancia como *Visiting Scholar* en la Harvard Law School (Massachusetts, EEUU) durante 2005, financiada por el Real Colegio Complutense (RCC) en la Universidad de Harvard. El autor quiere manifestar su gratitud por el apoyo recibido a los profesores Ángel Saenz-Badillos, Director del RCC y David Kennedy, Director del *European Law Research Center* de la Harvard Law School.

<sup>1</sup> Cf. G.A. Bermann, “Regulatory Federalism: European Union and United States”, *R. des C.*, 1997, t. 263, pp. 9-148, pp. 19-20.

muy especialmente en el ámbito del DIPr-, al tiempo que el desarrollo de la UE ha provocado en EEUU una renovada atención sobre su sistema federal.

En lo que se refiere al DIPr, la diferente evolución experimentada en EEUU y Europa ha llevado a que los enfoques prevalentes respecto a la disciplina sean tan dispares, al menos formalmente, que se ha llegado a decir que los especialistas de uno y otro lado del Atlántico utilizan en relación con esta disciplina una misma terminología pero hablan idiomas distintos<sup>2</sup>.

El desarrollo del proceso de integración en la UE contribuye, sin embargo, a aproximar ciertos aspectos de la configuración del DIPr en los que la evolución en EEUU y la UE habían seguido caminos muy diferentes<sup>3</sup>. La estructura federal de EEUU ha sido determinante para que la idea del conflicto de soberanías o de ordenamientos -y también la coordinación entre éstos- floreciera mientras que en Europa el DIPr evolucionaba al margen de esos planteamientos, centrado en la determinación del régimen aplicable a relaciones jurídico-privadas típicamente regidas por normas de Derecho privado. El desarrollo de una estructura compleja, como lo es la Unión Europea, que da lugar a la aparición de un orden jurídico propio y en el que coexisten los sistemas jurídicos de los Estados miembros, unido al creciente impacto de sectores del Derecho público sobre la ordenación de la actividad (comercial) transfronteriza, determina que las relaciones entre distintos ordenamientos puedan cobrar un renovado protagonismo en la configuración del DIPr también en el contexto europeo.

2. Un aspecto clave en el que el DIPr en EEUU y la UE opera en un contexto que determina que la comparación resulte de especial utilidad, es el que tiene que ver con la presencia en cada una de esas entidades de una pluralidad de sistemas jurisdiccionales y ordenamientos jurídicos. La diversidad presenta varias manifestaciones en ambos sistemas, pues junto al plano vertical, relativo a las relaciones entre el ordenamiento federal o comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros, como factor clave de heterogeneidad aparece el componente horizontal, relativo a las relaciones entre los diversos Estados que forman parte de la entidad política compleja.

---

<sup>2</sup> Cf. P. Volken, “How Common are the General Principles of Private International Law? America and Europe Compared”, *Yearbook PIL*, vol. I, 1999, pp. 85-102, p. 102, valorando ciertos factores históricos que han podido conducir a esta situación.

<sup>3</sup> Cf. H. Muir Watt, “Aspects économiques du droit international privé”, *R. des C.*, 2004, t. 307, pp. 25-384, p. 47.

El debate sobre el alcance de la uniformización de las reglas de los diferentes sectores del DIPr y su interacción con el nivel de diversidad existente en la normativa material plantea cuestiones semejantes en EEUU y la UE, si bien en uno y otro sistema se observan tendencias diferentes, lo que proporciona contrastes muy ricos. Se trata de una cuestión esencial en la actualidad para la evolución de esta disciplina y la configuración del sistema de DIPr, habida cuenta de la creciente “comunitarización” del DIPr, ligada a la atribución a la Comunidad Europea de competencias específicas para adoptar medidas en los diferentes sectores del DIPr.

La dimensión federal –o supranacional en el caso comunitario– presente tanto en EEUU como en la UE determina también la existencia de importantes paralelismos –y contrastes– en la configuración de los diversos sectores del DIPr, al abordar cuestiones como los límites derivados de las normas constitucionales (o en el caso de la UE, del Derecho originario y, en su caso, del CEDH) sobre el contenido de las reglas de DIPr, el alcance de la unificación de las normas de DIPr y de la existencia de regímenes diferenciados para las situaciones interestatales o intracomunitarias y las internacionales. En este contexto, además, la comparación entre los criterios de regulación prevalentes en EEUU y la UE constituye un elemento clave para el posible desarrollo de estándares comunes que faciliten la convergencia internacional<sup>4</sup>.

El progresivo avance de la integración europea trae consigo un intenso debate no sólo acerca de cuál es el nivel (estatal o comunitario) apropiado para la elaboración de esas normas, sino también sobre en qué medida el funcionamiento del sistema de DIPr se ve afectado por la construcción de una comunidad jurídica, como se manifiesta, por ejemplo, en las implicaciones de un eventual orden público comunitario sobre los diversos sectores del DIPr. Asimismo resulta clave observar que la creación de una entidad supranacional de integración va unida a la necesidad de valorar en qué medida las situaciones jurídico-privadas transfronterizas vinculadas (sólo) con el marco de integración justifican la aplicación de criterios de solución diferentes a los que se aplican con carácter general (o residual) a las relaciones privadas internacionales. La comparación resulta de particular interés en la medida en que el DIPr en EEUU se ha construido básicamente en un contexto de relaciones interestatales y no internacionales, si bien la creciente internacionalización de las actividades jurídico-privadas ha contribuido a la toma de conciencia acerca de que se trata de relaciones que implican intereses diferentes y pueden justificar tratamientos dispares.

---

<sup>4</sup> *Vid., v.gr.*, N. Hatzimihail y A. Nuyts, “Judicial Cooperation between the United States and Europe in Civil and Commercial Matters: An Overview of Issues”, A. Nuyts y N. Watté (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruselas, 2005, pp. 1-25, pp. 7-25.

3. De lo anterior resulta que en el actual debate sobre la comunitarización del DIPr y la uniformización del Derecho privado en Europa, el contraste con la situación en EEUU puede aportar elementos de gran interés, de cara a la futura evolución de ambos modelos y a reforzar la posibilidad de coordinación entre ambos en el marco de acuerdos internacionales<sup>5</sup>.

La existencia en EEUU y en Europa de procesos con similitudes en los que se han planteado importantes problemas comunes y entre los que existen influencias recíprocas determina que la comparación resulte de gran utilidad con respecto a cada uno de los sectores del DIPr. Basta pensar en el significado de la cláusula *full faith and credit* del sistema constitucional estadounidense para apreciar la importancia del desarrollo de un régimen específico relativo a la eficacia recíproca de las decisiones judiciales en el seno de un mercado unitario, así como el impacto que el modelo del Convenio de Bruselas de 1968 ha tenido como referencia -no exenta de críticas- para la doctrina estadounidense de cara a la modernización de su fragmentado régimen jurisdiccional, a pesar de la constitucionalización de esa materia, en la que la jurisprudencia del TS de EEUU relativa a las implicaciones de la cláusula *due process* ha sido una fuente de gran controversia, cuya evolución resulta de gran valor conocer cuando en el seno de la UE se dan los primeros pasos para establecer un sistema común de garantías procesales, vinculado con el derecho fundamental a un proces justo del artículo 6.1 CEDH, que ha de proyectarse especialmente sobre el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones<sup>6</sup>, pero también sobre el de la competencia judicial internacional.

Asimismo, dejando a un lado la referencia específica a los diversos sectores del DIPr y teniendo en cuenta la trascendencia del debate sobre la uniformización de amplias parcelas del Derecho privado a escala comunitaria, el estudio del grado de diversidad jurídico-privada presente en EEUU y de los mecanismos de uniformización empleados en ese

---

<sup>5</sup> Como ilustra especialmente la polarización entre EEUU y Europa en el marco de las frustradas negociaciones de un convenio mundial sobre competencia y reconocimiento y ejecución de decisiones en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr, cf. J.J. Forner Delaguna, *Hacia un convenio mundial de exequátur (Algunos aspectos del derecho estadounidense de interés para España)*, Barcelona, 1999, p. 18.

<sup>6</sup> Vid. J.D. González Campos, “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al prof J.A. Carrillo Salcedo*, t. II, Sevilla, 2005, pp. 695-716, pp. 700-709; y H. Muir-Watt, “Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness under the Brussels and Lugano Conventions”, *Texas International Law Journal*, vol. 36, 2001, pp. 539-554, pp. 549-552.

sistema proporciona un marco de comparación idóneo para valorar la situación en la UE y las alternativas disponibles. Además, constituye un presupuesto necesario para poder conocer los diferentes contextos en los que operan y se elaboran las reglas de los diversos sectores del DIPr en uno y otro sistema.

4. El presente estudio difiere de otras aproximaciones más tradicionales desde la órbita europea al sistema de EEUU, centradas en exponer las doctrinas y métodos imperantes en aquel país en el ámbito del DIPr. En este caso, el acento recae sobre el contexto de pluralismo jurídico en el que esas doctrinas operan, así como sobre su impacto en el marco de la tensión entre uniformidad y diversidad en la regulación del DIPr.

Por evidentes razones de espacio, las páginas que siguen se limitan básicamente a analizar la situación en lo relativo al sector del derecho aplicable. Este trabajo se integra en el marco de un estudio más amplio, que incluye el análisis de los sectores de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y ejecución de decisiones, así como el contraste entre los modelos de EEUU y la UE en lo que atañe a la uniformización del Derecho privado, ámbito en el que destaca el desarrollo en EEUU de instituciones y organizaciones que han contribuido decisivamente mediante la elaboración de diversas categorías de instrumentos -leyes modelo, leyes uniformes, *restatements*, normas federales...- a que, pese a la fragmentación jurídica, exista un Derecho privado estadounidense, respecto del cual las legislaciones estatales pueden ser con gran frecuencia tratadas prácticamente como simples variaciones locales<sup>7</sup>. Los análisis de estas otras cuestiones serán objeto de publicación por separado.

## **II. Determinación del derecho aplicable: la diversidad y sus límites en EEUU**

### *1. Fundamentos de un sistema complejo*

5. A pesar de que por su naturaleza las cuestiones de derecho aplicable surgen en relaciones que presentan conexiones con varios Estados (o países), y un tratamiento conjunto para los diversos Estados implicados aporta significativas ventajas, lo que en el sistema de EEUU podría haber conducido a la regulación a escala federal de las cuestiones de derecho aplicable, que presentan una dimensión básicamente

---

<sup>7</sup> Vid. R. Zimmermann, “Common law und civil law, Amerika und Europa – Zu diesem Band”, R. Zimmermann (Hrsg.), *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht (Impressionen aus der Neuen Welt)*, Tubinga, 1995, pp. 1-10, p. 5.

interestatal (más que internacional), lo cierto es que estas cuestiones en EEUU han sido tradicionalmente reguladas a escala estatal, sin que se haya desarrollado una normativa federal elaborada. Esta situación se ha consolidado pese a que se halla ampliamente extendido el criterio de que el Congreso sí tiene competencia para legislar en la materia, que, por lo tanto, podría ser unificada mediante la adopción de normas federales.

La regulación a nivel estatal de esta materia es uno de los factores que condicionan la extraordinaria complejidad de la situación existente en EEUU, lo que se asocia con las demandas desde hace décadas de revisión de ese estado de cosas y de reforzamiento de la ordenación a nivel federal<sup>8</sup>.

La aplicación de criterios diferentes según los Estados, y normalmente poco precisos, acarrea en la práctica estadounidense una especial falta de seguridad jurídica, al tiempo que favorece no sólo la litigiosidad en torno a las cuestiones de derecho aplicable, sino que también puede resultar un incentivo para demandar. Quien se adelanta y actúa como demandante selecciona la jurisdicción que va a conocer del asunto –y la flexibilidad de los límites constitucionales en materia de competencia judicial suele traducirse en la disponibilidad de varios foros-, de manera que es él quien puede optar por aquella que aplique un criterio en el ámbito del derecho aplicable que en mayor medida favorezca sus intereses<sup>9</sup>.

6. Por otra parte, en EEUU prevalece un enfoque basado más en estándares que en normas concretas. Se observa una tendencia a contrastar las normas materiales para seleccionar el ordenamiento cuya aplicación resulta más justa o mejor, lo que menoscaba la previsibilidad de las soluciones y favorece la aplicación de la ley del foro (y la extensión extraterritorial de ésta). Los tribunales eligen la ley aplicable normalmente con base en principios flexibles que les atribuyen un gran margen de maniobra, lo que se manifiesta en las doctrinas imperantes en materia de ley aplicable, como es el caso del *governmental interest analysis* de Currie, el *comparative impairment approach* de Baxter, el *better law approach* de Leflar, o el criterio básico en el *Restatement Second* de 1971 fundado en la aplicación de la ley del Estado que presenta la vinculación más significativa con la relación.

La extraordinaria diversidad de planteamientos doctrinales en el ámbito del DIPr y el excesivo peso de las teorías fundadas en razonamientos abstractos –que contrasta con el predominio de la

---

<sup>8</sup> Cf., con ulteriores referencias, D.T. Trautman, “Toward Federalizing Choice of Law”, *Texas Law Review*, vol. 60, 1992, pp. 1715-1741, p. 1718.

<sup>9</sup> Cf., v.gr., M.H. Gottesman, “Draining the Dismal Swamp: The Case for Federal Choice of Law Statutes”, *Georgetown Law Journal*, vol. 80, 1991, pp. 1-51, p. 13.



jurisprudencia propio de un sistema de *common law* como el estadounidense- son factores que han contribuido a que este sector del ordenamiento sea considerado en EEUU como el que presenta una situación más caótica y menos satisfactoria<sup>10</sup>.

En concreto, en EEUU se ha convertido en un lugar común afirmar que el sector del derecho aplicable (*choice of law*) es el más confuso de todo el ordenamiento y que ese estado de cosas se ve favorecido por la coexistencia de planteamientos doctrinales que son aplicados con gran confusión en las diferentes jurisdicciones estatales que con frecuencia no distinguen unos métodos de otros<sup>11</sup>.

Otro factor que contribuye a que la regulación de las cuestiones de ley aplicable presente en EEUU un panorama en muchas ocasiones calificado como caótico<sup>12</sup>, es que, como se analizará más en detalle, la ordenación a nivel estatal tiene lugar en un marco en el que apenas existen restricciones derivadas de la Constitución federal, por lo que se observan significativas divergencias entre los ordenamientos estatales en la materia. Cabe apreciar que los tribunales utilizan, según los Estados y las materias, métodos diferentes, pues en EEUU todavía subsisten, aunque con un alcance muy diverso, al menos cinco planteamientos metodológicos: el tradicional recogido en el *First Restatement* (fundado en la teoría de los *vested rights*), el criterio basado en el centro de gravedad, las diversas variantes de *interest analysis*, la *better law theory*, y el *Second Restatement*. El reducido alcance de las limitaciones constitucionales sobre el empleo de estos métodos por los tribunales se traduce en una marcada tendencia unilateralista en la práctica judicial que favorece la aplicación de la ley del foro cuando éste tiene un mínimo de vinculación con la controversia.

7. Un elemento que proporciona cierta uniformidad al conjunto del sistema en EEUU es la tendencia a un tratamiento conjunto de las cuestiones interestatales (intrafederales) –es decir, conectadas sólo con varios Estados de EEUU- e internacionales –conectadas con algún(os) país(es) extranjeros-, que se corresponde con el dato de que las primeras han sido tradicionalmente mucho más numerosas y han constituido el objeto principal de atención. Por ello, las respuestas a las cuestiones internacionales con frecuencia han sido elaboradas a partir de las existentes para el ámbito interestatal.

Este estado de cosas ha sido severamente criticado por la doctrina, especialmente en la medida en que no permite tener adecuadamente en

---

<sup>10</sup> Cf. W.L. Reynolds, “Legal Process and Choice of Law”, *Maryland law Review*, vol. 56, 1997, pp. 1371-1410, p. 1372.

<sup>11</sup> *Vid., v. gr.*, G.E. Smith, “Choice of Law in the United States”, *The Hastings Law Journal*, vol. 38, 1987, pp. 1041-1174, pp. 1041-1042.

<sup>12</sup> *Cf., v. gr.*, E.S. Fruehwald, *Choice of Law for American Courts*, Westport, 2001, p. 1.

cuenta las peculiares exigencias de las situaciones internacionales, si bien la importancia atribuida en el sistema estadounidense a las circunstancias del caso concreto, la relevancia del análisis de intereses y de la valoración de las políticas legislativas afectadas, facilita que en la aplicación del sistema unitario puedan ser tomadas en consideración las peculiaridades de las situaciones internacionales<sup>13</sup>. La marcada tendencia a proporcionar un tratamiento similar a las cuestiones sobre ley aplicable cuando se plantean en el ámbito interestatal y en el ámbito internacional no impide apreciar que las mayores divergencias entre ordenamientos existentes a escala internacional, imponen ciertas diferencias de trato, por ejemplo, en lo relativo a la aplicación judicial del Derecho extranjero y a la concreción del alcance de las normas de intervención económica<sup>14</sup>.

8. Otro factor de uniformidad interjurisdiccional es que las cuestiones de ley aplicable deben decidirse aplicando el derecho estatal en la materia, tanto cuando se plantean ante un tribunal estatal, como cuando se plantean ante un tribunal federal que deba decidir un litigio relativo a cuestiones regidas por el derecho estatal. Se trata de una circunstancia muy relevante, en la medida en que la competencia de los tribunales federales suele ser concurrente con la de los tribunales estatales –que son los que tienen jurisdicción general-, de manera que normalmente un litigio puede plantearse ante una u otra jurisdicción en función de las preferencias de (una de) las partes.

La exigencia de que los tribunales federales decidan con base en un ordenamiento estatal todas aquellas cuestiones regidas por el derecho estatal, sin que puedan elaborar criterios de solución uniformes es consecuencia de la proyección en este ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EEUU en el asunto *Erie*<sup>15</sup>. De acuerdo con lo establecido en esa decisión, los tribunales federales y los estatales deben aplicar las mismas normas, lo que implica el rechazo de la existencia de un denominado *federal common law* en los ámbitos regidos por el derecho estatal, en los que la normativa aplicable al fondo por los tribunales federales debe ser también la estatal, tal y como es interpretada por los tribunales estatales. El impacto de esta jurisprudencia es tan notable que

---

<sup>13</sup> *Vid.*, con ulteriores referencias, E.F. Scoles, “Interstate and International Distinctions in Conflict of Laws in the United States”, *California Law Review*, vol. 54, 1966, pp. 1599-1623.

<sup>14</sup> Cf. J.A.R. Nafziger, *Conflict of Laws (A Northwest Perspective)*, Seattle, 1985, p. 80.

<sup>15</sup> La célebre decisión del TS de EEUU de 1938 en el asunto *Erie Railroad Co. v. Tompkins* -304 US 64 (1938)-, que revisa el criterio sentado previamente por la jurisprudencia del TS de EEUU en su decisión de 1842 en el asunto *Swift v. Tyson* -41 US (16 Pet.) 1 (1842)-, que había admitido la posibilidad de que los tribunales federales crearan *federal common law* en las materias regidas por derecho estatal, lo que hacía posible la aplicación de reglas diferentes en función del carácter federal o estatal del tribunal que conociera de la controversia.

incluso cuando se trata de situaciones internacionales, vinculadas con algún país extranjero (y no meramente interestatales), los tribunales estatales y federales suelen dar respuesta a las cuestiones de derecho aplicable con base en lo dispuesto en el ordenamiento estatal correspondiente, sin valorar si se trata de situaciones que pueden afectar a las relaciones exteriores, en el sentido constitucional del término en EEUU, lo que determinaría que fuera una cuestión federal.

El valor como referencia de la jurisprudencia *Erie* determina que los conflictos de leyes en situaciones internacionales se decidan también conforme a la legislación estatal, aunque constitucionalmente resultaría apropiada su regulación a escala federal. A este respecto, debe tenerse en cuenta la amplia interpretación que el TS de EEUU ha realizado de la cláusula de comercio -que otorga al Congreso la competencia para regular el comercio con el extranjero y entre los varios Estados (art. I.8.3 Constitución EEUU)- como fundamento de la intervención legislativa a escala federal<sup>16</sup>, que favorece la posibilidad de entender que la regulación de las situaciones internacionales e interestatales en amplias parcelas del Derecho privado en la legislación federal resultaría admisible constitucionalmente.

Además la transformación de la sociedad favorece el carácter transfronterizo de múltiples actividades y difumina la distinción entre lo público y lo privado en el ámbito de las relaciones internacionales. El control por parte de los Estados de una cuestión de interés nacional no se corresponde con la Constitución de EEUU que atribuye competencia exclusiva a la Federación para regular las cuestiones de política exterior. Además, otros importantes intereses federales pueden resultar afectados por la regulación a escala estatal de las cuestiones de ley aplicable suscitadas por las relaciones privadas internacionales, como los implicados en los convenios internacionales y la legislación federal que ordenan aspectos del comercio internacional o de las inversiones exteriores, lo que refuerza la idea de la oportunidad de la federalización de las normas sobre ley aplicable<sup>17</sup>.

Las propuestas de uniformar las reglas sobre derecho aplicable en el sistema de EEUU se fundamentan también en la importancia de proporcionar una mayor previsibilidad, pues la regulación a escala estatal y el empleo de criterios muy diferentes según los Estados da lugar a una

---

<sup>16</sup> Sin perjuicio de que en la última década del siglo XX el TS de EEUU adoptó un planteamiento más restrictivo acerca del poder del Congreso para legislar con base en la cláusula de comercio, *vid.* G.G. Howells, “Federalism in USA and EC - The Scope for Harmonised Legislative Activity Compared”, *ERPL*, vol. 5, 2002, pp. 601-622.

<sup>17</sup> *Vid.* D.C.K. Chow, “Limiting Erie in a New Age of International Law: Toward a Federal Common Law of International Choice of Law”, *Iowa Law Review*, vol. 74, 1988, pp. 165-225, pp. 165-169.

excesiva fragmentación<sup>18</sup> y determina que las partes no puedan valorar la normativa que resultará aplicable hasta saber ante qué concreto tribunal se plantea el litigio. No obstante, tampoco cabe desconocer que este estado de cosas se corresponde en buena medida con el tradicional apego por soluciones casuísticas de un sistema como el de EEUU. Además, ciertas propuestas destacan que la uniformización no sólo incrementaría la previsibilidad sino que también facilitaría una regulación con respuestas más apropiadas a estas cuestiones, en la medida en que hace posible la cooperación interestatal en la materia<sup>19</sup>.

## 2. Derecho aplicable y límites constitucionales: Due Process y Full Faith and Credit

9. Los límites federales al poder de los Estados para regular los conflictos de leyes derivan de la Constitución. En concreto, de la cláusula *due process* que limita el poder de los Estados sobre los individuos y protege la libertad individual<sup>20</sup>, y de la *full faith and credit clause* que delimita las relaciones entre los Estados y asegura su soberanía. Como se analizará a continuación, aunque se trata de cláusulas que responden a fundamentos diferentes, en su aplicación al sector de la ley aplicable por parte del Tribunal Supremo de EEUU, han sido normalmente objeto de un

---

<sup>18</sup> La fragmentación de las normas sobre ley aplicable plantea especiales dificultades en aquellos litigios en los que se ejercitan acciones colectivas o se acumulan varias acciones por demandantes con respecto a una actividad que se ha desarrollado o que ha producido efectos en múltiples Estados. En supuestos de este tipo, el sistema de EEUU conduciría normalmente a la aplicación de diferentes legislaciones a las diversas reclamaciones, pero en la práctica los tribunales han desarrollado criterios para en ocasiones aplicar una misma legislación a todas las reclamaciones, como ilustra el celebre litigio relativo al agente naranja, en el que el tribunal en vez de aplicar las reglas sobre ley aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, optó por aplicar una (inexistente) normativa sobre responsabilidad del fabricante con base en la existencia de un consenso a escala nacional sobre el particular, *vid.* E.S. Fruehwald, *Choice...*, *op. cit.*, pp. 146-159.

<sup>19</sup> *Vid.* L. Kramer, “On the Need for a Uniform Choice of Law Code”, *Michigan Law Review*, vol. 89, 1991, pp. 2134-2149, pp. pp. 2136-2146.

<sup>20</sup> En realidad, al igual que sucede en el ámbito de la competencia judicial, cabría hablar con más propiedad de las cláusulas *due process*, pues junto con la de la décimocuarta enmienda referida al ámbito estatal, se halla también la de la quinta enmienda que vincula a los tribunales y autoridades federales. En la práctica, desde la perspectiva de las normas sobre ley aplicable resulta mucho más relevante la primera, no sólo porque el Derecho privado (incluidas las reglas de conflicto) es en su gran mayoría de carácter estatal sino también porque las competencias federales para legislar aspectos relativos a las transacciones internacionales suelen resultar de la cláusula de comercio. En este sentido la legislación federal suele recaer en el ámbito del llamado Derecho económico, en cuya aplicación espacial los límites constitucionales desempeñan en la práctica un papel muy limitado, pues no es habitual que en este ámbito la aplicación de la ley del foro tenga lugar en circunstancias que infrinjan los límites impuestos normalmente por la cláusula *due process*, *cf.* P.E. Herzog, “Constitutional Limits on Choice of Law”, *R. des C.*, t. 234, 1992, pp. 239-330, pp. 271-272.

tratamiento conjunto<sup>21</sup>.

10. Una trascendencia menor presentan otros posibles límites constitucionales<sup>22</sup>, como la cláusula *equal protection* de la decimocuarta enmienda, que obliga a los Estados a asegurar a todas las personas – incluidos los extranjeros– en su jurisdicción la “*equal protection of the laws*”, pero que en la práctica del TS de EEUU apenas ha sido utilizada en el ámbito del derecho aplicable pues básicamente se ha proyectado sobre las relaciones interraciales. La cláusula “*privileges and immunities*” del artículo IV de la Constitución prohíbe las discriminaciones frente a ciudadanos de otros Estados de la Unión que no resulten razonables, pero su empleo en el ámbito del derecho aplicable ha sido igualmente muy escaso<sup>23</sup>.

La cláusula de comercio del artículo I sección 8 de la Constitución puede tener un impacto muy importante en la medida en que atribuye competencias al Congreso para legislar en materia de derecho aplicable, pese a lo cual, como ha quedado señalado, la regulación de esa materia se contiene en la actualidad básicamente en los ordenamientos de los diferentes Estados. A falta de legislación federal, la cláusula de comercio durmiente puede ser relevante para controlar que el ámbito de aplicación espacial de las legislaciones estatales no resulta excesivo<sup>24</sup>, así como que el contenido de las normas sobre determinación de la ley aplicable no menoscaba la unidad de mercado<sup>25</sup>, si bien hasta la fecha apenas ha sido empleada en relación con las normas sobre ley aplicable, no habiéndose desarrollado en el sistema estadounidense una tendencia a aplicar el criterio de la ley de origen semejante a la evolución en el mercado interior comunitario.

11. La cláusula *due process* es aquí relevante en la medida en que regula el alcance territorial de las competencias estatales y de su ejercicio

---

<sup>21</sup> Vid. P. Hay, O. Lando, y R.D. Rotunda, “Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration”, M. Cappelletti, M. Secombe y J. Weiler, *Integration Through Law (Europe and the American Federal Experience)*, vol. I.2, Berlin-Nueva York, 1986, pp. 161-257, pp. 208-209.

<sup>22</sup> Vid. P.E. Herzog, “Constitutional...”, *loc. cit.*, pp. 285-290.

<sup>23</sup> Poniendo de relieve que un enfoque basado en el análisis de intereses, pese a favorecer la aplicación de la ley del foro, no resulta contrario a ninguna de esas cláusulas constitucionales, *vid.* M.P. Gergen, “Equality and the Conflict of Laws”, *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 893-934. Por el contrario, aunque se trata de un planteamiento que no ha tenido reflejo en la jurisprudencia del TS de EEUU, considerando inconstitucionales los métodos que favorecen la aplicación de la ley del foro o incluso la “*better law*”, *vid.* D. Laycock, “Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitutional Foundations of Choice of Law”, *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, pp. 249-337, pp. 261-315.

<sup>24</sup> Cf., *v. gr.*, P.J. Kozyris, “Some Observations on State Regulation of Multistate Takeovers – Controlling Choice of Law Through the Commerce Clause”, *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 14, 1989, pp. 499-535, p. 534.

<sup>25</sup> Vid. H.W. Horowitz, “The Commerce Clause as a Limitation on State Choice-of-Law Doctrine”, *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, pp. 806-824.

sobre los particulares, mientras que la cláusula *full faith and credit* va referida al respeto por parte de los Estados de la soberanía de los demás Estados en el marco federal<sup>26</sup>. Ahora bien con el paso del tiempo el TS de EEUU interpreta la cláusula *full faith and credit* no con el fin de lograr un equilibrio entre los intereses de los diversos Estados implicados, sino básicamente para fijar límites negativos a la aplicación de la ley del foro, lo que determina que su significado coincida con el de las restricciones resultantes del *due process*<sup>27</sup>. En todo caso, la cláusula *full faith and credit*, a diferencia de la *due process*, sólo resulta de aplicación en las relaciones entre los Estados miembros de la Federación y su función esencial es fijar límites constitucionales a la negativa a reconocer en un Estado el resarcimiento basado en acciones fundadas en la legislación de otro Estado, lo que determina que se proyecte en gran medida sobre las resoluciones judiciales procedentes de otros Estados y su reconocimiento.

Pero como la primera parte de la *full faith and credit clause* impone que se dé *full faith and credit* a los “*public acts*” de otros Estados, las cuestiones relativas a esta parte de la cláusula se plantean básicamente en el ámbito de los conflictos de leyes (interestatales). En particular, resulta necesario determinar si en los supuestos en los que aplican la ley del foro a una cuestión interestatal los tribunales están denegando la *full faith and credit* debida a las leyes de otros Estados conectados con el supuesto. La aplicación del derecho federal no queda cubierta por la cláusula, habida cuenta de que las relaciones entre el derecho federal y los estatales vienen determinadas por la cláusula de supremacía del artículo VI de la Constitución de EEUU, en virtud de la cual prevalece el derecho federal<sup>28</sup>.

12. En la práctica el Tribunal Supremo de EEUU aplica la parte relativa a los *public acts* de la *full faith and credit clause* junto con la cláusula *due process* y deriva de ellas una limitación constitucional mínima a la facultad de los tribunales del foro de aplicar su propio ordenamiento a las controversias relativas a relaciones interestatales (e internacionales). De la

---

<sup>26</sup> Vid. F.L. Kirgis Jr., “The Roles of Due Process and Full Faith and Credit in Choice of Law”, *Cornell Law Review*, vol. 62, 1976, pp. 94-150.

<sup>27</sup> La *due process clause* también impone límites constitucionales a la determinación de la competencia de los tribunales de un Estado (que condicionan la eventual aplicación de la ley del foro), básicamente en atención a su vinculación con el demandado para controlar que no se menoscaban estándares de justicia en relación con su libertad individual, *vid.*, a favor de considerar que las limitaciones constitucionales deben ser más intensas en materia de derecho aplicable (respecto a la aplicación de la ley del foro), por afectar también a los intereses de otros Estados y tener, en consecuencia, implicaciones de mayor entidad desde la perspectiva federal, *vid.* P. Hay, “Judicial Jurisdiction and Choice of Law: Constitutional Limitations”, *University of Colorado Law Review*, vol. 59, 1988, pp. 9-35, p. 10-22.

<sup>28</sup> Cf. W.L. Reynolds y W.M. Richman, *The Full Faith and Credit Clause*, Westport, 2005, pp. 19 y 29.

aplicación que de ambas cláusulas hace el TS de EEUU<sup>29</sup> resulta que en la actualidad el verdadero límite constitucional en lo relativo a la determinación de la ley aplicable –tanto en el marco de las relaciones interestatales como internacionales- es únicamente la existencia de una relación suficiente entre la transacción regulada y el Estado cuya ley se pretende aplicar<sup>30</sup>. Esta limitación se proyecta con independencia de cuál de las varias metodologías que coexisten en EEUU sea la seguida en materia de derecho aplicable por el tribunal en cuestión<sup>31</sup>.

13. Al concretar el alcance de la cláusula *due process* como límite a la aplicación de la ley del foro (estatal) a las transacciones internacionales<sup>32</sup>, la decisión del TS de EEUU en el asunto *Home Insurance Co. v. Dick*<sup>33</sup>, puso de relieve que la ausencia de vinculación física entre un Estado y un litigio, determina que no sea aceptable la aplicación de la ley de ese Estado, que en tales circunstancias carece de competencia para regular los términos de esa transacción, de manera que la aplicación por ese Estado de su ordenamiento para regular los derechos y obligaciones derivados de esa relación resulta contraria a la Constitución.

En ese contexto, el *interest analysis* de Brainerd Currie representó un avance significativo con respecto a la mera fijación de ese límite negativo, en la medida en que el *interest analysis* implica la toma en consideración de elementos distintos de la mera conexión física con un territorio, como el contenido y los objetivos de las leyes estatales en conflicto. Ahora bien, la tendencia de esa doctrina a aceptar la aplicación de la ley del foro siempre que los intereses de ese Estado se ven afectados, unida al criterio de que sólo resulta contraria a la Constitución la aplicación de una ley que carezca de cualquier vinculación con el supuesto, menoscaba la posibilidad de una

---

<sup>29</sup> En el ámbito de la ley aplicable la jurisprudencia del TS atribuye a ambas cláusulas las mismas consecuencias, aunque en el plano doctrinal se ha pretendido establecer diferencias, por ejemplo, en el sentido de que la cláusula *due process* prohíbe a los Estados aplicar la ley del foro a situaciones con las que no presenta una conexión suficiente e incluye la determinación de si un asunto presenta elementos de extranjería relevantes para justificar la aplicación de una ley extranjera, mientras que la *full faith and credit* prohíbe en el ámbito interestatal el empleo de criterios discriminatorios, *vid.* L. Brilmayer, “Credit Due Judgments and Credit Due Laws: The Respective Roles of Due Process and Full Faith and Credit in the Interstate Context”, *Iowa Law Review*, vol. 70, 1984, pp. 95-112, p. 96.

<sup>30</sup> *Cf.* E.F. Scoles, P. Hay, P.J. Borchers y S.C. Symeonides, *Conflict of Laws*, 3.<sup>a</sup> ed., St. Paul, 2000, pp. 146-147 y pp. 155-156.

<sup>31</sup> *Vid.* W.L. Reynolds y W.M. Richman, *The Full...*, *op. cit.*, pp. 20-26.

<sup>32</sup> Para una síntesis de la evolución del TS de EEUU en la materia, *vid.* P.E. Herzog, “Constitutional...”, *loc. cit.*, pp. 260-271.

<sup>33</sup> 281 US 397, 50 S.Ct. 338, 74 L.Ed. 926 (1930), en la que se concluyó que no existía vinculación física entre Texas y el contrato de seguro del que derivaba la controversia, si bien esa postura continúa siendo controvertida, *vid.* J. L. Rensberger, “Who Was Dick? Constitutional Limitations on State Choice of Law,” *Utah L. Rev.*, 1998, pp. 37-88, pp. 38-39.

valoración de la relevancia de los vínculos con los diversos Estados para concretar la ley de cuál de los varios Estados con los que el litigio está conectado debe ser de aplicación<sup>34</sup>.

Conforme a la jurisprudencia del TS de EEUU, cuando un Estado presenta una vinculación significativa con la transacción, el que aplique su legislación resulta compatible con la cláusula *due process*, como ilustra su decisión en el asunto *Clay v. Sun Insurance Office, Ltd*<sup>35</sup>.

Los límites constitucionales en el ámbito de la ley aplicable son muy similares, en la práctica de los tribunales de EEUU a los que se considera que derivan de la Constitución en el ámbito de la competencia judicial (*personal jurisdiction*), en particular, en la medida en que el núcleo de las exigencias constitucionales se centra en la “razonabilidad” y “justicia”. En concreto, los límites constitucionales imponen la exigencia de un vínculo razonable con las partes o la transacción de que se trate, evitando soluciones que resultarían por completo imprevisibles para alguno de los implicados, lo que se proyecta tanto en el ámbito de la competencia judicial como de la ley aplicable, sin perjuicio de que se admita generalizadamente que las reglas en una y otra materia divergen, pues un Estado puede presentar un nivel de vinculación suficiente con una parte como para que sus tribunales sean competentes pero no presentar una conexión con la controversia que justifique la aplicación de su ley (y viceversa)<sup>36</sup>.

14. La adopción por el TS de EEUU de un estándar de constitucionalidad de las normas sobre ley aplicable basado en la apreciación de si el Estado cuya normativa pretende aplicarse tiene un interés legítimo en la aplicación de su legislación a ese caso<sup>37</sup>, determina que normalmente la eventual aplicación de varias legislaciones estatales sea constitucionalmente admisible, sin que existan criterios a escala federal para determinar cuál debe ser aplicada, lo que facilita el desarrollo por los Estados de normas unilaterales, que no se basan en la aplicación de la

---

<sup>34</sup> Vid. L. Brilmayer, “Governmental Interest Analysis: A House without Foundations”, *Ohio State Law Journal*, vol. 46, 1985, pp. 459-481, pp. 475-476.

<sup>35</sup> 377 US 179, 84 S.Ct. 1197, 12 L.Ed.2d 229 (1964). En ese caso la aplicación de la legislación del Estado de Florida, por ser el lugar donde se había producido el daño después de que el asegurado se hubiera trasladado ahí varios años antes, se consideró aceptable para permitir una reclamación contra el asegurador, que según los términos de la póliza ya había prescrito al haber transcurrido más de un año desde que se produjo el daño, lo que era conforme con el derecho de Illinois donde la póliza había sido emitida, pero estaba prohibido conforme a la legislación de Florida.

<sup>36</sup> Cf. R.J. Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws*, 4.<sup>a</sup> ed., Nueva York, 2001, *op. cit.*, pp. 117-118.

<sup>37</sup> Iniciada con las decisiones en los asuntos *Alaska Packers Ass’n v. Industrial Accident Commission* [294 US 532 (1935)] y *Pacific Employer’s Ass’n v. Industrial Accident Comm’n* [306 US 493 (1938)].



legislación que presente los vínculos más estrechos<sup>38</sup>.

Con el paso del tiempo la situación no se ha modificado de manera significativa, los límites que derivan de la Constitución federal sobre las normas estatales de derecho aplicable son mínimos, pues tales normas son constitucionales siempre que lleven a aplicar la ley de un Estado que presenta un contacto (o grupo de contactos) significativo(s) con el litigio, que determina que tenga interés en su regulación y que la aplicación de la ley de ese Estado no resulte arbitraria ni radicalmente injusta.

15. En todo caso, la jurisprudencia del TS de EEUU sobre la precisión de cuándo existe ese vínculo sustancial o significativo que determina que la aplicación de la ley de un Estado sea respetuosa con las cláusulas *due process* y *full faith and credit* resulta imprecisa y se ocupa sólo de exigir la presencia de un grado de conexión que hace que no sea contraria a la Constitución la aplicación de la ley de ese Estado, pero sin proporcionar criterios precisos para fijar ese grado de conexión ni considerar si el caso concreto presenta claramente una mayor conexión con otro Estado o si sería más apropiado aplicar una ley distinta, lo que se ha traducido en sentencias, como *Allstate Insurance Co. v. Hague*<sup>39</sup> y *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*<sup>40</sup>, que consideran compatibles con esas cláusulas la aplicación de la ley de un Estado en circunstancias que dejan un amplísimo margen a los Estados para fijar sus normas sobre ley aplicable y han dado lugar a significativas críticas doctrinales.

Ciertamente, de lo anterior resulta que las limitaciones constitucionales a la aplicación de las legislaciones estatales en litigios transfronterizos son mínimas, lo que favorece la tendencia a aplicar la ley del foro. Es suficiente con que el Estado que aplica su ley presente algún contacto significativo con el litigio que determine que los intereses de ese Estado se vean afectados, de manera que la aplicación de esa ley no resulte arbitraria ni esencialmente injusta, sin que sea relevante el que el supuesto presente vínculos mucho más estrechos con un Estado diferente. Ese criterio de control mínimo de las reglas estatales sobre ley aplicable, sin necesidad de comparar los vínculos e intereses de los diversos Estados con los que el supuesto está conectado, ha sido reafirmado en 2003 por el TS de EEUU en su decisión en el asunto *Franchise Tax Board of California v. Hyatt*<sup>41</sup>

Esta situación determina que la aplicación de cualquiera de las diversas metodologías en materia conflictual empleadas en EEUU resulte

---

<sup>38</sup> Vid. E.S. Fruehwald, *Choice...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>39</sup> 449 US 302, 101 S.Ct. 633, 66 L.Ed.2d 521 (1981).

<sup>40</sup> 487 U.S. 1223, 108 S.Ct. 2883, 101 L.Ed.2d 918 (1988). Esta decisión, no obstante, es ejemplo de cómo en casos extremos el estándar puede ser infringido y la norma sobre ley aplicable resultar inconstitucional.

<sup>41</sup> 538 US 488 (2003).

normalmente constitucional, incluso cuando se aplica la metodología del *First Restatement* o la teoría del *better law*, que son susceptibles de designar como aplicable la ley de un Estado que no tiene una vinculación significativa con la controversia. Por lo tanto, los Estados disponen de un amplio margen de libertad para configurar sus reglas sobre ley aplicable. El reducido alcance de las limitaciones constitucionales en la materia se considera determinante de la tradicional imagen del *conflicts law* en EEUU como un área especialmente caótica<sup>42</sup>.

16. También recientemente, la cláusula *due process* y sus limitaciones con respecto al alcance espacial de las leyes estatales han sido invocadas por el TS de EEUU –junto con exigencias derivadas de la ordenación del comercio interestatal y del respeto a la soberanía de los Estados– para limitar la aplicación extraterritorial de la legislación del foro, en particular, en lo relativo a la imposición de daños punitivos. En este sentido, en relación con la imposición extraterritorial de daños punitivos, la sentencia del TS de EEUU en el asunto *BMW of North America, Inc. v. Gore*<sup>43</sup> estableció la analogía con las situaciones de *choice of law*. Para satisfacer las exigencias constitucionales derivadas de la cláusula *due process*, es necesario que el Estado del foro presente vínculos suficientes con la conducta para sancionarla según su propia legislación. Los tribunales de ese Estado sólo pueden imponer con base en su propia legislación daños punitivos en relación con conductas desarrolladas en su territorio en la medida en que la sanción persiga un interés estatal legítimo, lo que determina el alcance típicamente territorial de la legislación estatal, especialmente con respecto a la regulación de actividades económicas, excluyendo en particular que un Estado pueda imponer sanciones por conductas acaecidas en otros en los que son lícitas<sup>44</sup>.

Dando un paso más, en su decisión de 2003 en el asunto *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*<sup>45</sup>, el TS de EEUU consideró los límites territoriales a la imposición de daños punitivos por los tribunales de un Estado con base en la legislación del foro para sancionar conductas

---

<sup>42</sup> Vid., S. Fruehwald, “Constitutional Constraints on State Choice of Law”, *Dayton Law Review*, vol. 24, 1998, pp. 39-93, pp. 74-75 proponiendo un nuevo estándar constitucional de control de las reglas sobre ley aplicable, fundado en las cláusulas *due process* y *full faith and credit*, que llevaría a exigir la aplicación de la ley del Estado que presente una vinculación significativamente más estrecha con el litigio.

<sup>43</sup> 517 U.S. 559 (1996). Esta decisión fue la primera del TS de EEUU que anuló una decisión estatal que imponía daños punitivos. En concreto, la decisión anulada fijaba la cuantía de la sanción en atención a la dimensión de la conducta –ciertas ventas de automóviles– que la parte sancionada había llevado a cabo en todo el territorio de los EEUU y no sólo en el Estado (Alabama) cuyos tribunales adoptaron la sanción.

<sup>44</sup> Vid. H. Burgess, “State Limits: Can One State Rule the Country? One State Awarding Punitive Damages for Nationwide Conduct”, *Pepperdine Law Review*, vol. 31, 2004, pp. 477-518, pp. 491-492.

<sup>45</sup> 123 S. Ct. 1513 (2003).

prohibidas por la ley del foro acaecidas en varios Estados, incluidos algunos en los que son lícitas y otros (además del propio foro) en los que son ilícitas. El TS de EEUU estableció que con carácter general un Estado no tiene un interés legítimo en imponer daños punitivos para sancionar según su propia legislación conductas acaecidas en otros Estados incluso cuando se trata de conductas ilícitas en esos Estados, sino que tales conductas deben ser enjuiciadas aplicando las legislaciones de los Estados en los que tuvieron lugar.

17. Aunque el criterio más extendido en la doctrina es que el enfoque minimalista de los límites constitucionales debe ser mantenido<sup>46</sup>, no faltan quienes consideran criticable la interpretación prevalente de la *due process clause* y de la *full faith and credit* en este ámbito, por lo que reclaman la imposición de controles constitucionales más estrictos, con el objetivo de evitar posibles injusticias derivadas de la aplicación de un ordenamiento que no es el más vinculado en el caso concreto con un determinado litigio, como presupuesto para superar el caos existente en la regulación de los conflictos de leyes en EEUU<sup>47</sup>.

### III. Tendencias uniformizadoras del régimen conflictual en EEUU

#### 1. Panorama jurisprudencial e impacto de los restatements y de las teorías doctrinales

18. El *conflict of laws* -término que no engloba sólo las cuestiones de ley aplicable- fue uno de los primeros temas a los que prestó atención el *American Law Institute* (ALI), como ilustra el dato de que los trabajos de elaboración del primer *Restatement* en esta materia se iniciaron en 1923, si bien no culminaron hasta 1934. El *First Restatement* fue elaborado principalmente por Joseph Beale con base en la doctrina de los *vested rights*, aceptada de manera generalizada en EEUU durante los años veinte del pasado siglo y de la que Beale era el máximo exponente.

Esa doctrina partía de la posibilidad de localizar los diversos

---

<sup>46</sup> Vid., R.A. Leflar, “Constitutional Limits on Free Choice of Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 28, 1963, pp. 706-731; R.A. Sedler, “Constitutional Limitations on Choice of Law: The Perspective of Constitutional Generalism”, *Hofstra Law Review*, vol. 10, 1981, pp. 59-101, p. 61; L. Weinberg, “Choice of Law and Minimal Scrutiny”, *University of Chicago Law Review*, vol. 49, 1982, pp. 440-488, pp. 463-487; R.U. Whitten, “The Constitutional Limitations on State Choice of Law: Full Faith and Credit”, *Memphis State University Law Review*, vol. 12, 1981, pp. 1-69, pp. 2-3; y R.U. Whitten, “The Constitutional Limitations on State Choice of Law: Due Process”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 9, 1982, pp. 851-918, pp. 901-918.

<sup>47</sup> Vid. K. Roosevelt III, “The Myth of Choice of Law: Rethinking Conflicts”, *Michigan Law Review*, vol. 97, 1999, pp. 2448-2538, pp. 2503-2533.

supuestos de tráfico externo en un determinado Estado con base en reglas que podían ser aplicadas de manera sencilla y mecánica, considerando que un número relativamente pequeño de reglas simples podía abarcar el conjunto de las cuestiones de derecho aplicable. Por ello, esa materia se consideró como especialmente apta para la elaboración de un *Restatement* tan temprano, si bien los hechos posteriores pusieron de relieve que esa idea tenía en gran medida su origen en que se trataba de un sector que no había sido suficientemente tratado en EEUU hasta entonces y sobre el que la jurisprudencia era escasa<sup>48</sup>.

19. Hasta los años sesenta del siglo XX, prácticamente todos los tribunales seguían los criterios territorialistas del primer *Restatement*. Ahora bien, la adopción de este *Restatement* inicial coincidió con el creciente cuestionamiento de la doctrina de los *vested rights* como consecuencia del impacto del realismo jurídico. Esa evolución se vio sustancialmente acentuada como consecuencia del desarrollo del nuevo enfoque basado en el *interest analysis* de Brainerd Currie, que implicaba una metodología totalmente diferente, fundada en la comparación de las normas materiales de las legislaciones en presencia y en la identificación de los intereses estatales en la regulación de una determinada materia.

Este planteamiento comenzó a ser seguido por los tribunales de ciertos Estados y con el paso del tiempo otros tribunales pasaron a aplicar otras doctrinas inspiradas también en el análisis de intereses, como son la del *comparative impairment* de Baxter y la tesis de Robert Leflar de que los tribunales deben buscar el *better law*. El planteamiento de Baxter difiere del de Currie en que cuando existe un conflicto de intereses que implica a la legislación del foro no lleva a la aplicación automática de ésta sino que considera que también en ese caso el tribunal debe valorar los intereses en presencia y aplicar la ley del Estado que resultaría más intensamente afectado en el caso de que su derecho no sea aplicado. Todos estos planteamientos se caracterizan por adoptar enfoques poco precisos que facilitan una litigiosidad muy prolongada sobre las cuestiones de ley aplicable<sup>49</sup>.

20. En ese contexto de tensión entre el enfoque territorialista tradicional y las nuevas doctrinas basadas en la valoración de intereses se elabora el *Restatement Second*, adoptado en 1971, en el que se combinan las diversas teorías, de manera que en sus respuestas junto a los contactos

---

<sup>48</sup> Cf. W.L.M. Reese, “Conflict of Laws and the Restatement Second”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 28, 1963, pp. 679-699, p. 680.

<sup>49</sup> Acerca de los elementos claves de esa evolución desde los antecedentes del *First Restatement* a la situación actual, *vid.* W.L. Reynolds, “Legal...”, *loc. cit.*, pp. 1374-1393.

territoriales desempeña un papel muy relevante la valoración de los intereses estatales. La revisión del *Restatement* inicial comenzó en 1952, motivada porque el progresivo desarrollo de la jurisprudencia en la materia había puesto de relieve que buena parte de las reglas establecidas en el primer *Restatement* eran incorrectas o excesivamente simplistas. El segundo *Restatement* se elaboró en un contexto de gran incertidumbre y falta de consenso doctrinal y jurisprudencial en materia de DIPr, lo que se tradujo en que su contenido está integrado básicamente por reglas vagas y criterios flexibles, alejadas de lo que debería ser un *Restatement* en la materia incluso en opinión de su redactor, quien atribuyó esa limitación a la insuficiente experiencia disponible hasta el momento<sup>50</sup>.

La pretendida virtud del segundo *Restatement* es la libertad que sus reglas vagas proporcionan a los tribunales para valorar los factores relevantes y adoptar una respuesta adaptada a las circunstancias del caso concreto, lo que, sin embargo, va unido a una extraordinaria falta de seguridad jurídica, y ampara también la tendencia a aplicar la ley del foro, bien conocida en las doctrinas basadas en el *interest analysis*. Los resultados alcanzados en el segundo *Restatement* han sido objeto de severísimas críticas por prácticamente la totalidad de la doctrina, que le reprocha de manera generalizada su carácter de compendio híbrido de doctrinas contrapuestas y la indeterminación de la gran mayoría de sus reglas<sup>51</sup>, que se vincula con una extraordinaria inseguridad jurídica y limita de forma decisiva su valor como instrumento de uniformización<sup>52</sup> y lo ha llevado a ser calificado como un “*non-Restatement*”<sup>53</sup>. Otra de las carencias del *Second Restatement*, cuya importancia se acentúa con el paso del tiempo, es su falta de atención a la dimensión internacional pues se trata de un instrumento formulado básicamente a partir de las relaciones interestales dentro del marco estadounidense<sup>54</sup>.

Pese a las deficiencias del *Second Restatement*, es opinión ampliamente extendida que en la actualidad no se dan todavía las circunstancias para elaborar uno nuevo, debido a la ausencia de un

---

<sup>50</sup> Cf. W.L.M. Reese, “Conflict...”, *loc. cit.*, p. 681.

<sup>51</sup> *Vid.*, v. gr., R.J. Weintraub, “At Least, To Do No Harm: Does the Second Restatement of Conflicts Meet the Hippocratic Standard?”, *Maryland Law Review*, vol. 56, 1997, pp. 1284-1315, p. 1315; y S.C. Symeonides, “The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing”, *Maryland Law Review*, vol. 56, 1997, pp. 1248-1283, pp. 1249-1250, con ulteriores referencias, aunque destaca también que ese carácter híbrido y flexible criticado por la doctrina ha contribuido a que el *Second Restatement* se haya convertido en popular ante los tribunales (p. 1278).

<sup>52</sup> *Vid.* J.M. Shaman, “The Vicissitudes of Choice of Law: The *Restatement* (First, Second) and *Interest Analysis*”, *Buffalo Law Review*, vol. 45, 1997, pp. 329-367, pp. 357-364.

<sup>53</sup> Cf. F.K. Juenger, “A Third Conflicts Restatement?”, *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, pp. 403-416, p. 406.

<sup>54</sup> *Vid.* M. Reimann, “A New Restatement – For the International Age”, *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, pp. 575-589, pp. 576-581.

conjunto sistemático y coherente de jurisprudencia en la materia<sup>55</sup>. Precisamente, la dificultad de realizar una recopilación de los criterios prevalentes en el conjunto de EEUU ha llevado a considerar la necesidad de modificar el tipo de instrumento empleado por el ALI en esta materia y sustituir el *Restatement* por una ley modelo<sup>56</sup>, que básicamente pueda servir como referencia a los legisladores estatales y contribuya a hacer posible la uniformidad de un sector hasta ahora caracterizado por una gran heterogeneidad y confusión.

21. En la práctica la falta de previsibilidad inherente al contenido del *Second Restatement* se ha visto acentuada porque los tribunales de los diferentes Estados han adoptado métodos diversos para tratar las cuestiones de ley aplicable, lo que se corresponde con la naturaleza básicamente estatal de ese sector del ordenamiento en EEUU y con el reducido alcance de los límites constitucionales en la materia<sup>57</sup>. Incluso no es extraño apreciar en determinados órganos judiciales una tendencia a combinar diversos enfoques al afrontar las cuestiones de ley aplicable<sup>58</sup>.

Aunque la relación es susceptible de variaciones según las materias y es cambiante, el resultado de los diversos intentos de clasificación lleva a considerar que los tribunales de una docena de Estados continúan aplicando los criterios territoriales del primer *Restatement*, los de más de una veintena aplican normalmente el segundo *Restatement*, los de cuatro se basan en la doctrina del *better law* de Leflar, los de California aplican el método del *comparative impairment* de Baxter y otros seis aplican modalidades diversas del *interest analysis*<sup>59</sup>. Se observa que, en los sectores

---

<sup>55</sup> Cf. R.J. Weintraub, "The Restatement Third of Conflict of Laws: An Idea Whose Time Has Not Come", *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, pp. 679-686, p. 679; y F.K. Juenger, "A Third...", *loc. cit.*, pp. 410-412. Incluso quienes consideran deseable comenzar los trabajos relativos a la elaboración de un tercer *restatement* parten de que el proceso de redacción llevará al menos dos décadas, cf. S.C. Symeonides, "The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)", *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, pp. 437-474, p. 438.

<sup>56</sup> Cf. B. Posnak, "The Restatement (Second): Some Not So Fine Tuning for a Restatement (Third): A Very Well-Curried Leflar over Reese with Korn on the Side (Or Is It Cob?)", *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, pp. 561-573, p. 561.

<sup>57</sup> Vid. H.H. Kay, "Theory into Practice: Choice of Law in the Courts", *Mercer Law Review*, vol. 34, pp. 521-592.

<sup>58</sup> Cf. L. Kramer, "Choice of Law in the American Courts in 1990: Trends and Developments", *AJCL*, vol. 39, 1991, pp. 465-491, p. 469.

<sup>59</sup> Vid. M.E. Solimine, "An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law", *Georgia Law Review*, vol. 24, 1989, pp. 49-93, p. 92; H.H. Kay, "Theory...", *loc. cit.*, pp. 525-592; para un análisis mucho más detallado por Estados, con resultados parcialmente diversos en parte condicionados por las diferencias de clasificación, vid. G.E. Smith, "Choice...", *loc. cit.*, pp. 1050-1174; y, para un análisis más reciente y con ulteriores referencias, S.C. Symeonides, "Choice of Law in the American Courts in 2002: Sixteenth Annual Survey", *AJCL*, vol. 51, 2003, pp. 1-88, pp. 4-5; y S.C. Symeonides, "Choice of Law in the American Courts in 2004: Eighteenth Annual Survey", *AJCL*, vol. 52, 2004, pp. 919-993, pp. 942-943.

más conflictivos, como es el de la responsabilidad extracontractual, los resultados alcanzados en la práctica en los Estados que continúan aplicando el primer *Restatement* varían sustancialmente con respecto a los de los tribunales de aquellos Estados en los que prevalece alguna de las doctrinas modernas, que suelen llevar a resultados similares<sup>60</sup>.

## 2. Significado de otros instrumentos de uniformización

22. La uniformización de amplios sectores de la legislación mercantil en el marco del Código de Comercio Uniforme (*Uniform Commercial Code* o UCC) no elimina la aparición de cuestiones de ley aplicable incluso en los ámbitos regulados por el UCC, pues subsisten en las situaciones vinculadas con otros países, pero también –y en la práctica con más frecuencia– en las que están conectadas con varios Estados de EEUU, pues aunque éstos hayan adoptado el UCC, en ocasiones –de acuerdo con la naturaleza de ese instrumento– han introducido cambios en su contenido y además la jurisprudencia de los diferentes Estados varía al interpretar disposiciones del UCC. Al regular el UCC materias regidas por los derechos estatales, la última palabra sobre la interpretación de sus reglas en los diferentes ordenamientos estatales la tiene el máximo órgano judicial de cada Estado de EEUU, sin que los tribunales federales –incluido el TS de EEUU– puedan revisar la interpretación del derecho estatal que realizan los tribunales estatales.

La subsistencia de ese pluralismo jurídico en las materias reguladas por el UCC, pese al extraordinario éxito de ese texto uniforme motivó la inclusión en la versión original del UCC de ciertas reglas sobre ley aplicable, que junto a una regla general contenida en la sección I-105 acerca del ámbito espacial de aplicación de las normas del UCC incluye en otras parte del Código varias normas específicas sobre el ámbito de aplicación de ciertas disposiciones del Código que desplazan a la regla general<sup>61</sup>.

Las normas de conflicto del UCC han sido modificadas con posterioridad, si bien las reglas generales contenidas en la sección I-105 sólo han sido modificadas sustancialmente en la revisión de 2002. Precisamente, la modificación de esas normas plantea riesgos de falta de uniformidad, debido a los retrasos en la adopción de las modificaciones en la materia e incluso su rechazo, como ilustra especialmente la reacción de los Estados frente a la revisión de las normas sobre elección por las partes de la ley aplicable.

---

<sup>60</sup> Vid. P.J. Borchers, “The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, 1992, pp. 357-384, pp. 367-384.

<sup>61</sup> Cf. R.A. Leflar, “Conflict of Laws under the UCC”, *Arkansas Law Review*, vol. 35, 1981, pp. 87-110, p. 87.

23. Junto a la necesidad de dar respuesta a los conflictos de leyes derivados del limitado alcance uniformizador del UCC, en el origen de la inclusión en el UCC de normas sobre derecho aplicable –en concreto, la secc. I-105 de su versión original- se encuentra la generalizada insatisfacción con el estado de la regulación de los conflictos de leyes en EEUU. Las reglas de la secc. I-105 sólo son aplicables a las cuestiones de ley aplicable que plantean transacciones reguladas en el UCC.

Las reglas sobre el ámbito de aplicación en el espacio del UCC contenidas en esa secc. I-105 se centraban en tratar de asegurar una aplicación lo más amplia posible de la ley del foro, dentro de los límites constitucionales. La ley del foro resulta de aplicación, conforme a la mencionada secc. I-105, siempre que el UCC haya sido adoptado por ese Estado y la transacción presente una “relación apropiada” –*appropriate relation*- con él, salvo que las partes hayan elegido la ley de otro Estado con el que la transacción presente una “relación razonable” –*reasonable relation*-<sup>62</sup>.

24. Ciertamente, pieza clave en la regulación conflictual es la autonomía de la voluntad, para la que la versión inicial del UCC recogió el criterio que se consideraba aceptado en el *common law*, según el cual el alcance de la autonomía era limitado, si bien la secc. I-105 UCC no aportó una delimitación precisa de su alcance, al exigir la existencia de una “relación razonable” entre la transacción y el Estado cuya ley es elegida. A esos efectos, se impuso en la jurisprudencia un análisis basado en valorar si a la luz de las circunstancias de cada caso cabía apreciar la existencia de una vinculación “geográfica”. Al poner el acento en la conexión geográfica, este enfoque resulta excesivamente restrictivo de la autonomía conflictual, al tiempo que su naturaleza casuística dificulta la formulación de criterios generales, lo que afecta negativamente a la previsibilidad y la uniformidad de la norma<sup>63</sup>.

Con posterioridad, más allá del ámbito material propio del UCC, el segundo *Restatement* al regular la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual en su sección 187 incluyó una redacción de esa limitación más precisa que la del UCC<sup>64</sup>. El segundo *Restatement* permite una mayor flexibilidad al hacer posible la elección de la ley de un Estado aunque éste

---

<sup>62</sup> Vid. M. Rheinstein, “Conflict of Laws in the Uniform Commercial Code”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 16, 1951, pp. 114-140, pp. 114-115.

<sup>63</sup> Vid. T.G. Ryan, “Reasonable Relation and Party Autonomy under the Uniform Commercial Code”, *Marquette Law Review*, vol. 63, 1979, pp. 219-241, pp. 228-234.

<sup>64</sup> De acuerdo con la sección 187 del segundo *Restatement* la elección de la ley aplicable no resulta admisible si el Estado cuya ley ha sido elegida no presenta vínculos significativos (*substantial relationship*) con las partes o con la transacción y no existe otro fundamento razonable para la elección por las partes.



no presente una vinculación sustancial con la transacción, si bien en todo caso se exige que exista un fundamento razonable en esa elección, que no tiene necesariamente que ser una vinculación “geográfica” entre la transacción y ese territorio<sup>65</sup>.

Por otra parte, el criterio de la autonomía conflictual recogido en la sección 187 del segundo *Restatement* opera en la práctica de modo casi automático, lo que puede conducir a que no se tengan debidamente en cuenta ciertos intereses de política legislativa que se reflejan en la existencia de normas destinadas a proteger a una parte débil y que resultan desplazadas por la eficacia reconocida a la autonomía conflictual. La estructura de la sección 187 favorece ese resultado, pues exige que se demuestre que la política estatal que justifica esas normas restrictivas es “fundamental” –y no simplemente que se trata de una norma imperativa– para limitar la aplicación de la ley elegida por las partes<sup>66</sup>.

25. La regla de conflicto general de la versión de 2002 del UCC se halla contenida en la sección I-301, que sustituye a la previa de la sección I-105 e introduce cambios muy significativos en su regulación. Ahora bien, esos cambios no han sido incorporados en las legislaciones de los primeros tres Estados en adoptar la nueva versión del UCC, que han optado por mantener la norma sobre ley aplicable de la versión previa<sup>67</sup>. En la medida en que esos cambios puedan ser adoptados sólo por algunos Estados –pues una adopción mayoritaria no resulta previsible de momento– menoscabarán la relativa uniformidad en la materia lograda bajo la sección 187 del segundo *Restatement*. Por una parte, la sección I-301 prevé expresamente que en las transacciones mercantiles las partes son libres de elegir la ley aplicable, pudiendo designar como tal la de cualquier Estado o nación, incluso si la transacción no presenta conexión alguna con ese territorio; y además concreta los supuestos en los que cabe aplicar normas imperativas de ordenamientos diferentes del elegido por las partes.

Pero sin duda la transformación de mayor alcance ha venido representada por la inclusión de normas que fijan límites específicos a la autonomía de la voluntad en el marco de los contratos de consumo. Las normas sobre el particular son especialmente complejas<sup>68</sup> y en buena

<sup>65</sup> Cf. R.A. Leflar, “Conflict...”, *loc. cit.*, p. 97.

<sup>66</sup> *Vid.* con respecto a las normas de protección de los franquiciados, G.F. Carpinello, “Testing the Limits of Choice of Law Clauses: Franchise Contracts as a Case Study”, *Marquette Law Review*, vol. 74, 1990, pp. 57-89, pp. 69-81.

<sup>67</sup> *Vid.* la información sobre el particular contenida en “Symposium: Emerging Trends in Commercial Law: Surviving Tomorrow's Challenges: Panel 3: Article 1 and Article 2A: Changes in the Uniform Commercial Code Regarding General Provisions of Sales and Leases”, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, vol. 2, 2004, pp. 691-705, pp. 693-694.

<sup>68</sup> *Vid.* W.J. Woodward Jr., “Contractual Choice of Law: Legislative Choice in an Era of Party Autonomy”, *Southern Methodist University Law Review*, vol. 54, 2001, pp. 697-

medida se aproximan a las del artículo 5 del Convenio de Roma de 1980<sup>69</sup>, pero su impacto uniformizador en el sistema de EEUU resulta muy controvertido, pues, como ha quedado señalado, no han sido incorporadas en las primeras legislaciones estatales que han adoptado la nueva versión del UCC.

26. Al margen del UCC, han sido muy escasos los resultados alcanzados en la uniformización de las normas sobre conflictos de leyes a través de los mecanismos que en el sistema estadounidense hacen posible la coordinación entre las legislaciones estatales, como son muy especialmente las leyes uniformes –y en menor medida las leyes modelo-elaboradas por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) y en ocasiones también con la participación del ALI. La ausencia de logros en el sector del derecho aplicable es especialmente significativa si se tiene en cuenta las importantes contribuciones a la uniformización de sectores muy diversos del Derecho privado realizadas por la NCCUSL y el gran impacto de algunos de sus textos uniformes.

A pesar de la situación actual, entre las opciones para la uniformización de las reglas sobre derecho aplicable en EEUU tiende a considerarse especialmente relevante la eventual elaboración de un texto uniforme por la NCCUSL. Es claro que la uniformización de un conjunto completo de reglas a través del desarrollo judicial (*common law adjudication*), que favorece la experimentación de soluciones, resultaría muy difícil de alcanzar o sólo sería posible, en un sistema tan descentralizado, tras un lento proceso. Por ello, tiene sentido plantear la elaboración de un conjunto de reglas, al margen de la actividad judicial, a través de un órgano centralizado que esté en condiciones de elaborar un sistema completo de normas, como es el caso de la NCCUSL.

La eventual utilidad de esa vía se refuerza al considerar que la elaboración de legislación federal en la materia no parece próxima e incluso, desde la perspectiva de los Estados, la oportunidad de la legislación federal, tratándose de una materia tradicionalmente en manos de los Estados, podría resultar cuestionable. Por eso se considera que la opción más plausible sería la realización de un texto uniforme en el seno de la NCCUSL, que, pese a su limitada intervención en esta materia hasta la fecha<sup>70</sup>, dispone de medios para elaborar un texto normativo completo

---

783, pp. 731-733, haciendo también referencia a la norma sobre el particular introducida en la UCITA.

<sup>69</sup> Cf. N. Bouza Vidal, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004*, pp. 31-91, pp. 64-65.

<sup>70</sup> Entre los logros de la NCCUSL encaminados a facilitar la resolución de supuestos que plantean conflictos de leyes destaca la *Uniform Certification of Questions of Law Act*, que sobre todo es relevante en situaciones en las que un tribunal federal debe

que comprenda el conjunto de las cuestiones relevantes, y que –como es propio de las leyes uniformes de la NCCUSL- podría ser adoptado como legislación por los diversos Estados lo que garantizaría su fuerza vinculante (y en principio representaría una ventaja sobre los *Restatements* del ALL, cuyo objetivo además es básicamente identificar las reglas que los tribunales están aplicando)<sup>71</sup>.

27. La pretensión de elaborar normas uniformes sobre ley aplicable en sectores concretos ha conocido un especial desarrollo en relación con los litigios vinculados a ilícitos que ocasionan daños masivos, que pueden suscitar cuestiones particularmente complejas en la medida en que tales daños afecten a personas que se encuentran en una gran diversidad de territorios. Estas cuestiones han sido objeto de particular atención por parte del ALL, en el marco de su denominado *Complex Litigation Project*, concebido como una propuesta de federalización de las reglas de conflicto en esa materia.

Ese proyecto ha dado lugar a la elaboración de reglas de conflicto que han alcanzado cierta relevancia, si bien en la práctica presentan importantes carencias, pues se limitan básicamente a aplicar criterios establecidos en el segundo *Restatement* a este tipo de ilícitos, lo que ha sido muy criticado por no permitir dar respuestas adecuadas a las peculiaridades que estos supuestos plantean<sup>72</sup>.

### 3. *Perspectivas de evolución del derecho federal*

28. Cuando la cuestión de ley aplicable se plantea ante un tribunal federal que conoce de una controversia con base en la *diversity* (o *alienage jurisdiction*) –es decir, porque la controversia implica a partes “diversas”, es decir de diferentes Estados de EEUU (o del extranjero)- surge una cuestión previa que es la relativa a si la determinación de la ley estatal aplicable debe llevarse a cabo con base en las normas de conflicto estatales o si por el contrario esa cuestión debe regirse por la normativa federal. La decisión del TS de EEUU en el asunto *Erie* estableció que en esos supuestos los tribunales federales deben aplicar el derecho material (no procesal) del Estado en el que el tribunal federal de que se trate tiene su sede, rechazando la posibilidad de creación de *federal common law* en las materias regidas por los derechos estatales.

---

decidir una controversia aplicando derecho estatal, cuyo contenido puede resultar incierto, para lo que resulta de utilidad ese mecanismo que permite remitir la cuestión al más alto tribunal del Estado correspondiente para que proporcione los criterios de aplicación.

<sup>71</sup> Cf. L. Kramer, “On the Need...”, *loc. cit.*, pp. 2146-2149.

<sup>72</sup> *Vid.* L.S. Mullenix, “Federalizing Choice of Law for Mass-Tort Litigation”, *Texas Law Review*, vol. 70, 1992, pp. 1623-1662, pp. 1638-1657.

En el asunto *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.*<sup>73</sup> el TS de EEUU dio respuesta a la cuestión clave acerca de los criterios que en ese tipo de casos deben aplicar los tribunales federales en materia de derecho aplicable, es decir, cuando resulta necesario determinar qué ley estatal es aplicable. Esta decisión dejó claro que las reglas de conflicto a aplicar por los tribunales federales son las del Estado en el que el tribunal federal de que se trate tiene su sede, de manera que a ese respecto deben tratar las cuestiones de derecho aplicable igual que las de derecho material, lo que conduce a la uniformidad en el tratamiento entre los tribunales federales y estatales dentro de cada Estado e implica que los tribunales federales apliquen criterios diferentes en función del concreto Estado en el que tengan su sede.

Además, el TS de EEUU ha puesto de relieve que aunque el derecho conflictual de un Estado pueda considerarse desfasado, en particular a la luz de los diversos métodos desarrollados por la doctrina, ello no permite a los tribunales federales decidir al margen del derecho estatal en la materia<sup>74</sup>, sin perjuicio de que puedan recurrir a un método moderno para determinar el derecho aplicable en caso de que prevean que así lo harían en ese caso los tribunales del Estado de que se trate.

29. El criterio del asunto *Klaxon* contribuye a la fragmentación del sistema conflictual de EEUU, en la medida en que excluye el desarrollo de reglas uniformes en la materia incluso por parte de los tribunales federales, que deben aplicar reglas de conflicto diferentes en función del Estado en el que tengan su sede. El criterio inspirador del TS de EEUU en el asunto *Klaxon*, como en la doctrina *Erie*, fue evitar el *forum shopping* entre tribunales estatales y federales dentro de un mismo Estado, considerando que para asegurar la uniformidad jurídica intraestatal había que sacrificar la uniformidad interestatal en la jurisdicción federal.

Ahora bien, en la medida en que las normas sobre determinación de la ley aplicable a escala federal se podrían fundar en la existencia de competencias federales para ordenar las relaciones entre los varios Estados -lo que, de acuerdo con la doctrina en el asunto *Erie* no es el caso en el ámbito del Derecho material-, de existir reglas federales éstas prevalecerían, en virtud de la cláusula constitucional de supremacía, sobre las normas de conflicto de los diferentes Estados. Por eso teniendo en cuenta que la ordenación de las relaciones entre los Estados de la Unión es exclusivamente una cuestión federal, el criterio establecido en *Klaxon* ha sido criticado, en la medida en que proyecta la doctrina *Erie* a situaciones que, por presentar vínculos con otros Estados o países, el Congreso federal

---

<sup>73</sup> 313 US 487 (1941).

<sup>74</sup> Vid. *Day & Zimmerman, Inc. v. Challoner*, 423 US 3 (1975).

y los tribunales federales tienen poder para regular según sus propios criterios, en virtud de la cláusula *full faith and credit* (en el plano interestatal) y de la cláusula de comercio, al tiempo que una solución uniforme resultaría más adecuada al fundamento de la *diversity jurisdiction* y de la *Rules of Decision Act*<sup>75</sup>.

Si bien *Erie* limita el riesgo de *forum shopping*, al imponer la aplicación del mismo derecho por los tribunales estatales y los federales del Estado correspondiente, la extensión de ese criterio con respecto a las normas sobre ley aplicable en el asunto *Klaxon* refuerza las posibilidades de *forum shopping* en el ámbito interestatal, pues los tribunales federales aplican reglas sobre ley aplicable diferentes en función de cuál sea su sede. La única vía para superar ese riesgo tanto en el plano intraestatal como interestatal sería la uniformización a escala federal de las reglas sobre ley aplicable.

30. Una serie de factores han generado en los últimos años un sentimiento sin precedentes de la necesidad de “federalizar” las reglas de conflicto. Entre esos factores se encuentran: la creciente disparidad entre las reglas de conflicto estatales e incluso entre las legislaciones materiales en ciertos sectores, el incremento de las situaciones que implican un conflicto de leyes, la posibilidad de demandar ante tribunales de diversos Estados como consecuencia de la adopción de *long-arm statutes* y sobre todo de la flexibilización de los límites constitucionales a las reglas de competencia lo que se asocia con mayores riesgos de *forum shopping*, y los graves problemas inherentes al empleo de reglas de conflicto caracterizadas por su falta de precisión<sup>76</sup>.

Asimismo, la gran expansión en las últimas décadas de las situaciones que presentan carácter internacional aconseja la revisión de un sistema ideado básicamente para situaciones interestatales (o intrafederales, es decir vinculadas sólo con varios Estados de EEUU) en una época en la que los supuestos internacionales tenían una importancia residual, lo que reclama la evolución hacia un tratamiento federal de las cuestiones de derecho aplicable. En este sector nunca han existido grandes expectativas de una unificación de amplio alcance del sistema estadounidense mediante la participación en convenios internacionales, a diferencia de la situación en el sector de la competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones, como ilustran las frustradas negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr relativas a la elaboración de un convenio mundial sobre exequátur durante la última década del siglo XX.

---

<sup>75</sup> Vid. W.F. Baxter, “Choice of Law and the Federal System”, *Stanford Law Review*, vol. 16, 1963, pp. 1-42, p. 33.

<sup>76</sup> Vid. M.H. Gottesman, “Draining...”, *loc. cit.*, p. 29.

De cara a la eventual unificación en el marco de EEUU, una primera opción es la elaboración de legislación federal que incorpore las reglas sobre ley aplicable, lo que se ha propuesto por la doctrina con cierta insistencia al menos en aquellos sectores que se caracterizan por suscitar con frecuencia cuestiones transfronterizas y que son objeto de tratamientos muy diferentes según los Estados, como sucede especialmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual<sup>77</sup>.

31. Al margen de esa posibilidad, se considera también apropiada la elaboración de *federal common law* en esa materia, siempre que se trate de situaciones internacionales cuya regulación pueda afectar a intereses federales. Ciertamente, otra vía para la federalización de este sector del ordenamiento sería la declaración por parte del TS de que se trata de un área en la que procede la creación de *federal common law*<sup>78</sup>. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la doctrina *Erie* rechaza la existencia de un *federal common law* de aplicación general, pues ese *common law* tiene carácter estatal; no obstante, sí se admite la creación de *federal common law* en aquellos concretos sectores en los que, incluso en ausencia de legislación federal, se observa que deben quedar regidos por el derecho federal.

En todo caso, en las materias no reguladas por legislación federal, la fuente y el alcance del poder de los tribunales federales para crear *federal common law* en sectores específicos resultan especialmente imprecisos, pues sólo es posible en la medida en que se trate de una cuestión comprendida dentro de las competencias legislativas federales, que no haya sido abordada específicamente por el Congreso y que no deba quedar regulada a escala estatal por estar implicados importantes intereses federales.

En tales supuestos la elaboración de reglas de conflicto en el marco del *federal common law* encaja dentro de los ámbitos de actuación en los que se admite la creación de éste, siempre que se justifique que el recurso a reglas estatales de derecho aplicable podría comprometer intereses federales, lo que exige una valoración casuística y permite respetar los intereses estatales en línea con la jurisprudencia *Erie* al tiempo que adapta ésta a las circunstancias actuales<sup>79</sup>.

32. Ciertamente, incluso entre los más decididos partidarios de la unificación del régimen del derecho aplicable en EEUU, se admite que la federalización de este sector sólo puede tener lugar de manera progresiva, debido a los condicionantes históricos y a los obstáculos prácticos.

---

<sup>77</sup> Cf. M.H. Gottesman, “Draining...”, *loc. cit.*, pp. 16-17.

<sup>78</sup> Cf. D.T. Trautman, “Toward...”, *loc. cit.*, p. 1726.

<sup>79</sup> Vid. D.C.K. Chow, “Limiting...”, *loc. cit.*, pp. 196-216.

Semejante constatación se corresponde plenamente con la falta de logros significativos en la materia por parte de la legislación federal.

Por ello, se ha propuesto que la federalización progresiva podría lograrse a través de la creación de *federal common law* en la materia, siempre que se configurara como complementario de la normativa primaria que, como es propio del sistema de EEUU, continuaría siendo la estatal, de manera que la adopción de un criterio federal sólo se considere justificada en la medida en que haya exigencias federales específicas que impongan el desplazamiento de la solución prevista a nivel estatal por no ser apta para satisfacerlas, lo que en la práctica podría implicar sólo la fijación a nivel federal de límites a la aplicación de las normas estatales sobre ley aplicable<sup>80</sup>.

En la práctica es claro que las exigencias relativas a la creación de *federal common law* no han sido interpretadas hasta el momento de manera que haya hecho posible el desarrollo por vía judicial de reglas de conflicto uniformes<sup>81</sup>.

#### 4. Diversidad jurídica y orden público

33. El alcance de la excepción de orden público es también un factor de diversidad relevante. Si bien los tribunales de EEUU sólo suelen recurrir a este mecanismo cuando están implicados importantes intereses estatales, lo cierto es que son heterogéneos los valores cuya protección justifica el recurso al orden público, lo que se proyecta sobre la relevancia de este mecanismo en el marco también de los conflictos interestatales y no sólo con respecto a la eventual aplicación de legislaciones de países extranjeros.

Esos valores se aprecian típicamente a nivel local o estatal y no nacional, lo que se corresponde con la aceptación de diferentes tradiciones y preferencias según las comunidades, de manera que se admite que en EEUU la uniformidad en los valores que fundamentan el recurso al orden público debe tener lugar a escala estatal y no nacional<sup>82</sup>. Tampoco existe uniformidad al apreciar el nivel de vinculación con el foro que debe presentar una situación para justificar el recurso al orden público ni en qué circunstancias las políticas públicas del foro deben prevalecer

---

<sup>80</sup> Vid. D.T. Trautman, “Toward...”, *loc. cit.*, pp. 1729-1730 y 1733.

<sup>81</sup> Aunque los intereses federales suelen considerarse afectados a este fin en situaciones vinculadas con las relaciones exteriores, como puso de relieve la decisión del TS de EEUU en el asunto *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* -376 US 398 (1964)-, prevalece un criterio restrictivo en el sentido de que se trate de controversias en las que estén implicadas derechos y obligaciones de los Estados, *vid. Texas Industries Inc. v. Rascliff Materials Inc.* -451 US 630 (1981)-.

<sup>82</sup> Vid. J.B. Corr, “Modern Choice of Law and Public Policy: The Emperor Has the Same Old Clothes”, *University of Miami Law Review*, vol. 39, 1985, pp. 647-696, pp. 693-694.

incondicionalmente<sup>83</sup>.

La relevancia atribuida a la excepción de orden público en el sector del derecho aplicable en el ámbito interestatal se corresponde con la caótica situación de este sector y contrasta con lo que sucede en materia de reconocimiento de decisiones, por lo que se observa en el sector del derecho aplicable un creciente cuestionamiento desde la perspectiva constitucional estadounidense del empleo del orden público en el ámbito interestatal, muy especialmente por parte de planteamientos que promueven el desarrollo de un sistema más racional, basado en la unificación de ciertas reglas de conflicto. En ese contexto, se ha puesto de relieve que en EEUU en el sector de la ley aplicable un mecanismo como la excepción de orden público debería desaparecer en el ámbito interestatal, pues su aplicación carece de fundamento en el ámbito interno como resulta de la práctica desarrollada en el sector del reconocimiento con base en la *full faith and credit clause*<sup>84</sup>.

34. Habida cuenta de que el nivel de disparidad jurídica entre los Estados de EEUU es reducido, al menos en comparación con la situación internacional, tradicionalmente se ha puesto de relieve que el empleo de este mecanismo respecto de la aplicación de las legislaciones de otros Estados de la Unión es en la práctica muy limitado. Además, cuando se recurre a la metodología del análisis de intereses, la excepción de orden público suele resultar de escasa relevancia, en la medida en que en los supuestos en los que se aplica una ley distinta a la del foro es porque se observa que sus intereses son los más relevantes, al tiempo que en tal caso –y teniendo en cuenta la orientación *legeforista* de esta metodología– es preciso normalmente que no se aprecie la presencia de intereses significativos por parte del foro en la aplicación de su propia ley<sup>85</sup>.

En todo caso, no es inusual el recurso al orden público en la práctica interestatal incluso en el sector de las obligaciones, por ejemplo, en relación con normas que fijan cuantías máximas de indemnización en casos de muerte. En el ámbito interestatal se ha puesto de relieve que ciertos límites constitucionales pueden restringir el empleo del mecanismo del orden público, si bien el impacto práctico de tal posibilidad es reducido. Desde esa perspectiva, se ha señalado que la cláusula *full faith and credit* al ir referida, entre otros, a los “public acts” de otros Estados de la Unión puede invocarse frente a la negativa a aplicar una normativa de otro Estado de la Unión en favor de la del foro, si el supuesto no se halla

---

<sup>83</sup> Vid. W.M. Richman y W.L. Reynolds, *Understanding...*, op. cit., pp. 170.

<sup>84</sup> Cf. M.H. Gottesman, “Draining...”, loc. cit., pp. 46-47.

<sup>85</sup> Vid. L. Brilmayer y J. Goldsmith, *Conflict of Laws (Cases and Materials)*, Nueva York, 2002, pp. 326-327.



estrechamente conectado con el foro<sup>86</sup> o cuando no se da la abierta contradicción con los valores esenciales de éste que es fundamento del orden público<sup>87</sup>. En la medida en que la invocación del orden público persiga básicamente la finalidad de facilitar la aplicación de la ley del foro, pueden ser también relevantes los límites constitucionales generales a la aplicación de la ley del foro a relaciones interestatales, derivados de las cláusulas *due process* y *full faith and credit*, si bien tales límites tienen un alcance muy reducido, como se detalla en el apartado correspondiente.

35. Como ámbito en el que en los últimos años se ha puesto especialmente a prueba la subsistencia de la excepción del orden público en el sector de la ley aplicable en el ámbito interestatal, destaca la regulación de las uniones entre personas del mismo sexo. Pese a ciertos planteamientos doctrinales tendentes a rechazar el eventual recurso al orden público en tales casos, las diferencias entre los ordenamientos estatales sobre el particular han atribuido en la práctica gran relevancia a la excepción de orden público, como mecanismo que permite a los Estados que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo rechazar la validez de los celebrados en Estados que sí los admiten, pese a que la ley aplicable a la validez del matrimonio venga determinada por el lugar de celebración de éste.

La renovada utilidad del orden público en este contexto ha servido para reavivar el debate doctrinal en la materia y dotar de mayor interés a los planteamientos que insisten en la incompatibilidad de la excepción de orden público en materia de derecho aplicable con las exigencias derivadas de la cláusula *full faith and credit* cuando el derecho aplicable es el de un Estado de la Unión. Tales planteamientos se fundan en que la referida cláusula prohíbe a los Estados establecer diferenciaciones al aplicar las legislaciones de otros Estados de la Unión que se basen en la valoración del contenido de esas legislaciones y de las políticas que las inspiran<sup>88</sup>.

Para reforzar la posición de los Estados de la Unión que no admiten

---

<sup>86</sup> Vid. W.L.M. Reese, “Full Faith and Credit to Statutes: The Defense of Public Policy”, *University of Chicago Law Review*, vol. 19, 1952, pp. 339-346, pp. 343-346.

<sup>87</sup> Vid. M.G. Paulsen y M.I. Sovern, “Public Policy in the Conflict of Laws”, *Columbia Law Review*, vol. 56, 1956, pp. 969-1016, pp. 1012-1015.

<sup>88</sup> Vid. L. Kramer, “Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception”, *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 1965-2008, pp. 1976-1999, poniendo de relieve que este planteamiento lleva también a considerar inconstitucional el empleo de la técnica del *better law* para determinar la ley aplicable, así como que en el ámbito matrimonial los Estados pueden optar por modificar la regla de conflicto y utilizar un criterio distinto al del lugar de celebración del matrimonio, pero lo que no pueden, según esta opinión, es excluir en función de su contenido material la aplicación de la ley a la que se remite la norma de conflicto empleada.

los matrimonios entre personas del mismo sexo, a escala federal se adoptó en septiembre de 1996 la *Defense of Marriage Act (DOMA)*, que dispone que los Estados no están obligados a reconocer *full faith and credit* a las uniones o los matrimonios entre personas del mismo sexo constituidos en otros Estados y que –incluso en el contexto actual en el que se admite la operatividad del orden público en materia de ley aplicable en el ámbito interestatal<sup>89</sup>- puede desempeñar un relevante papel en el ámbito del reconocimiento y ejecución, habida cuenta del significado atribuido en ese sector a la *full faith and credit clause*.

Aunque la constitucionalidad de esta norma ha sido cuestionada por la doctrina con base en que el Congreso carece de poder para adoptar legislación que restrinja la *full faith and credit clause*, lo que sólo sería posible mediante una modificación de la Constitución<sup>90</sup>, este planteamiento ha sido rechazado por los tribunales. Así, mediante su decisión de 19 de enero de 2005 en el asunto *Wilson v. Ake*<sup>91</sup>, un tribunal federal con sede en Florida –*U.S.D.C. M.D. Florida*- ha concluido que el Estado de Florida no está obligado a reconocer ni aplicar el derecho de Massachusetts sobre matrimonios del mismo sexo porque infringe el orden público de Florida y ha considerado que la norma de la *DOMA* que limita la eficacia de los derechos estatales que admiten los matrimonios del mismo sexo así como de los matrimonios constituidos en esos Estados constituye un ejercicio legítimo de los poderes que el Congreso ostenta bajo la *full faith and credit clause* para ordenar los conflictos que pueden surgir entre las legislaciones de los distintos Estados, evitando que la legislación de un Estado permita crear un estándar nacional (*national policy*) y mencionando expresamente la doctrina del TS de EEUU establecida en el asunto *Nevada v. Hall*<sup>92</sup>, en virtud de la cual la *full faith and credit clause* no exige que un Estado aplique la ley de otro Estado de la Unión si ésta viola el orden público del foro.

---

<sup>89</sup> Ciertos Estados han considerado innecesario incorporar esta normativa, lo que no ha sido obstáculo para que sus tribunales hayan declarado que rechazan dar *full faith and credit* a la legislación de otro Estado sobre parejas del mismo sexo en particular en supuestos en los que ninguno de los miembros de la pareja tenía su residencia en el Estado en el que se constituyó la pareja; en este sentido, *vid.* la decisión de los tribunales de Connecticut en el asunto *Rosengarten v. Downes*, reseñada en S.C. Symeonides, "Choice... in 2002...", *loc. cit.*, pp. 80-81.

<sup>90</sup> *Vid.* J.M. Patten, "The Defense of Marriage Act: How Congress Said "No" to Full Faith and Credit and the Constitution", *Santa Clara Law Review*, vol. 38, 1998, pp. 939-959, 952-958; y, también negando la constitucionalidad de la *DOMA*, L. Kramer, "Same-Sex...", *loc. cit.*, pp. 1999-2007.

<sup>91</sup> 354 *Fed. Supp. 2d*, 1298. Otras decisiones han declarado la constitucionalidad de otras disposiciones de la *DOMA*, si bien los tribunales de algún Estado han declarado que la legislación estatal inspirada en la *DOMA* es inconstitucional (por infringir la Constitución de ese Estado); sobre estas dos cuestiones, *vid.* S.C. Symeonides, "Choice... in 2004...", *loc. cit.*, pp. 984-985.

<sup>92</sup> 440 *US* 410, 422, 99 S. Ct., 1182.

## 5. Aplicación judicial del derecho extranjero

36. La posición tradicional en EEUU ha sido que la prueba de la legislación de otros Estados de la Unión o de otros países era tratada como una cuestión de hecho, de manera que tenía que ser alegada por las partes, probada normalmente con la intervención de peritos, argumentada ante el jurado y no estaba sometida a revisión en apelación.

Sin embargo, para superar las carencias asociadas a la situación tradicional, en la actualidad la regla 44.1 de las *Federal Rules of Civil Procedure* considera esa cuestión como de derecho y susceptible de ser revisada en apelación. Además, permite la prueba del derecho extranjero por cualesquiera medios, tanto proporcionados por las partes como averiguados por el tribunal en su propia actividad indagatoria. Frente a la situación tradicional, se considera que la determinación del contenido del derecho extranjero corresponde al juez y no al jurado y que cabe la revisión en apelación en términos semejantes a los que serían aplicables si la decisión se basara en la ley del foro<sup>93</sup>.

37. Ciertas reglas específicas sobre prueba del Derecho extranjero en el sistema estadounidense –contenidas en la regla 44.1 *Federal Rules of Civil Procedure* y secc. 4.03 de la *Uniform Interstate and International Procedure Act* (que sustituye a la *Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act*, si bien ésta todavía es aplicada por algunos Estados<sup>94</sup>)– no operan con respecto al contenido de los derechos de los otros Estados de la Unión. Para conocer éstos, sobre los que se proyecta la *full faith and credit* los tribunales federales utilizan normalmente una vía específica, conocida como “*certification*”. La existencia de un régimen peculiar para la prueba del derecho de los Estados de la Unión facilita significativamente su aplicación y reduce en el ámbito interestatal los problemas asociados a la falta de prueba del derecho de extranjero, que se plantean en EEUU en términos semejantes a los de España<sup>95</sup>.

La *certification* es un mecanismo específico ideado en el sistema de EEUU para los supuestos en los que un tribunal de una jurisdicción debe aplicar el derecho de otra jurisdicción y que hace posible que ese tribunal pueda solicitar el auxilio de un tribunal de la jurisdicción cuyo derecho

---

<sup>93</sup> Vid. W.L. Reynolds y W.M. Richman, *The Full...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>94</sup> De esas normas resulta en la actualidad un régimen similar al existente en España en esa materia, *vid.* C. Kessedjian, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, París, 1987, pp. 224-225.

<sup>95</sup> Vid., *v.gr.*, W.M. Richman y W.L. Reynolds, *Understanding...*, *op. cit.*, pp. 174-176, si bien en EEUU la opción entre una eventual desestimación de la demanda o la aplicación de la ley del foro es resuelta en ocasiones de manera diferente entre las diversas jurisdicciones estatales.

debe aplicar para determinar el contenido de ese derecho. Este mecanismo es útil en dos tipos de situaciones: cuando un tribunal federal debe aplicar una legislación estatal y cuando un tribunal estatal debe aplicar la legislación de otro Estado de la Unión, si bien en relación con este segundo tipo de situaciones este mecanismo apenas ha tenido desarrollo, pese a su gran potencial en ese ámbito y su utilidad para limitar la tendencia a la aplicación injustificada de la ley del foro<sup>96</sup>.

Ante los tribunales estatales, la situación es más compleja, pues el tratamiento de esta cuestión no es uniforme. Los tribunales estatales sólo están obligados a averiguar de oficio el contenido del Derecho de otro Estado de la Unión cuando así lo exige la cláusula *full faith and credit*. Esta obligación no se proyecta sobre las leyes de otros países, a las que no afecta la citada cláusula. En todo caso, la *Uniform Interstate and International Procedure Act*, seguida por varios Estados, muestra una marcada tendencia a la equiparación entre el régimen de prueba de la ley de otro Estado de la Unión y de las leyes extranjeras.

#### IV. Alcance de la unificación conflictual en la Unión Europea

##### 1. Hacia la configuración de un sistema unitario

38. En el ámbito europeo es opinión ampliamente extendida que una coordinación efectiva de las reglas de conflicto requiere su unificación<sup>97</sup>, lo que en el marco de los actuales artículos 61 a 69 TCE implica el empleo del reglamento como instrumento normativo, pese a las dudas que sobre el particular podría plantear la redacción del artículo 65 TCE<sup>98</sup>. Ese criterio se corresponde con las iniciativas actualmente en marcha en el seno de la UE en el ámbito de las obligaciones, tanto contractuales como extracontractuales, así como con la progresiva extensión de las actividades a otros sectores más alejados del núcleo de la integración económica, como sucede con el divorcio, las sucesiones o los alimentos, en el marco del Programa de La Haya sobre refuerzo de la

---

<sup>96</sup> Vid. J.B. Corr y I.P. Robbins, “Interjurisdictional Certification and Choice of Law”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 41, 1988, pp. 411-472, pp. 445-458.

<sup>97</sup> Cf. K.F. Kreuzer, “Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrecht”, P.C. Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1993, pp. 373-447, pp. 408-409; y J.C. Fernández Rozas, *ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2004, p. 400.

<sup>98</sup> Cf., *v. gr.*, R. Rueda Valdivia, “La unificación europea del derecho conflictual: presente y futuro”, S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero (eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 151-178, p. 155.

libertad, la seguridad y la justicia en la UE<sup>99</sup>.

Precisamente los trabajos relativos a esas materias y lo limitado de los logros alcanzados hasta la fecha en la unificación de las reglas de conflicto de los Estados miembros –que de momento, al margen de logros puntuales, siguen reduciéndose prácticamente al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR)-, ponen de relieve, junto a las dificultades para avanzar en este sector, que se trata de un ámbito en el que los progresos pueden ser especialmente importantes en el futuro. Esta constatación se corresponde con la tendencia a extender la repercusión del Derecho comunitario en el ámbito del DIPr más allá de las materias con una relevante dimensión económica que han constituido el núcleo tradicional de las competencias comunitarias<sup>100</sup>.

39. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la actividad normativa de las instituciones comunitarias en el ámbito del DIPr se ha centrado fundamentalmente en la dimensión procesal, al menos en lo que se refiere a los logros alcanzados. La aprobación del Programa de La Haya en gran medida mantiene esa tendencia, pese a que la unificación en el ámbito conflictual adquiere una creciente relevancia<sup>101</sup>.

Así lo refleja el que entre las actividades que contempla ese Programa se halle el reglamento relativo al proceso monitorio europeo, la directiva sobre mediación, el libro verde sobre normas mínimas para determinados aspectos del derecho procesal, el libro verde sobre la ejecución eficaz de las decisiones judiciales, la propuesta sobre litigios de menor cuantía, la evaluación de la posibilidad de suprimir el exequátur y la propuesta de modificación del Reglamento 1348/2000 sobre notificaciones. Además, entre las actividades relacionadas con la regulación a escala internacional también predominan las vinculadas con la dimensión procesal, como la celebración de un nuevo Convenio de Lugano, los acuerdos paralelos con Dinamarca y las negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya. Asimismo, las medidas relativas al sector de la ley aplicable se hallan en ocasiones unidas a la dimensión procesal, como sucede con el Libro verde sobre sucesiones, el Libro verde

---

<sup>99</sup> En este sentido, cabe reseñar que dentro del apartado relativo a la cooperación judicial en asuntos civiles del “Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” (DO 2005 C198/1) se incluyen entre otras actividades el Libro verde sobre sucesiones –COM (2005) 65 final-, el Libro verde sobre conflicto de leyes y de jurisdicción en asuntos de divorcio –COM (2005) 82 final- y la Propuesta sobre obligaciones alimentarias.

<sup>100</sup> Vid. S. Álvarez González; “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, S. Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 157-190, pp. 169-171.

<sup>101</sup> Cf. R. Wagner, “Die zivil(-verfahrens-)rechtlichen Komponenten des Aktionsplans zum Haager Programm”, *IPRax*, vol 25, 2005, pp. 494-496, p. 494.

sobre conflictos de leyes y jurisdicción en asuntos de divorcio y el previsto Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que incluye la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo. Como iniciativas estrictamente de unificación de la ley aplicable aparecen sólo las relativas a las obligaciones contractuales y no contractuales.

40. Pese a que el logro del nivel de acuerdo requerido para la adopción de los instrumentos en la materia no es sencillo y la existencia de diferentes sensibilidades, intereses y tradiciones nacionales constituye un importante obstáculo para la aprobación de esas medidas a escala comunitaria, la situación en el seno de la UE refleja que actualmente se encuentra en marcha un proceso de unificación de las normas de conflicto entre los Estados miembros de amplio alcance, lo que contrasta con la situación en EEUU.

En EEUU la toma de conciencia por parte de la doctrina acerca de la conveniencia de unificar las normas sobre ley aplicable, así como la constatación de que ese criterio resulta plenamente conforme con la distribución constitucional de competencias, no se ha traducido en la puesta en marcha de un proceso para elaborar legislación federal de amplio alcance en la materia que permita unificar los regímenes estatales en materia de ley aplicable.

41. Al margen de la unificación de las normas sobre derecho aplicable mediante la adopción de reglamentos específicos, el proceso de integración comunitario ha contribuido por otras vías a la uniformización de las reglas sobre ley aplicable. A limitar el grado de disparidad de las normas sobre derecho aplicable entre los Estados de la UE contribuye la exigencia de conformidad con el Derecho comunitario, que se proyecta sobre el conjunto de los sistemas de DIPr de los Estados miembros<sup>102</sup>, sin perjuicio de que su impacto sobre la regulación de las relaciones transfronterizas se produzca al margen de las técnicas tradicionales de Derecho aplicable y, en concreto, de la regla de conflicto<sup>103</sup>.

Esa exigencia de conformidad implica la necesidad de que, en el ámbito de aplicación del TCE, la configuración e interpretación de las normas de DIPr del sistema español satisfagan las exigencias derivadas

---

<sup>102</sup> *Vid.*, en el contexto alemán, E. Brödermann, H. Iversen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1994, pp. 212-246; y H.J. Sonnenberger, "Europarecht und Internationales Privatrecht", *ZVglRWiss*, vol. 95, 1996, pp. 3-47, pp. 13-30.

<sup>103</sup> *Vid.* J.D. González Campos, "La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé", *Festschrift für E. Jayme*, t. I, Munich, 2004, pp. 263-275, pp. 269-272.

del principio de no discriminación (art. 12 TCE)<sup>104</sup> así como de las libertades comunitarias, como reglas especiales de no discriminación y de prohibición de restricciones no justificadas por motivos de interés general, en línea con la manera en que tales libertades han sido configuradas a través de la jurisprudencia del TJCE<sup>105</sup>. Elemento clave también de la repercusión del Derecho comunitario sobre los derechos privados nacionales es que aquél, habida cuenta de su primacía, condiciona la configuración de éstos y, en particular, la del DIPr. La exigencia de conformidad con el ordenamiento comunitario se proyecta sobre todos los sectores del Derecho de los Estados miembros que afecten a situaciones comprendidas en el ámbito del TCE, incluso tratándose de sectores tradicionalmente alejados del núcleo típico de las competencias comunitarias, como lo relativo al estado civil<sup>106</sup> y el Derecho de familia.

Un mayor impacto unificador tendría la pretensión de atribuir a ciertas reglas del TCE (en concreto sus artículos 28 y 49 TCE) la naturaleza de normas implícitas de DIPr<sup>107</sup>. En tal sentido, se pretendió ya en relación con los antiguos artículos 30 y 59 TCE (arts. 28 y 49 TCE en la versión actual) que el principio de reconocimiento mutuo tenía la naturaleza de una norma de conflicto oculta que impone la aplicación de la ley del país de origen de las mercancías o servicios. La remisión a la ley del país de origen -corregida por la aplicación de la ley de destino cuando ésta resulte más favorable a la eficacia de las libertades comunitarias- sería aquí el elemento determinante para la teoría del DIPr. En este contexto, se destaca la similitud entre la excepción de orden público bien conocida en el sector del derecho aplicable y las excepciones por motivos de interés general

---

<sup>104</sup> Vid. S. Sánchez Lorenzo, "La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 61-81.

<sup>105</sup> Muy particularmente, de sus decisiones en el ámbito de la libre circulación de mercancías, por medio, entre otras, de las celebres decisiones *Dassonville* (as. C-8/74, sent. de 11 de julio de 1974), *Cassis de Dijon* (as. C-120/78, sent. de 20 de febrero de 1979) y, matizando las consecuencias de la libre circulación de mercancías, *Keck y Mithouard* (as. C-267/91 y 268-91, sent. de 24 de noviembre de 1993).

<sup>106</sup> Son bien conocidas en relación con la tutela del derecho al nombre de las personas físicas la STJCE de 30 de marzo de 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*, como expresión de los condicionantes derivados del derecho de establecimiento -antiguo artículo 52 TCE (actual artículo 43)-, y la STJCE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *García Avello*, con respecto a los límites que resultan de las normas relativas a la no discriminación y a la ciudadanía europea (arts. 12 y 17 TCE) sobre el régimen aplicable en los Estados miembros en materia de tutela internacional del nombre de las personas físicas.

<sup>107</sup> Desarrollando el planteamiento, vid. J. Basedow, "Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis", *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 1-54, esp. pp. 12-15.

previstas al criterio de reconocimiento mutuo como las del artículo 30 TCE<sup>108</sup>.

Pero la existencia de reglas de conflicto implícitas en esas disposiciones del Derecho originario no se corresponde con el carácter que presentan las mismas a la luz de la jurisprudencia del TJCE<sup>109</sup>. Normalmente, la actuación conforme al TCE sólo reclama la no aplicación de las reglas de la ley aplicable contrarias al Derecho comunitario, que pueden ser desplazadas, en esa medida por la ley del Estado miembro de origen. Por ello, sin perjuicio de que el Derecho derivado puede establecer criterios diferentes en algunos supuestos, cabe entender, como criterio general, que el principio de reconocimiento mutuo no se traduce en una regla conflictual que partiendo de la igualdad de los diversos ordenamientos materiales implicados imponga la aplicación, respecto del conjunto de las relaciones jurídicas afectadas por las libertades comunitarias, de la ley del Estado de origen, incluyendo el conjunto de su Derecho privado<sup>110</sup>.

42. Pasando a la creación de reglas de conflicto uniformes en el derecho derivado, cabe señalar, en primer lugar, que la creación de ciertas instituciones jurídico-privadas de ámbito comunitario que no eliminan las instituciones equivalentes de ámbito nacional, pero atribuyen a los operadores la opción entre la de ámbito comunitario y la nacional, ha tenido lugar mediante reglamentos que incluyen ciertas normas sobre ley aplicable. Este fenómeno resulta bien conocido, en particular, en el sector societario -mediante la agrupación europea de interés económico y la sociedad anónima europea- y en el de la propiedad industrial -mediante, entre otros, los reglamentos sobre la marca comunitaria y el diseño industrial comunitario-.

Como los reglamentos comunitarios que crean estas instituciones jurídicas no proporcionan una regulación omnicompreensiva, y el ordenamiento comunitario, por el limitado alcance de sus reglas de Derecho privado, no puede colmar esas lagunas, resulta normalmente relevante fijar una norma que determine la legislación de qué Estado miembro debe completar en cada caso las carencias de la normativa comunitaria<sup>111</sup>. El impacto uniformizador de los sistemas de DIPr de estas reglas de conflicto comunitarias es muy limitado, en la medida en que su

---

<sup>108</sup> Vid. G.M. Kelly, “Public Policy and General Interest Exceptions in the Jurisprudence of the European Court of Justice”, *ERPL*, vol. 4, 1996, pp. 17-40.

<sup>109</sup> Vid. H.J. Sonnenberger, “Europarecht...”, *loc. cit.*, pp. 8-13.

<sup>110</sup> Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, núm 2, 1997, pp 413-445, pp. 436-438.

<sup>111</sup> A modo de ejemplo, *vid.* artículo 2.1 Reglamento 2137/85, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico; y artículo 16 del Reglamento de 1993 sobre la marca comunitaria.



función se reduce a determinar qué ordenamiento de un Estado miembro debe ser empleado para suplir las carencias normativas de las disposiciones comunitarias reguladoras de esa concreta institución europea.

43. Por otra parte, ciertas directivas de armonización en el ámbito del derecho privado incluyen normas sobre ley aplicable de la materia de que se trate. En todo caso, el impacto de estas reglas sobre la uniformización de las legislaciones nacionales de DIPr es muy limitado, pues se trata sólo de reglas relativas a materias muy específicas. La experiencia muestra que el empleo de la directiva como instrumento para la armonización de las reglas sobre ley aplicable –en el seno de la aproximación de la normativa material– plantea importantes riesgos para la uniformización efectiva, asociados a posibles carencias en las normas de transposición.

Más allá de la inclusión en supuestos puntuales de reglas de conflicto entre las que son objeto de armonización en virtud de directivas comunitarias, tiene gran trascendencia el dato de que el creciente desarrollo de las directivas de armonización de Derecho privado ha ido unido a la inclusión de reglas sobre la aplicabilidad de normas de origen comunitario a situaciones jurídico-privadas transfronterizas, lo que adquiere peculiar relevancia<sup>112</sup>. Se trata de reglas que determinan las situaciones a las que resulta de aplicación la normativa de armonización, por lo que su empleo suele ser clave en situaciones en las que la directiva fija un nivel unitario de protección, que proporciona un nivel de tutela más elevado que el que está presente en muchos sistemas extranjeros, de modo que la norma sobre ley aplicable concreta la vinculación exigida con la UE como determinante de la imperativa aplicación del estándar de protección.

En esta línea, si bien las primeras directivas en materias de derecho privado –con la excepción de las relativas a los contratos de seguro– no incluyeron disposiciones sobre ley aplicable (como en el caso de la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por productos, la Directiva 85/577 relativa a la protección de los consumidores en los contratos negociados fuera del establecimiento mercantil, la Directiva 87/102 sobre crédito al consumo y la Directiva 90/314 sobre viajes combinados) es bien conocida la presencia en las directivas de “segunda generación” en materia de

---

<sup>112</sup> Vid. J.D. González Campos, “Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato”, P. Picone (dir.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, pp. 33-64, pp. 46-50.

protección de los consumidores de una regla sobre ley aplicable<sup>113</sup>. Las normas sobre el particular imponen un mandato a los Estados miembros de garantizar la aplicación del estándar de protección a todas las relaciones transfronterizas que presenten un vínculo significativo con la Comunidad, como sucede con el artículo 6.2 de la Directiva 1993/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores y el artículo 7.2 de la Directiva 1999/44/CE sobre aspectos de la venta y garantía de bienes de consumo (que prevén la aplicación de la protección dispensada por la Directiva a todo contrato que presente un vínculo estrecho con los Estados miembros) y el art. 9 de la Directiva 1994/47/CE relativa a contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (que prevé su aplicación siempre que el bien inmueble se encuentre en el territorio de un Estado miembro).

Estas normas pretenden asegurar que el nivel de protección comunitario se aplica respecto de los consumidores activos intracomunitarios, complementando lo dispuesto en el artículo 5 CR, con el que su interacción resulta en todo caso compleja<sup>114</sup>. Además, se trata de normas cuya transposición en las legislaciones nacionales ha tenido lugar a través de disposiciones muy diversas y problemáticas, como ilustra especialmente el análisis comparado entre las reglas de transposición de los Estados miembros<sup>115</sup> y la STJCE de 9 de septiembre de 2004<sup>116</sup>, que declara el incumplimiento de España al no haber adaptado plenamente el Derecho español al artículo 6.2 Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas.

El alcance uniformizador de este tipo de reglas respecto de los sistemas nacionales de DIPr es limitado, en primer lugar porque establecen un criterio flexible, cuya transposición no ha resultado uniforme y cuya interacción con ciertas reglas unificadas es fuente de gran confusión<sup>117</sup>. Además, en la medida en que se trate de directivas que sólo fijan una armonización de mínimos, no excluyen la adopción por los Estados de reglas más estrictas, por lo que incluso entre los ordenamientos de los Estados miembros se plantean cuestiones de ley aplicable, que a falta de normas unificadas deben ser decididas típicamente en virtud de lo

---

<sup>113</sup> Vid. C. Kohler, “Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und internationalem Privatrecht”, *Festschrift für E. Jayme*, t. I, Múnich, 2004, pp. 445-459, pp. 446-449.

<sup>114</sup> Ampliamente, vid. F. Esteban de la Rosa, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, 2003; y B. Añoveros Terradas, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 2003.

<sup>115</sup> Vid. K. Bitterich, “Die kollisionsrechtliche Absicherung der AGB-Richtlinie (Art 6 Abs 2): Rechtszersplitterung statt Kollisionsrechtseinheit in Europa”, *ZfRV*, 2002, pp. 123-132, pp. 125-131.

<sup>116</sup> *Comisión c. España*, C-70/03.

<sup>117</sup> Vid. J.D. González Campos, “Diritto...”, *loc. cit.*, pp. 50-55.

dispuesto en los sistemas nacionales de DIPr. Pero incluso cuando la directiva es de máximos, una norma de esa naturaleza se limita a fijar el ámbito de imperativa aplicación de la normativa armonizada, sin fijar una regla de conflicto general en esa materia que desplace a las legislaciones nacionales en la materia y unifique su contenido<sup>118</sup>. Además, pueden aparecer especiales dificultades en la medida en que la ley aplicable sea la de un Estado miembro que no haya traspuesto (correctamente) la directiva en su legislación interna.

## 2. Límites y condicionantes de la unificación

44. Las competencias específicas en el ámbito del DIPr atribuidas en los artículos 61 a 69 TCE contemplan la adopción de medidas en los diversos sectores del DIPr “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Esta redacción, sin embargo, no parece ser obstáculo, con el paso del tiempo, para la eventual adopción con esa base jurídica de normas que unifiquen las reglas de conflicto, en particular en el ámbito de las obligaciones, con alcance universal, de manera que resulten de aplicación incluso cuando la ley designada sea la de un Estado no contratante.

La jurisprudencia del TJCE, como ilustra su sentencia *Owusu* de 1 de marzo de 2005<sup>119</sup>, ha puesto de relieve que las normas que tienen como objetivo eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior pueden ser normas que no se apliquen únicamente a las situaciones que tienen un vínculo efectivo y suficiente con el funcionamiento del mercado interior, sino que puede suceder que el objetivo de eliminar los obstáculos al mercado interior justifique su aplicación a otros litigios que contengan un elemento de extranjería.

Asimismo, en su importante Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, en relación con el Reglamento 44/2001 –que tiene su base jurídica en los artículos 61.c y 67.1 TCE–, el TJCE ha puesto de relieve que su capítulo II tiene por objeto unificar las reglas de competencia no sólo para los litigios de carácter intracomunitario sino también para los que contengan un elemento de extranjería, con la finalidad de eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior resultantes de las diferencias entre las legislaciones nacionales en la materia, de manera que sus normas establecen un sistema global aplicable no sólo a las relaciones entre los Estados miembros sino también a las relaciones entre un Estado miembro y un Estado tercero<sup>120</sup>. Incluso el TJCE ha dejado claro que debido al

---

<sup>118</sup> Vid. B. Von Hoffmann, “Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht”, *ZfRV*, vol. 36, 1995, pp. 45-54, p. 47.

<sup>119</sup> Asunto C-281/02.

<sup>120</sup> Vid. Dictamen TJCE 1/03, aps. 142-146.

“carácter global y coherente del sistema de normas de conflicto de jurisdicción” establecido en el Reglamento 44/2001, la aplicación de las legislaciones nacionales en la materia –determinada por lo dispuesto en el art. 4.1 del Reglamento- debe entenderse que forma parte del sistema del Reglamento y que éste regula esas situaciones mediante la referencia a la legislación del Estado miembro ante cuyos tribunales se presente la demanda<sup>121</sup>.

45. Si bien estas afirmaciones en la jurisprudencia del TJCE han ido referidas a las reglas del CB y del Reglamento 44/2001, cabe entender que pueden proyectarse también sobre la unificación de las reglas de conflicto, haciendo compatible la adopción de normas de alcance universal con la limitación de la atribución de competencia, que sólo permite la adopción de normas en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. La doctrina establecida en el Dictamen 1/2003, que concluye que la competencia para celebrar el nuevo Convenio de Lugano corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea, resulta un elemento muy relevante de cara a la eventual unificación de reglas de conflicto a escala comunitaria, pues –sobre todo ante las perspectivas de comunitarización de las reglas sobre conflictos de leyes, especialmente en el marco de los denominados reglamentos Roma I y II- potencia la posibilidad de profundizar esa unificación mediante la futura conclusión por la Comunidad de convenios internacionales en la materia.

En esa misma línea argumental, también cabe poner de relieve que con respecto a la delimitación del ámbito de aplicación en el espacio de normas de armonización, la jurisprudencia del TJCE manifiesta que la vinculación de esas normas con el mercado interior puede justificar que las mismas resulten aplicables a cualquier situación que tenga una relación estrecha con la Comunidad, lo que, por ejemplo, se da por el hecho de que el litigio afecte a las actividades que un agente comercial desempeña en un Estado miembro, aunque la otra parte esté establecida fuera de la UE y (debido al carácter imperativo de las normas) las partes hubieran elegido como aplicable la ley de un tercer Estado<sup>122</sup>.

Por lo tanto, la limitación competencial “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior” no parece ser un obstáculo para la adopción de reglas de conflicto uniformes de alcance universal en reglamentos comunitarios, al menos en el ámbito patrimonial. Esta conclusión además de con respecto al artículo 65 TCE resulta de utilidad en relación con el artículo III-269 del Tratado por el que se

---

<sup>121</sup> Cf. Dictamen TJCE 1/03, ap. 148.

<sup>122</sup> Vid. STJCE de 9 de noviembre de 2000, as. C-381/98, *Ingmar*, ap. 25.

establece una Constitución para Europa de 2004, que mantiene una limitación en el mismo sentido, pese a que en el Proyecto de Constitución de julio de 2003 había sido suprimida<sup>123</sup>. Cabe entender, en todo caso, que el artículo III-269 presenta una redacción más matizada de la exigencia de vinculación con el mercado interior que el artículo 65 TCE, por lo que atribuye un mayor margen de actuación a la UE, pues hace referencia a que la adopción de medidas en los diversos sectores del DIPr puede tener lugar "en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior".

46. La vinculación de las normas unificadas sobre ley aplicable con los objetivos de integración y con el correcto funcionamiento del mercado interior, se corresponde con el predominio en esas normas de soluciones que buscan proporcionar previsibilidad y seguridad jurídica. Esta situación se ha visto favorecida por el hecho de que una diferencia entre EEUU y los sistemas europeos, sobre todo los continentales, es que éstos se caracterizan en mayor medida por el empleo de reglas sobre ley aplicable que tienden a la precisión y la certeza, en las que predominan los criterios de conexión rígidos, de los que los tribunales sólo pueden separarse, si acaso, en situaciones excepcionales, como en los supuestos en los que actúa una cláusula de corrección basada en el principio de proximidad o, en un plano diferente, cuando se impone el recurso al orden público.

No obstante, la tensión entre las exigencias contrapuestas de flexibilidad y seguridad jurídica está presente dentro de los diversos sistemas de DIPr<sup>124</sup>. Además, se observa también en el ámbito comunitario una expansión de las reglas de DIPr que emplean criterios flexibles y que atribuyen un amplio margen de apreciación a los tribunales –como ilustra el contenido de los arts. 4 y 7.1 CR–, lo que implica una cierta convergencia con el modelo de EEUU –que se observa también en el tratamiento de ciertas materias objeto de un mayor nivel de intervención, como la aplicabilidad de las reglas sobre libre competencia–, pero también va unido a la aparición de importantes riesgos de falta de seguridad y de menoscabo de la uniformidad<sup>125</sup>.

En todo caso, las peculiaridades del modelo comunitario y las

---

<sup>123</sup> Vid. J.D. González Campos, "El proyecto de Constitución para Europa y el Derecho internacional privado", *La constitucionalización del proceso de integración europea (Colección Escuela Diplomática núm 9)*, Madrid, 2005, pp. 81-102, pp. 95-96.

<sup>124</sup> Vid. P. Hay, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law", *R. des C.*, 1991, t. 226, pp. 281-412.

<sup>125</sup> Vid. H. Kronke, "Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: "Rules" at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws", *Festschrift für E Jayme*, Múnich, 2004, pp. 461-470, pp. 462-464.

exigencias de la integración –especialmente la certeza y la previsibilidad– deben condicionar la configuración de las reglas de conflicto comunitarias<sup>126</sup>, así como su interpretación, especialmente en la medida en que en su formulación concreta puedan parecer más distanciadas del modelo europeo, como cuando las soluciones empleadas establecen reglas fundadas en el principio de proximidad. Precisamente, en este contexto resulta de interés el dato de que la Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2005<sup>127</sup> contemple la eventual modificación de la regla de conflicto más importante –su artículo 4– mediante la introducción de una serie de conexiones rígidas. Si bien, este cambio de criterio responde a una preocupación legítima ante los planteamientos doctrinales y las decisiones de tribunales de ciertos Estados miembros que han formulado interpretaciones que menoscaban gravemente la seguridad jurídica en la aplicación del artículo 4 CR, un cambio tan drástico en la redacción del precepto puede introducir una rigidez excesiva, en un momento en el que la competencia del TJCE para pronunciarse sobre el CR puede ser un elemento determinante no sólo para asegurar una aplicación uniforme de sus reglas sino también para que se imponga una interpretación de éstas que garantice los objetivos de seguridad jurídica y previsibilidad que persigue una norma como el artículo 4 CR.

47. Junto al reducido alcance material de la unificación de las reglas de conflicto en el seno de la UE, la uniformidad en esta materia se ve menoscabada también por otras circunstancias. De una parte, porque en lo que se refiere a algunos de los llamados problemas de aplicación no existen todavía con carácter general soluciones comunes a escala comunitaria. Así, en particular, el orden público, como motivo para rechazar la aplicación de una ley extranjera, incluso en el marco de los instrumentos comunitarios, como el artículo 16 CR (y el art. 20 de la Propuesta de Reglamento Roma I) va referido normalmente al orden público del foro, habida cuenta del carácter básicamente nacional de este mecanismo en el sistema comunitario.

48. A diferencia de lo que sucede en el sector de la competencia judicial internacional y, especialmente, en el del reconocimiento y ejecución de decisiones, en el ámbito de la ley aplicable no desempeña un papel tan relevante la dimensión procesal del orden público, donde la

---

<sup>126</sup> En relación con el proyectado reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, *vid.* S.C. Symeonides, "Tort Conflicts and Rome II: A View from Across", *Festschrift für E Jayme*, Múnich, 2004, pp. 935-954, p 936.

<sup>127</sup> COM 2005 (605) final.

uniformización de éste ha alcanzado un mayor impacto en el ámbito comunitario a partir del alcance del derecho a un proceso justo establecido en el artículo 6 TEDH.

En el ámbito económico, especialmente en materias sobre las que se ha proyectado directamente la intervención de la Comunidad, como es el caso del régimen relativo a las prácticas restrictivas de la competencia o a los contratos de consumo<sup>128</sup>, cabe encontrar principios comunes, de los que es expresión la normativa comunitaria en ciertos sectores de carácter imperativo, que en su vertiente negativa puede operar como límite al reconocimiento de decisiones extranjeras o a la aplicación de legislación extranjeras, típicamente en el ámbito de la regulación de la libre competencia<sup>129</sup>, la protección de los consumidores o de otros operadores económicos considerados merecedores de especial tutela<sup>130</sup>. No obstante, el TJCE, en línea con el carácter excepcional del orden público, ha sido restrictivo al apreciar la naturaleza de orden público de normas del Derecho originario o derivado, lo que parece vincularse con las circunstancias en las que ha conocido de estos asuntos, típicamente en el marco del CB o de cuestiones prejudiciales conforme al artículo 234 TCE, pero sin que de momento haya tenido ocasión de pronunciarse en el marco de la cláusula de orden público del CR<sup>131</sup>.

Fuera de esos sectores el desarrollo de una categoría de orden público de alcance comunitario como límite a la aplicación de un ordenamiento extranjero no está exento de problemas ante la dificultad para apreciar la existencia de principios fundamentales comunes<sup>132</sup>. Este estado de cosas determina que la operatividad de la excepción de orden

---

<sup>128</sup> Vid. P. De Vareilles-Sommières, "La communautarisation du droit international privé des contrats: remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats", *Le droit international privé: esprit et méthodes (Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde)*, París, 2005, pp. 781-801, pp. 796-799.

<sup>129</sup> Vid. STJCE de 1 de junio de 1999 en el asunto C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, que, si bien en el contexto de la normativa sobre ejecución de laudos arbitrales, se refiere reiteradamente al artículo 81.2 TCE como "una disposición de orden público", de la que resulta que, por su naturaleza, el artículo 81 TCE se integra en el contenido protegido por las disposiciones del Derecho internacional privado de los Estados miembros relativas al orden público, que en este caso, por el origen de los principios tutelados, tendría carácter comunitario. Vid. S. Álvarez González, "Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario", *La Ley*, 2000, 6, D-179, pp. 2005-2009.

<sup>130</sup> En relación con el carácter imperativo de las normas comunitarias de armonización relativas a la protección de los agentes comerciales, si bien desde la perspectiva positiva de la aplicación imperativa de esas normas (y no desde la perspectiva negativa típica de la excepción de orden público), STJCE de 2000 en el asunto C-381/98, *Ingmar*.

<sup>131</sup> Vid. H.P. Meidanis, "Public Policy and *ordre public* in the Private International Law of the EC/EU: Traditional positions of the Member States and Modern Trends", *ELRev*, vol. 30, 2005, pp. 95-110, pp. 109-110.

<sup>132</sup> Vid. E. Rodríguez Pineau, "European Union International *Ordre Public*", *Spanish Yearbook of International Law*, vol. III, 1993-1994, pp. 43-88.

público pueda plantearse en ciertos sectores cuando los tribunales de un Estado miembro han de aplicar la ley de otro Estado miembro, en línea con el carácter básicamente nacional que conserva el orden público en la materia. Ese criterio general se mantiene incluso en el ámbito patrimonial y tratándose de situaciones en las que en el marco de la elaboración de reglas de DIPr se ha pretendido introducir el concepto de orden público comunitario, como hace la Comisión en el artículo 24 del Proyecto de reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales de 2003, con respecto a la no aplicación de las legislaciones que prevean la indemnización de daños no compensatorios.

La pretendida existencia de un orden público comunitario en la materia no se corresponde con la flexibilidad con la que los tribunales de diversos países europeos han aplicado las excepciones de orden público de sus respectivas legislaciones nacionales ni con la identificación de políticas legislativas y principios comunitarios que impongan esa respuesta<sup>133</sup>.

Pese al papel residual del orden público comunitario en este ámbito, puede darse el caso excepcional de que el mismo resulte determinante para excluir la aplicación de la ley de otro Estado miembro. Ese tipo de situaciones se han manifestado en la jurisprudencia alemana, en la medida en que la legislación extranjera aplicable era relativa a una materia armonizada en virtud de reglas de naturaleza imperativa –en concreto, de protección de los consumidores– no habiendo sido objeto de transposición por ese Estado las directivas comunitarias en la materia<sup>134</sup>.

49. También en lo que se refiere al funcionamiento de las reglas de conflicto y a la aplicación judicial del derecho extranjero, el impacto de la integración europea no permite hablar en absoluto de la existencia de un sistema comunitario. A este respecto, resulta de interés señalar que un elemento complementario que podría facilitar el papel de las reglas de conflicto como mecanismo de integración sería la existencia de instrumentos específicos de cooperación que facilitarían la prueba del derecho de cualquier Estado miembro en litigios jurídico-privados que se tramiten en otros Estados miembros.

La asistencia judicial y la cooperación de autoridades en el orden civil ha alcanzado un significativo desarrollo en el ámbito comunitaria tras el Tratado de Ámsterdam, reflejado básicamente en el Reglamento 1348/2000 sobre notificación, en el Reglamento 1206/2001 sobre

---

<sup>133</sup> Vid. E. Rodríguez Pineau, “Punitive damages y orden público ¿comunitario?”, *Pacis Artes. Obra homenaje al prof. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1741-1764, pp. 1759-1761.

<sup>134</sup> Cf. J. Basedow, “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, *Le droit international privé: esprit et méthodes (Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde)*, Paris, 2005, pp. 55-74, pp. 61-63.



cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas y en la Directiva 2003/8/CE sobre asistencia jurídica gratuita, así como en otras iniciativas tendentes a facilitar el acceso a la justicia en cualquier Estado miembro. A este respecto resulta muy significativa la creación de una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil<sup>135</sup> -compuesta por puntos de contacto centrales, autoridades nacionales y magistrados de enlace con competencias específicas en materia de cooperación judicial civil y cualquier autoridad judicial o administrativa que se considere conveniente- con la doble misión de mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros en materia civil y mercantil y ofrecer un sistema de información práctica al público que garantice un acceso efectivo a la justicia y un proceso rápido y fiable a las personas implicadas en litigios transfronterizos (intracomunitarios).

Entre estos logros no se observa ninguno específico en relación con la información recíproca acerca de los respectivos derechos, que puede ser clave para hacer posible la aplicación judicial del Derecho extranjero y, por lo tanto, que la regla de conflicto produzca la consecuencia que en principio le está asignada. Es cierto que en ese marco existe un mecanismo convencional avanzado de ámbito básicamente europeo y del que son parte la gran mayoría de Estados de la UE, como es el Convenio europeo acerca de la información sobre el derecho extranjero, hecho en Londres, en 1968. En todo caso, la experiencia de EEUU puede ser relevante a este respecto, en la medida en que pone de relieve el interés y la posibilidad de desarrollar un sistema de información específico de alcance comunitario, como sucede en el ámbito federal estadounidense con el mecanismo de la llamada *certification*, al que se ha hecho ya referencia.

50. Tampoco en el ámbito comunitario existe uniformidad acerca de si las reglas de conflicto deben ser aplicadas de oficio. A este respecto, se ha señalado cómo en EEUU el tratamiento que recibe esta cuestión contribuye a limitar la relevancia práctica de los conflictos de leyes en un entorno de pluralismo normativo pero con significativas dosis de uniformidad. En concreto, el criterio prevalente en EEUU es que las normas de conflicto no se aplican de oficio, sino que se presume que las leyes de los diversos Estados o países con los que una situación transfronteriza está conectada proporcionan una misma solución, de manera que sólo se plantea la aplicación del derecho extranjero cuando una parte lo solicita. Tal estado de cosas facilita que la actitud de las partes

---

<sup>135</sup> *Vid.* Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (DO 2001 L 174/25). Sobre sus antecedentes, *vid.* Propuesta modificada de Decisión del Consejo relativa a la creación de una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, de 24 de abril de 2001, COM (2001) 234 final.

pueda evitar la aparición de conflictos (*conflict avoidance*) en todas aquellas situaciones en las que el grado de disparidad de los ordenamientos jurídicos implicados no justifica que alguna de las partes invoque la aplicación de un Derecho distinto al del foro<sup>136</sup>.

En la UE no existe una solución unitaria sobre el particular<sup>137</sup>, si bien en varios sistemas de DIPr de la UE rige el criterio de que las normas de conflicto se aplican de oficio. Ese criterio, que contrasta con el prevalente en EEUU, llevado hasta sus últimas consecuencias podría operar como factor que refuerza la necesidad de la unificación no sólo de las normas sobre ley aplicable sino muy especialmente del Derecho material, como vía para evitar la particular complejidad que es propia de las situaciones transfronterizas, especialmente cuando el conocimiento de los derechos extranjeros es una tarea difícil y costosa.

### 3. Situaciones intracomunitarias e internacionales

51. La unificación de las normas de conflicto en el ámbito comunitario ha resultado especialmente efectiva en la medida en que ha tenido lugar mediante la adopción de instrumentos específicos que contienen normas que desplazan a las existentes en los Estados miembros y que regulan –dentro del ámbito material y temporal del instrumento correspondiente– el conjunto de las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, incluso en los supuestos en los que la ley designada no es la de un Estado de la UE.

Esa es la situación, aunque se trate de momento de un convenio, en el CR (especialmente arts. 1 y 2) y en el marco de la elaboración de un reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales<sup>138</sup>, en el que este planteamiento general no resulta controvertido y aparece recogido en los artículos 1 y 2 de la Propuesta de Reglamento.

52. Frente a la unificación de las reglas de conflicto en el seno de la

---

<sup>136</sup> Contraponiendo la aplicación de esta regla del *common law* en EEUU y Canadá –como vía que favorece la armonización informal y evita la aparición de conflictos– con la situación prevalente en algunos Estados de la UE, *vid.* H.P. Glenn, “Conflicting Laws in a Common Market? The Nafta Experiment”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1789-1819, pp. 1797-1798)

<sup>137</sup> *Vid.* los análisis comparativos recogidos en T.C. Hartley, “Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared”, *ICLQ*, vol. 45, 1996, pp. 271-292; y M. Jänterä-Jareborg, “Foreign Law in National Courts. A Comparative Perspective”, *R. des C.*, t. 304, 2003, pp. 181-386, pp. 286-306..

<sup>138</sup> Comisión Europea, “Propuesta de Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, de 22 de julio de 2003, *COM (2003) 427 final*; sobre sus antecedentes, *vid.* Comisión Europea, “Anteproyecto de Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, de mayo de 2002.

UE mediante la elaboración de normas comunes aplicables sin ninguna restricción espacial y con independencia de que la ley designada sea la de un Estado miembro, como en el modelo del CR, surge como alternativa o complemento la elaboración de reglas uniformes en materia de ley aplicable que establezcan un régimen conflictual específico para las situaciones intracomunitarias o, más exactamente, los supuestos que presenten una determinada vinculación con el mercado interior. Esta opción implica la instauración de un sistema dual de reglas sobre ley aplicable, que determina la aplicación de regímenes diferentes a las situaciones conectadas con el mercado interior y a aquellas que no lo están, por lo que conduce a un fraccionamiento del sector de la ley aplicable.

Si bien facilita la elaboración de respuestas adaptadas a las peculiaridades del mercado interior y que pueden responder especialmente a los objetivos y necesidades de la integración<sup>139</sup>, este fraccionamiento plantea importantes problemas específicos en el ámbito de las reglas de conflicto y tiende a hacer más complicado el funcionamiento del sistema conflictual. A ello contribuye la necesidad de aplicar con carácter previo el criterio que deslinda la aplicación de la regla de conflicto específica de las situaciones vinculadas con el mercado interior de aquellas que quedan al margen de esa regla específica, para determinar cuál de los dos regímenes es el relevante en el caso concreto<sup>140</sup>.

53. Ese fraccionamiento va unido normalmente a que el alcance de la unificación de las reglas sobre ley aplicable sea limitado, pues normalmente se ciñe a las que regulan los supuestos conectados con el mercado interior, si bien la situación puede ser diferente en la medida en que la regla de conflicto sobre ley aplicable a supuestos vinculados con el mercado interior se configure como una regla específica en el marco de un instrumento de unificación de reglas sobre ley aplicable de alcance universal. Ilustrativa de esa posibilidad es alguna iniciativa en relación con la Propuesta de reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

En concreto, en el proceso de elaboración de ese reglamento se ha propuesto la conveniencia de que la regla de conflicto general sobre competencia desleal, basada en el criterio de los efectos<sup>141</sup>, sea

---

<sup>139</sup> Vid. S. Grundmann, “Binnenmarktkollisionsrecht – vom klassischen IPR zur Integrationsordnung”, *RebelsZ*, vol. 64, 2000, pp. 457-477.

<sup>140</sup> Cf. P. Mankowski, “Binnenmarkt-IPR – Eine Problemskizze-”, J. Basedow et al. (Hrsgb.) *Aufbruch nach Europa (75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht)*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2002, pp. 595-615, pp. 610-612, poniendo de relieve cómo el fraccionamiento del sistema de DIPr exige en esos casos la elaboración de *Metakollisionsnormen*.

<sup>141</sup> El artículo 5 de la Propuesta de Reglamento incorpora en su primer apartado una norma según la cual: “La ley aplicable a la obligación extracontractual que resulta de

complementada con una regla específica sobre ley aplicable a la publicidad desleal de alcance intracomunitario. Esta solución se ha pretendido fundamentar en el amplio alcance de la armonización comunitaria en materia de publicidad, la relevancia atribuida en algunos de los instrumentos comunitarios al criterio de origen y el significado del criterio del reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado interior. En ese sentido, se ha propuesto que se añada la regla de que cuando todos los elementos relevantes de una situación se encuentran exclusivamente conectados con uno o más Estados miembros de la UE, las obligaciones extracontractuales resultantes de la publicidad desleal se regirán por la ley del Estado miembro en el que la empresa anunciante tenga su establecimiento<sup>142</sup>. Ahora bien, cabe entender que la inclusión de una norma de conflicto como esa debe ser rechazada por diversos motivos. Entre otros, esa norma tendría como inconveniente introducir una complejidad, al establecer reglas de conflicto diferenciadas para las situaciones intracomunitarias y las situaciones internacionales, que menoscabaría el fundamento de la Propuesta de Reglamento<sup>143</sup>.

## V. Las normas sobre derecho aplicable como instrumento de integración

### 1. Competencia entre ordenamientos y unificación de las reglas de conflicto

54. Aunque las cuestiones relativas a la competencia entre ordenamientos suscitan por lo general gran controversia, un aspecto que parece claro es que la coordinación de las normas sobre DIPr de los distintos ordenamientos hace posible la competencia entre éstos<sup>144</sup>. En el plano del derecho aplicable, resulta clave que el criterio de conexión aceptado por los distintos ordenamientos permita la elección (por alguno

---

un acto de competencia desleal es la del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores han sido afectados o corren el riesgo de serlo de manera directa y esencial”.

<sup>142</sup> En concreto, esa propuesta ha sido formulada por el denominado Grupo de Hamburgo de DIPr, *vid.* Hamburg Group for Private International Law, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *RebelsZ*, vol. 67, 2003, pp. 1-56, pp. 19-20.

<sup>143</sup> Además, una norma como esa introduciría confusión con respecto a la concreción del lugar de origen de la publicidad, en la medida en que utiliza como elemento determinante el establecimiento del anunciante, mientras que en la normativa de armonización el lugar de origen en ocasiones se concreta en atención al medio de difusión de la publicidad, como en la Directiva Televisión sin fronteras, sobre estas cuestiones, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, 2005.

<sup>144</sup> Esta idea se vincula con la consideración del DIPr como un “Derecho de la competencia entre ordenamientos jurídicos”, *cf.* F.J. Garcimartán Alférez, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, pp. 87-154, p. 118.

de) los implicados del régimen jurídico aplicable<sup>145</sup>, al tiempo que en el plano judicial resulta relevante que las partes puedan elegir el tribunal competente (lo que facilita la opción por los del país cuya ley es aplicable) y, sobre todo, que la decisión que pueda adoptarse sea susceptible de ser reconocida y ejecutada en el resto de los países<sup>146</sup>. Por otra parte, también la competencia entre ordenamientos puede conducir a la armonización de los ordenamientos, en la medida en que favorece que los diferentes Estados tiendan a adaptar sus legislaciones a las de aquellos cuyas innovaciones se consideran positivas<sup>147</sup>.

La importancia de la uniformización de las normas de DIPr –en particular sobre ley aplicable y reconocimiento de decisiones– para la efectiva competencia entre ordenamientos en materia de derecho privado queda claramente ilustrada por la situación en EEUU en el ámbito societario donde el elevado nivel de competencia existente viene condicionado por la aceptación en los diversos Estados de que la ley rectora del estatuto de la sociedad es la ley conforme a la cual ésta se constituye (criterio de la constitución)<sup>148</sup>. En sentido similar, desde la perspectiva comunitaria cabe apreciar que la creciente importancia de la competencia entre ordenamientos en el ámbito de la UE se vincula con la aplicación del criterio de la ley de origen (normalmente, en atención al lugar de establecimiento). Asimismo, el impacto de la competencia entre ordenamientos en materia contractual se fundamenta en la aceptación en el ámbito comparado de la autonomía conflictual (y la posibilidad de sumisión jurisdiccional) en esa materia. Precisamente, para favorecer la competencia entre sistemas jurídicos se considera que debe extenderse al máximo el empleo de la autonomía conflictual, incluso más allá del ámbito

---

<sup>145</sup> Cf. P.B. Stephan, "Regulatory Cooperation and Competition: the Search for Virtue", G. Bermann, M. Herdegen y P.L. Lindseth (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation (Legal Problems and Political Prospects)*, Nueva York, 2000, pp. 167-202...", *loc. cit.*, pp. 169-170.

<sup>146</sup> Vid. F.J. Garcimartín Alférez, "Regulatory Competition: A Private International Law Approach", *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, 1999, pp. 251-270, pp. 261-263. La posibilidad y relevancia en este contexto de seleccionar el tribunal competente se vincula con la peculiar posición de los tribunales de un Estado para aplicar su propio derecho pero también con el dato de que el contenido material de las legislaciones en presencia no es el único elemento relevante de la competencia entre ordenamientos, pues otras ventajas competitivas muy importantes pueden estar asociadas a la existencia de una jurisprudencia particularmente desarrollada y de tribunales especializados y con amplia experiencia en la aplicación de esas normas, cf. E. Kamar, "A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law", *Columbia Law Review*, vol. 98, 1998, pp. 1908-1959, pp. 1923-1927.

<sup>147</sup> Vid. M. Ballbé y C. Padrós, *Estado competitivo y armonización europea (Los modelos norteamericano y europeo de integración)*, Barcelona, 1997, pp. 92-96.

<sup>148</sup> Lo que también tiene su proyección en el seno de la UE con base en la jurisprudencia del TJCE a partir del asunto *Centros*, *vid., v.gr.*, S. Sánchez Lorenzo, "El Derecho europeo de sociedades y la sentencia *Centros*: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario", *AEDIPr*, 2000, pp. 115-157, pp. 115-116.

obligacional, salvo que puedan derivarse efectos para terceros o producirse fallos de mercado (por ejemplo, los diferentes niveles de información entre las partes, que caracterizan las cláusulas de elección de la ley aplicable en los contratos de consumo y en los contratos de trabajo)<sup>149</sup>.

55. Ahora bien, el análisis de la competencia entre ordenamientos no sólo permite constatar que la uniformización de las reglas de DIPr resulta, al menos en el ámbito jurídico privado, un presupuesto para que pueda realmente hablarse de una especie de mercado de ordenamientos jurídicos entre los que optan los operadores, sino también que para que el mercado sea eficiente y se corrijan las externalidades es necesario que las normas uniformes sobre derecho aplicable conduzcan a la aplicación de la ley del país en el que se manifiestan los efectos negativos de una eventual reducción de los estándares de regulación, principal riesgo de un mercado de esta naturaleza<sup>150</sup>.

Ahora bien, precisamente los criterios de regulación utilizados en ciertos sectores en los que esa competencia de normas de Derecho privado se produce en el ámbito comunitario parecen favorecer la aplicación de un criterio distinto, pues tienden a facilitar la aplicación de la ley del país desde el que se desarrolla la actividad que puede generar en otros países – los de destino de la actividad- las consecuencias adversas de una eventual *race to the bottom* (basta pensar en la tendencia a tratar de favorecer la aplicación de la ley de origen en materia de publicidad, a la que responde la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico).

En todo caso, para corregir el riesgo indicado de carrera a la baja, como alternativa a la unificación de las reglas de conflicto en los términos señalados, cabe recurrir a la uniformización de reglas materiales que al menos fijen un estándar mínimo común de manera que ninguno de los ordenamientos jurídicos implicados pueda ofrecer un nivel menor<sup>151</sup>. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, la promoción de la competencia entre ordenamientos tiende a rechazar la armonización de legislaciones, salvo que se considere preciso para evitar externalidades – algo poco frecuente en el ámbito propio del Derecho privado-, cuando los

---

<sup>149</sup> Vid. H. Muir Watt, “Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)”, *R. des C.*, 2004, t. 307, pp. 25-384, pp. 120-140; y K. Lantermann y H.B. Schäfer, “Jurisdiction and Choice of Law in Economic Perspective”, *German Working Papers in Law and Economics*, 2005, 1, pp. 1-35, pp. 3-4. En un plano más general de análisis económico del DIPr, vid. A.T. Guzman, “Choice of Law: New Foundations”, *Georgetown Law Journal*, vol. 90, 2002, pp. 883-940, pp. 913-915.

<sup>150</sup> Cf. F.J. Garcimartín Alférez, “Regulatory...”, *loc. cit.*, p. 264.

<sup>151</sup> Cf., *v.gr.*, G. Wagner, “The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law”, *CMLRev*, vol. 39, 2000, pp. 995-1023, pp. 1003-1004.

resultados de la competencia no sean eficientes desde el punto de vista social o cuando se trate de normas constitutivas o que configuran jurídicamente el mercado (como en materia de propiedad industrial e intelectual)<sup>152</sup>.

56. La aplicación de ese modelo desarrollado en EEUU en el contexto de la UE parece requerir importantes adaptaciones, pues la opción entre sistemas jurídicos por parte de los operadores, que se halla en el fundamento de la competencia entre ordenamientos, encuentra en la UE obstáculos especialmente importantes y que impiden que surja en realidad un mercado de ordenamientos jurídicos, a diferencia de la situación en EEUU.

En primer lugar, porque la movilidad entre los Estados miembros de la UE es mucho menor que en el interior de EEUU y los idiomas y estilos de vida son más importantes como factores condicionantes a esos efectos en la UE que el contenido de los diferentes ordenamientos jurídicos. En segundo lugar, incluso en materia contractual, donde el recurso a la autonomía conflictual parece eliminar las carencias asociadas a la falta de movilidad, la competencia entre ordenamientos resulta en la práctica muy limitada<sup>153</sup>, como ilustra la actitud de los legisladores nacionales en la materia y el dato de que normalmente los factores determinantes de las decisiones contractuales son elementos no institucionales como la calidad de los bienes y el precio<sup>154</sup>. Además, en la medida en que en un determinado tipo contractual resulte habitual que las partes elijan como aplicable la ley de un país no vinculado con la transacción suelen hacerlo a favor de la ley de un territorio que ocupa una posición de liderazgo que normalmente no se va a ver afectada por el hecho de que se modifique el contenido de legislaciones extranjeras, pues ese liderazgo se basa también en la presencia de otros elementos institucionales (idioma, especialización y experiencia de sus tribunales, desarrollo e influencia de su sistema jurídico en la regulación de las transacciones internacionales de que se trate...)<sup>155</sup>. En tercer lugar, en la UE tampoco está presente en los mismos términos que en EEUU otro de los elementos clave para que aparezca ese llamado mercado entre sistemas

---

<sup>152</sup> Cf. J.A. Alfaro Aguila-Real, “La unificación del derecho privado en la Unión Europea”, S. Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 107-127, pp. 121-122.

<sup>153</sup> Cf. J. Basedow, “A Common Contract Law for the Common Market”, *CMLRev.*, vol. 33, 1996, 1169-1195, p. 1185.

<sup>154</sup> Cf. J. Linarelli, “The Economics of Uniform Laws and Uniform Lawmaking”, *The Wayne Law Review*, vol. 48, 2003, pp. 1387-1447, p. 1406.

<sup>155</sup> En este sentido, K. Lantermann y H.B. Schäfer, “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 7, reconocen que el idioma puede ser una barrera de entrada a la competencia, que perjudica típicamente a los sistemas de países cuyo idioma no es el inglés.

jurídicos, como es la disponibilidad de información precisa por parte de los operadores sobre el contenido de los diferentes ordenamientos, como consecuencia de la diversidad cultural y del alcance de la difusión de información sobre el contenido de los ordenamientos de los Estados miembros, que contrasta con la difusión “nacional” en EEUU de la doctrina y de la jurisprudencia incluso de carácter estatal.

57. Tampoco los factores determinantes del riesgo de la llamada *race to the bottom* (carrera a la baja) parecen estar presentes en la UE en los mismos términos que en el sistema federal de EEUU, normalmente tomado como referencia y donde ese particular riesgo ha alcanzado especial relevancia en el ámbito del Derecho de sociedades. Para que ese negativo fenómeno se produzca con intensidad es necesario que se den ciertos factores presentes en EEUU y que no concurren normalmente de manera similar en el seno de la UE. Entre tales factores, se encuentra la coexistencia de un gran número de jurisdicciones (si bien los sucesivos procesos de ampliación de la UE tienden a aproximar la situación a la prevalente en EEUU) y, sobre todo, un conocimiento preciso por parte de los operadores y de los reguladores de todos los ordenamientos en competencia<sup>156</sup>.

No obstante lo anterior, sí cabe apreciar que en determinadas materias y bajo ciertas circunstancias una significativa competencia entre ordenamientos puede tener lugar en el seno de la UE. Por ejemplo, ese puede ser el caso cuando se trata de la fijación del lugar de establecimiento dentro de la UE de la filial de una empresa de un tercer Estado a través de la cual ésta pretende operar en el conjunto de la UE, en materias en las que el criterio del país de origen opera con amplitud, como sucede, en el marco de la Directiva 2000/31/CE, con los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio de que la vinculación de la competencia entre ordenamientos con la armonización mediante directivas permite la existencia de distorsiones como consecuencia de la incorrecta o tardía transposición de las directivas<sup>157</sup>. Al mismo tiempo, la doctrina del TJCE a partir de su decisión en el asunto *Centros*<sup>158</sup>, que favorece el criterio de la constitución, reduce también los costes asociados al movimiento intracomunitario de determinadas personas jurídicas y

---

<sup>156</sup> Cf. C. Barnard, “Social Dumping and the Race to the Bottom: Some Lessons for the European Union from Delaware?”, *European Law Review*, vol. 25, 2000, pp. 57-78, pp. 65-66.

<sup>157</sup> Cf. N. Reich, “Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?”, *CMLRev*, vol. 29, 1992, pp. 861-896, pp. 877-878.

<sup>158</sup> El criterio que inspira la decisión del TJCE en el asunto C-212/97, *Centros*, ha sido reafirmado con posterioridad, en particular, en las STJCE de 9 de noviembre de 2002, as. C-208/00, *Überseering*; y de 30 de septiembre de 2003, as. C-167/01, *Inspire Art*.



favorece la competencia entre ordenamientos<sup>159</sup>.

## 2. Armonización jurídica y aplicación de la ley de origen.

58. Como alternativa (o complemento) a la intervención centralizada mediante normas de armonización de las legislaciones materiales para evitar la aplicación de medidas nacionales restrictivas, ha adquirido particular relevancia en el ámbito de la UE el llamado principio de reconocimiento mutuo o criterio de origen<sup>160</sup>. Este criterio favorece la libre circulación de bienes y prestación de servicios en un mercado integrado en situaciones en las que existen reglas diferentes en los diversos países implicados. La existencia de reglas diferentes deja de ser un obstáculo en la medida en que las empresas establecidas en un Estado miembro que comercializan productos o servicios en cualquier Estado miembro pueden hacerlo libremente –sin tener en cuenta las reglas vigentes en los diferentes Estados de comercialización– siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley del país de origen (típicamente el Estado miembro de su establecimiento).

Por lo tanto, una regla de conflicto basada en el criterio de la ley de origen evita la necesidad de comparar en cada caso las legislaciones materiales implicadas para concretar cuál es más favorable y elimina el riesgo de fragmentación inherente a la aplicación de las legislaciones de varios Estados, lo que favorece la previsibilidad y seguridad jurídica<sup>161</sup>. La posibilidad de que la regla de conflicto lleve en casos concretos a la aplicación cumulativa de las leyes de un gran número de países se ha considerado tradicionalmente una pesada carga para el responsable de las actividades. Desde la perspectiva de la configuración de las normas de conflicto, una localización unitaria en el país de origen tiene la ventaja de que favorece la seguridad jurídica y la previsibilidad en la determinación de la ley aplicable.

La justificación del criterio de origen es básicamente reducir los

---

<sup>159</sup> Pese a la importancia de esa evolución, otros factores que tradicionalmente han determinado que el contexto de la UE fuera muy diferente al de EEUU en esta materia, limitando la competencia entre ordenamientos, todavía subsisten, como la tendencia de la legislación societaria a tutelar intereses distintos a los de la propia sociedad (trabajadores, inversores, acreedores... incluso el interés general), aspectos fiscales o la grandes diferencias en la estructura del capital social entre las sociedades cotizadas de Europa continental y EEUU, *vid.* H. Merkt, “Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des Wettbewerbs der Gesetzgeber”, *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 545-568, pp. 554-567.

<sup>160</sup> *Vid.* M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, pp. 47-102.

<sup>161</sup> *Cf.* P. Mankowski, “Das Herkunftslandprinzip des E-Commerce-Rechts als Internationales Privatrecht”, *EWS*, vol. 13, 2002, pp. 401-410, p. 402.

costes de información globales o conjuntos, al considerar que el oferente es quien demanda más información jurídica, por lo que al aplicar su derecho se reducen los costes globales de información jurídica, lo que facilita que se convierta en una alternativa para la integración frente a la armonización material y sus elevados costes. Pero esta justificación sólo se mantiene en la medida en que no existan externalidades o asimetrías contractuales, como las que se producen cuando uno de los contratantes se encuentra en una posición en la que no dispone de la información relevante, como sucede típicamente en aquellos supuestos en los que una de las partes es un consumidor o en materia de daños extracontractuales, lo que puede justificar la opción por una regla de conflicto que lleve a aplicar la ley de destino o el desarrollo de la armonización material que fije un mínimo de protección común<sup>162</sup>.

59. En el ámbito de la UE determinadas circunstancias contribuyen en el contexto actual a que el principio de reconocimiento mutuo pueda tener un potencial integrador superior al de la armonización de las legislaciones materiales. En primer lugar, la experiencia de décadas muestra que los avances en la armonización se producen con lentitud y tienen un alcance limitado. Además, la rápida evolución del entorno tecnológico y empresarial menoscaba la eficacia de procedimientos de adopción de normas tan lentos como los que son propios de la armonización comunitaria. Por otra parte, las tradiciones culturales y contextos sociales entre los países de la UE actual varían de manera significativa, por lo que el sacrificio, desde el punto de vista de la renuncia a sus preferencias por ciudadanos de distintos países, inherente a la armonización legislativa puede ser muy elevado, lo que puede favorecer la adopción de criterios más respetuosos con las diferentes preferencias y sensibilidades existentes en el seno de la UE.

El impacto liberalizador de este criterio es claro, pues elimina los costes asociados a la exigencia del cumplimiento de legislaciones diversas, al tiempo que es un factor determinante de la competencia entre ordenamientos, en la medida en que deja en manos de los potenciales clientes la posibilidad de seleccionar entre productos o servicios que cumplen los estándares de diferentes países (lo que determina que puedan tener características –y precios- distintos), al tiempo que también dota de particular importancia al marco regulatorio existente en cada país como factor condicionante del lugar de establecimiento de una empresa. Por ello, el criterio de reconocimiento mutuo lleva al ámbito político de ordenación de un mercado integrado, valores asociados normalmente al

---

<sup>162</sup> Vid. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, “Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *Pacis Artes. Obra homenaje al prof. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1786-1813, pp. 1798-1802.

funcionamiento de un mercado competitivo, lo que se corresponde con el tradicional apoyo de este criterio desde una perspectiva liberal<sup>163</sup> y con la configuración de la integración europea como un proceso básicamente económico y no político.

60. El criterio de la ley de origen tiene como objetivo básico facilitar los intercambios comunitarios, al hacer posible que las empresas puedan comercializar sus productos o servicios en los diferentes Estados de la UE sin tener que adaptarse a las exigencias de cada uno de sus ordenamientos jurídicos. Entre quienes se oponen a ese criterio se destaca que la realidad muestra que, al menos en ciertas materias, ese criterio no es determinante para reducir los costes de transacción de la actividad transfronteriza intracomunitaria ligada a la diversidad de legislaciones, pese a ser esa su principal justificación.

En ese sentido, se señala que lo que sucede es que, como no desaparece la diversidad jurídica, ese criterio implica básicamente un cambio en quien debe soportar tales costes, que deja de ser el proveedor del bien o el prestador del servicio, para pasar a ser el destinatario de los mismo (que es quien debe asumir el coste de, en función del lugar de origen, conocer las concretas reglas jurídicas aplicables, que no coincidirán con las de su propio ordenamiento, que es el del país de destino)<sup>164</sup>.

Por ello, se ha puesto de relieve que el criterio de la ley de origen tiende a desplazar los costes (de información) asociados a la contratación a la parte con menos recursos, pues normalmente las empresas que ofertan sus productos o servicios a escala europea se encuentran en mejor posición para conocer las legislaciones de los diversos Estados miembros relevantes que el adquirente de los productos o servicios (típicamente en la medida en que se trate de un consumidor) para conocer los ordenamientos de los diversos países en los que están establecidos los oferentes, lo que tiene particular relevancia en el contexto actual que facilita la contratación

---

<sup>163</sup> Para un planteamiento un tanto extremo, destacando las dificultades de la consolidación del criterio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la UE y promoviendo la adopción del mismo en la aplicación del sistema federal de EEUU, en el que no se proclama con carácter general un criterio semejante en relación con la libre circulación de bienes y de servicios, *vid.* M.S. Greve, “New Insights from the Old Continent”, *Federalist Outlook*, 1 de enero de 2002, *passim*.

<sup>164</sup> *Vid.* V. Heuzé, “De la compétence de la loi du pays d’origine en matière contractuelle ou l’anti-droit européen”, *Le droit international privé: esprit et méthodes (Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde)*, París, 2005, pp. 393-415, pp. 398-399. En todo caso, ciertas conclusiones de este artículo resultan escasamente fundamentadas, como la afirmación (p. 400) de que con carácter general en el ámbito del DIPr la regla que genera costes de transacción más importante es el principio de autonomía de la voluntad (sin perjuicio de que después parezca limitar esa afirmación a los supuestos de contratos con una parte débil).

internacional de consumo en situaciones en las que el consumidor no se desplaza de su domicilio<sup>165</sup>.

61. El criterio basado en la aplicación de la ley de origen facilita una tendencia a reducir los niveles de protección con el propósito de no perjudicar a las empresas establecidas en el territorio nacional, al tiempo que opera como incentivo para que las empresas se establezcan en los países con menores niveles de protección. Además, las autoridades del país de origen pueden no hallarse en una posición apropiada para enjuiciar actividades dirigidas a otros mercados, por su desconocimiento de las circunstancias e incluso del idioma del mercado de destino<sup>166</sup>. Por lo tanto, normalmente, la evolución a favor del criterio del país de origen sólo parece posible en la medida en que exista un nivel de uniformización jurídica entre los países implicados que proporcione a los países de destino la garantía de que mediante la aplicación de la ley del país de origen no se menoscabarán los estándares mínimos de protección de los consumidores y de lealtad en el desarrollo de la actividad concurrencial. En ese sentido, el criterio de la ley de origen se configura como un complemento apropiado de la armonización material, con respecto aquellas cuestiones que han sido objeto de uniformización.

El principio de reconocimiento mutuo no constituye una “metanorma” reguladora de la competencia normativa entre territorios. Por ejemplo, en relación con la fijación de reglas mínimas sobre calidad de productos para proteger a los consumidores, la aplicación del criterio de origen determina que las reglas nacionales pierdan en la práctica su carácter imperativo (con respecto a las empresas establecidas en el resto de los Estados miembros), pues el consumidor puede elegir entre los diversos estándares nacionales que compiten entre sí (si bien para asegurar el cumplimiento del objetivo de protección de los consumidores perseguido es muy importante que el consumidor disponga de información suficiente como para poder comparar esos estándares, lo que en el ámbito comunitario contrasta con el reducido nivel de información acerca de los ordenamientos de ciertos Estados que tienen los operadores de otros Estados miembros). El criterio de origen facilita que los clientes puedan optar entre diferentes estándares nacionales, pero transforma la legislación nacional sobre protección de los consumidores en legislación nacional para los productores locales.

Esta situación parece difícilmente justificable desde la perspectiva económica y lleva consigo el riesgo de discriminación a la inversa, pues puede suceder que sólo los productores locales –y no los demás que

---

<sup>165</sup> Cf. J. Linarelli, “The Economics...”, *loc. cit.*, p. 1410.

<sup>166</sup> Cf. H.J. Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie”, *Computer und Recht*, vol. 16, 2000, pp. 835-841, p. 837.

operan en ese mercado- estén obligados a cumplir con los estándares nacionales, lo que puede causar distorsiones de la competencia. Ese riesgo se evitaría cuando no sólo los clientes sino también los productores pudieran optar entre los diferentes estándares sin tener que desplazar sus instalaciones<sup>167</sup>.

62. Desde hace años ha existido un intenso debate con respecto a la pretensión de fundar en las normas del TCE sobre las libertades comunitarias una regla conflictual implícita que imponga la aplicación de la ley de origen en materias de Derecho privado<sup>168</sup>. Como ha quedado ya señalado, tal opción no resulta admisible con carácter general, pues cabe entender que las libertades comunitarias de circulación de mercancías y prestación de servicios repercuten sobre la regulación de las actividades tranfronterizas no a través de la creación de una norma de conflicto específica para las actividades intracomunitarias sino como correctivo en la aplicación de la regla de conflicto, que puede exigir que la ley designada sea desplazada por la del Estado miembro de origen en la medida en que aquélla contenga restricciones contrarias a las libertades comunitarias<sup>169</sup>.

Por otra parte, la posibilidad de apreciar la presencia de una regla de conflicto de esa naturaleza se ha considerado inadmisibile, en tanto que radicalmente incompatible con el modelo democrático común a todos los Estados de la UE, que choca con la apreciación de “reglas implícitas” a partir del contenido de disposiciones en vigor desde hace mucho años, sin que nadie hubiera advertido su presencia<sup>170</sup>. Con esta misma orientación, se destaca que la doctrina *Cassis de Dijon* debe ser apreciada teniendo en cuenta el criterio del asunto *Keck*, que excluye en principio que las reglas que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta constituyan medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, y que, en todo caso, la jurisprudencia *Cassis de Dijon* más que la aplicación del criterio de origen, lo que hace es establecer un criterio de equivalencia entre las condiciones de acceso de las mercancías a los mercados nacionales de todos los Estados miembros, con carácter multilateral, pues basta con que se cumplan las exigencias impuestas por la legislación de cualquiera de ellos, de manera que impone una presunción de equivalencia que se limita

---

<sup>167</sup> W. Kerber, “Interjurisdictional Competition within the European Union”, *Fordham International Law Journal*, vol. 23, 2000, pp. 217-249, pp. 241-243.

<sup>168</sup> Vid. W. Drasch, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, Baden-Baden, 1997, pp. 209-361.

<sup>169</sup> Vid., v. gr., M. Fallon y J. Meeusen, “Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition”, *Yearbook PIL*, vol. 4, 2002, pp. 37-66, pp. 50-65.

<sup>170</sup> Vid. V. Heuzé, “De la compétence...”, *loc. cit.*, p. 405.

exclusivamente a normas jurídico-públicas, por lo que no se proyecta sobre el Derecho privado<sup>171</sup>.

63. La controversia ha alcanzado también gran trascendencia al hilo de la interpretación de las normas de varias directivas recientes, como la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (arts. 1.4 y 3) y la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales (art. 4), así como al hilo de alguna otra actualmente en tramitación, en concreto la la Propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, de 2004<sup>172</sup>.

Precisamente, la modificación de la segunda durante su proceso de elaboración, de manera que el artículo 4 de la versión final de la Directiva 2005/29/CE se limita a establecer que los Estados miembros “no restringirán la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva”, parece venir a confirmar la interpretación que parece más apropiada en relación con la Directiva 2000/31/CE, teniendo en cuenta que esta sólo procede a armonizar aspectos puntuales de las materias que incluye dentro de su ámbito coordinado sobre el que se proyecta el principio de reconocimiento mutuo recogido en su artículo 3 y al que parte de la doctrina ha pretendido atribuir significado conflictual.

Aunque una trasposición de la Directiva 2000/31/CE que establezca el carácter conflictual del criterio de origen también podría ser considerada correcta, una interpretación sistemática del principio de origen de su artículo 3, su artículo 1.4, el párrafo 23 del preámbulo, y el alcance del principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior, lleva a entenderlo en el sentido de que no impone un mandato conflictual. Esta interpretación se traduce en que los tribunales han de aplicar la ley designada conforme a las normas generales de DIPr, si bien las disposiciones de ese ordenamiento serán desplazadas (por las del Estado miembro de establecimiento del prestador) en la medida en que su aplicación resulte contraria a las exigencias del Derecho comunitario, por imponer restricciones en el ámbito coordinado no previstas en el Estado miembro en el que está establecido el prestador. Por lo tanto, según este planteamiento, los objetivos de la Directiva no exigen que el criterio de la ley de origen tenga la naturaleza y alcance propios de una regla de conflicto, sino que tiene principalmente un significado material<sup>173</sup>. Este criterio también se proyecta sobre el significado de la regla sobre el

---

<sup>171</sup> Vid. V. Heuzé, “De la compétence...”, *loc. cit.*, pp. 411-412.

<sup>172</sup> COM(2004) 2 final.

<sup>173</sup> Vid. K.H. Fezer y S. Koos, “Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die E-commerce Richtlinie”, *IPRax*, vol. 20, 2000, pp. 349-354, p. 352; H.J. Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip...”, *loc. cit.*, pp. 837-838; y A. Ohly, “Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht”, *GRUR Int*, vol. 50, 2001, pp. 899-908, pp. 902-903.

mercado interior del artículo 4 de la Directiva 2005/29/CE, resultando la existencia de una armonización de máximos en la materia determinante de la imposibilidad de aplicar restricciones que entren en conflicto con la Directiva.

En la misma línea, cabe señalar que la (provisional) supresión de la regla que preveía la aplicación del principio de país de origen con un alcance amplísimo de la Propuesta de directiva sobre servicios, se corresponde con que el contenido de la directiva no proporciona un nivel de armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la materia que evite las importantes distorsiones que podría acarrear una remisión conflictual tan amplia con respecto a las actividades de prestación de servicios en un entorno tan diverso como el de las legislaciones de los Estados miembros de la UE en las materias que forman parte del ámbito coordinado, que excede con mucho las concretas cuestiones que son objeto de armonización en la Propuesta de Directiva.

### *3. Importancia de la unificación conflictual en el ámbito comunitario*

64. La unificación de las normas de DIPr y la unificación de las normas materiales jurídico-privadas responden a planteamientos claramente diferentes<sup>174</sup>. La primera tiene como objetivo lograr un nivel de coordinación que permita que la pervivencia de la diversidad en materia de Derecho privado resulte compatible con el logro de los objetivos de la UE, para lo que la experiencia de EEUU en el desarrollo de textos uniformes, puede resultar de gran utilidad. El alcance del DIPr como instrumento de integración resulta limitado, en primer lugar porque se basa en la posibilidad de aplicar un derecho extranjero, lo que implica la necesidad de conocerlo previamente y de aplicarlo de manera adecuada, lo que es una tarea compleja y que introduce grandes dosis de inseguridad jurídica. En segundo lugar, porque el juego normal de las reglas de conflicto en materia contractual, y en particular la posibilidad de seleccionar la ley aplicable, no se proyecta sobre las normas internacionalmente imperativas.

Ahora bien, desde la perspectiva internacionalprivatista la creciente defensa de la unificación del Derecho privado a nivel comunitario no deja de suscitar ciertas paradojas, no tanto porque se trata de un proceso que limitaría decisivamente el significado de las normas sobre ley aplicable, sino sobre todo por otros motivos. En el ámbito europeo se ha venido marginando el desarrollo de normas de DIPr que partan de las peculiaridades de las situaciones transfronterizas propias de un mercado integrado –sobre el que típicamente a nivel europeo se proyectan normas

---

<sup>174</sup> Cf., v.gr., P. De Vareilles-Sommières, “La communautarisation...”, *loc. cit.*, p. 782.

sobre ley aplicable diseñadas para las relaciones transfronterizas internacionales (extracomunitarias)- en contraste con la situación en EEUU donde las normas sobre conflictos de leyes se diseñan para dar respuesta en primer lugar a las cuestiones interestatales<sup>175</sup>.

65. Frente a la pretensión de una unificación a escala comunitaria de las normas materiales en amplias parcelas del Derecho privado parece preferible una solución, que junto a un cierto nivel de armonización de las legislaciones materiales en sectores donde exista una especial necesidad de armonización, respete la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos en la Unión Europea y asegure un nivel razonable de coordinación, mediante la unificación de las normas sobre determinación de la ley aplicable<sup>176</sup>. La necesidad de armonización jurídico-privada en un mercado integrado no es equiparable a la urgencia por eliminar restricciones y distorsiones de Derecho público.

Suprimidas las barreras administrativas y de Derecho público, lo determinante para la participación de las empresas en el extranjero dentro del mercado integrado, no es tanto la coincidencia normativa con la situación existente en el Estado de procedencia como la adecuación funcional y la previsibilidad del ordenamiento extranjero<sup>177</sup>, objetivo para el que cabe recurrir -con un sacrificio mucho menor para la diversidad jurídica- a la unificación de las normas de DIPr, al tiempo que se trata de un planteamiento más acorde con los límites al ejercicio de las competencias comunitarias establecidos en el artículo 5 TCE, especialmente con el principio de proporcionalidad. En comparación con la uniformización material, la integración jurídica por medio de reglas de los diversos sectores de DIPr implica una distorsión menor de los ordenamientos nacionales afectados y supone una actividad más sencilla, respetuosa con la diversidad en el contenido material de los ordenamientos y la igualdad entre éstos, y que puede resultar suficiente para garantizar el nivel de seguridad jurídica de las relaciones privadas transfronterizas requerido para el buen funcionamiento del mercado interior.

66. En los procesos de integración jurídica, la unificación de las reglas de conflicto frente a la uniformización de las legislaciones

---

<sup>175</sup> Cf. S. Grundmann, “Internationales Privatrecht als Verfassungsordnung”, *RIW*, vol. 48, 2002, pp. 329-343, pp. 330-331.

<sup>176</sup> Cf. W. Fikentscher, “Harmonizing National and Federal European Private Laws, and a Plea for a Conflicts-of-law Approach”, M. Bussani y U. Mattei (eds.), *The Common Core of European Private Law*, La Haya, Kluwer, 2003, pp. 43-48, p. 48 quien además pone de relieve la necesidad de excluir la aplicación del reenvío.

<sup>177</sup> Cf. H.W. Hinz, “Das Interesse der Wirtschaft an einer Europäisierung des Privatrechts”, *ZEuP*, vol. 2, 1994, pp. 553-558, pp. 553-554.



materiales ha estado tradicionalmente asociada a ciertas ventajas<sup>178</sup>. En primer lugar, que el impacto en los sistemas jurídicos nacionales es mucho menor que el que pudiera tener la unificación de parcelas significativas del Derecho privado (especialmente si las reglas materiales creadas fueran de aplicación tanto a las relaciones transfronterizas como a las meramente internas). En el contexto de la integración europea<sup>179</sup>, frente a la pretensión de uniformar amplias parcelas del Derecho privado material, en la medida en que proporcione el nivel de seguridad jurídica necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior la unificación de las normas de DIPr, que puede ir unida a la uniformización parcial de normas materiales, resulta en principio una opción más acorde con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, determinantes del ejercicio de sus competencias por la Comunidad (art. 5 TCE)<sup>180</sup>. Además, esa opción permite salvaguardar la identidad cultural –de conformidad con el mandato de respeto de la identidad nacional de los Estados miembros (art. 6.3 TUE)- y favorece la eventual mejora de la regulación unida a la posibilidad de experimentación derivada de la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos.

Aunque en ocasiones pueda también resultar muy difícil, el proceso para la creación de normas uniformes sobre derecho aplicable es mucho más sencillo que el requerido para unificar las normas materiales en el ámbito del Derecho privado<sup>181</sup>, como ilustra precisamente la experiencia de la UE en el ámbito de las obligaciones contractuales. La unificación de las normas de DIPr constituye una alternativa mucho más sencilla de alcanzar que la unificación de las normas materiales y aporta mejoras significativas con respecto a la situación previa al conducir normalmente a soluciones más eficientes. Clave para que el logro de acuerdos sobre la unificación de las reglas de DIPr sea más sencillo que lo relativo a las normas materiales es que el alcance de los acuerdos es mucho más general, lo que conduce a que las reglas unificadas favorezcan y perjudiquen a operadores dentro de cada uno de los países, lo que facilita que éstos puedan prestar su consentimiento sin necesidad de

---

<sup>178</sup> Vid. P. Hay, O. Lando y R.D. Rotunda, "Conflict...", *loc. cit.*, pp. 168-174; E. Jayme, "Ein Internationales Privatrecht für Europa", *Ein Internationales Privatrecht für Europa*, Heidelberg, 1991, pp. 5-23, p. 7; y J. Taupitz, "Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?", *JZ*, vol. 48, 1993, pp. 533-539, pp. 538-539; y H. Koch, "Private International Law: A Soft Alternative to the Harmonisation of Private Law?" *ERPL*, vol. 3, 1995, pp. 329-342, pp. 336-339.

<sup>179</sup> Vid. H. Duintjer Tebbens, "Private International Law and the Single European Market: Coexistence or Cohabitation?", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 49-69, pp. 61-69

<sup>180</sup> Vid. M. Rohe, "Binnenmarkt oder Interessenverband? (Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag)", *RabelsZ*, vol. 61, 1997, pp. 1-85, pp. 58-62.

<sup>181</sup> Vid. S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pp. 193-292.

contraprestaciones específicas<sup>182</sup>, lo que sí puede ser imprescindible para la uniformización de normas materiales (como refleja la experiencia en materia de regulación de la propiedad intelectual en el marco de la OMC, con el Acuerdo ADPIC).

67. En todo caso, la unificación de las reglas de DIPr reduce la incertidumbre y favorece la previsibilidad, pero sólo hasta cierto punto. Precisamente es la pervivencia de ciertos factores de incertidumbre la desventaja principal de la mera unificación de las reglas de conflicto, como muestran los problemas relativos a la aplicación de un derecho extranjero -materia en la que, como ya ha quedado señalado, entre los Estados miembros de la UE no existe un criterio único- o la tendencia a aplicar mecanismos correctores que favorecen la aplicación de la ley del foro. En todo caso, la formulación de las reglas de DIPr unificadas -de carácter rígido-, su interpretación respetuosa con el objetivo de integración (vinculado a la especial importancia de la previsibilidad y la seguridad jurídica) y la progresiva uniformización jurídica en el ámbito comunitario facilitan una limitación de la tradicional incertidumbre asociada a la unificación de las reglas de DIPr.

Por otra parte, no cabe desconocer que las reglas de DIPr como instrumentos normativos presentan limitaciones cuando lo que se pretende es lograr los objetivos importantes de políticas materiales<sup>183</sup>, lo que se corresponde con el dato de que la unificación de las reglas de DIPr no excluye la uniformización de las normas materiales, especialmente en sectores en los que esas políticas son muy intensas, como sucede con la protección de los consumidores.

68. Clave al valorar la particular relevancia que la unificación de las reglas sobre derecho aplicable presenta en la UE es el dato de que el contexto de diversidad jurídica existente en materia de Derecho privado en el ámbito comunitario presenta significativas divergencias con la situación existente en EEUU, lo que condiciona la importancia de un sistema conflictual unificado -y de fácil aplicación uniforme- para el funcionamiento de un mercado interior.

En EEUU la pervivencia de un sistema conflictual caracterizado por su diversidad y extraordinaria complejidad va unida a la existencia de un grado de coherencia entre los ordenamientos jurídicos que coexisten en aquel sistema mucho mayor que el que resulta de la comparación de los

---

<sup>182</sup> Cf. A.T. Guzman, “Choice...”, *loc. cit.*, pp. 932-933.

<sup>183</sup> Vid. C. Joerges, “The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines - an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts”, *ERPL*, vol. 3, 1995, pp. 175-191, pp. 186-188, quien habla de “*integration policy deficits of private international law*”.

derechos privados de los Estados de la UE<sup>184</sup>, lo que reduce la trascendencia de las cuestiones de derecho aplicable en el sistema estadounidense.

Ese nivel de coherencia resulta básicamente de factores que no están presentes en el ámbito comunitario y que facilitan los análisis en clave de derecho “nacional” –es decir, referidos al conjunto de EEUU- incluso en las materias reguladas a escala estatal. Se trata de elementos no sólo no presentes en el ámbito comunitario sino también cuyo desarrollo no parece previsible a corto plazo en el seno de la UE.

Entre esos factores presentes en EEUU cabe retener los siguientes: la homogeneidad cultural y la común la tradición jurídica a la que –con alguna excepción aislada- pertenecen todos esos ordenamientos; la orientación “nacional” y no estatal de la doctrina y la enseñanza del derecho, facilitada precisamente por el alcance de su difusión; el impacto “nacional” de la jurisprudencia, incluso de la estatal, determinante en las materias regidas por el derecho estatal; la presencia de un importante entramado institucional que hace posible la elaboración de textos legales uniformes, principalmente en el seno de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL); así como, en lo que afecta a las materias más directamente vinculadas con la ordenación del mercado, el dato de que –a diferencia de la situación en la UE- en EEUU la ejecución de las políticas federales se lleva a cabo directamente por agencias federales que tienen atribuido poder regulatorio, como ilustra, entre otras, la actividad de la *Federal Trade Commission* en materia de protección de los consumidores.

---

<sup>184</sup> Vid., M. Reimann, “Amerikanisches Privatrecht und europäische Rechtseinheit – Können die USA als Vorbild dienen?”, R. Zimmermann (Hrsg.), *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht (Impressionen aus der Neuen Welt)*, Tübinga, 1995, pp. 132-155; y M.A. Eisenberg, “The Unification of Law”, M. Bussani y U. Mattei (eds.), *The Common Core of European Private Law*, La Haya, 2003, pp.35-42.