

# **DIVERSIDAD JURÍDICA Y UNIDAD DE MERCADO: EL SISTEMA FEDERAL DE EEUU Y LA UNIÓN EUROPEA**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO \*

Publicado en:

*Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, núm. 20  
(Décimo aniversario), 2006, pp. 41-69

\* 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**

The comparison between the evolution of the US federal system and the EU integration process shows significant similarities and differences concerning important issues such as the distribution of competences between the central power and the States, and the instruments available to coordinate the legal orders involved. The study focuses especially on the requirements related to the existence of a united market and its implications for the establishment of uniform rules concerning commercial matters.

**Keywords:** Distribution of Competences, Federalism, Market Unity, Commercial Law, Relations between Legal Orders

## **RESUMEN**

La comparación entre la evolución del sistema federal de EEUU y el desarrollo de la UE muestran semejanzas e importantes contrastes en lo relativo tanto a la distribución de competencias entre el poder central y los Estados como en los mecanismos de relación y coordinación entre los ordenamientos implicados. Especial atención reciben las cuestiones relativas al logro de la unidad de mercado y el establecimiento de normas uniformes en el ámbito comercial.

**Palabras claves:** reparto de competencias, federalismo, unidad de mercado, legislación mercantil, relaciones entre ordenamientos

## DIVERSIDAD JURÍDICA Y UNIDAD DE MERCADO: EL SISTEMA FEDERAL DE EEUU Y LA UNIÓN EUROPEA

### SUMARIO

I. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS EN EEUU. 1. *Reparto competencial*. 2. *Supremacía, preemption y evolución hacia un federalismo cooperativo*. 3. *Cláusula de comercio y unificación legislativa*. II. CONTRASTE CON LA UNIÓN EUROPEA. 1. *Atribución de competencias y subsidiariedad en la UE*. 2. *Impacto del mercado interior y alcance de la integración*. 3. *Unidad de mercado y límites a las legislaciones estatales*. III. MECANISMOS DE UNIFORMIZACIÓN JURÍDICA. 1. *Legislación federal y coordinación entre Estados*. 2. *Evolución en el seno de la UE*. IV. PLURALISMO NORMATIVO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. *Fragmentación del sistema conflictual en EEUU*. 2. *Unificación de las reglas de conflicto en el modelo europeo*.

### I. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS EN EEUU

#### 1. *Reparto competencial*

1. Como es propio de un sistema federal, la competencia legislativa en EEUU se halla repartida entre el poder central federal y los Estados que forman la Unión. Por lo tanto, el Derecho federal coexiste con los derechos estatales, al tiempo que junto a la organización jurisdiccional federal cada Estado tiene su propia jurisdicción estatal. Punto de partida para deslindar las relaciones entre esos ordenamientos y esas organizaciones jurisdiccionales es el dato de que el poder federal tiene asignadas una serie limitada de competencias, que aparecen enumeradas de modo muy escueto en la Constitución de EEUU, por lo que en principio todas sus actuaciones deben encuadrarse en alguna de las competencias constitucionales<sup>1</sup>. Las competencias federales se encuentran básicamente en la enumeración de competencias del Congreso contenida en la sección 8 del artículo I de la Constitución de EEUU, aunque cabe encontrar otras competencias, por ejemplo, entre las atribuciones del Presidente (art. II) y

---

\* Este trabajo ha sido realizado en parte en el marco de una estancia como *Visiting Scholar* en la Harvard Law School (Massachusetts, EEUU) durante 2006, financiada por el Real Colegio Complutense.

<sup>1</sup> *Vid.* M.K. Curtis, J.W. Parker, D.M. Douglas y P. Finkelman, *Constitutional Law in Context*, vol. I, Durham, 2003, pp. 59-548. Conforme a la décima enmienda, los poderes que la Constitución no delega en las autoridades federales y no prohíbe a los Estados quedan reservados a éstos.

las relativas al ámbito jurisdiccional (art. III), que deja un amplio margen al Congreso para fijar el régimen (organización, procesos, etc.) de los tribunales federales. El poder central dispone también de importantes competencias con respecto a las relaciones exteriores.

Clave en la atribución de competencias a la Federación es 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). La interpretación hecha de esta cláusula por el Tribunal Supremo de EEUU (TS) ha llevado a que, junto con los derechos fundamentales, el de la economía constituya el ámbito más importante de competencias de la Federación<sup>2</sup>. Por su parte, la *Necessary and Proper Clause* (art. II.8.18) es determinante de la atribución al poder central de las competencias implícitas necesarias para realizar por todos los medios los objetivos legítimos relacionados con cualquiera de las competencias enumeradas en la Constitución<sup>3</sup>.

2. Desde los orígenes de la Federación ha existido una marcada tendencia al desplazamiento de competencias desde los Estados al Gobierno nacional<sup>4</sup>, que se vincula con la progresiva integración de las economías locales en una economía nacional. El TS de EEUU, especialmente desde los años 30 del siglo XX favoreció de manera sistemática esa tendencia, que se ha traducido en la expansión del Derecho legislado federal y del poder regulatorio de ciertas agencias federales (como la *Federal Trade Commission* y la *Securities and Exchange Commission*).

La expansión del poder central determina que el principio según el cual el Congreso sólo ejerce las competencias que le han sido delegadas se haya convertido en una mera ficción en el sistema federal de EEUU<sup>5</sup>. En la práctica, el TS durante décadas se limitó a dar por buena la valoración del propio Congreso acerca de que la cuestión regulada afectaba al comercio interestatal o a alguna de las competencias federales. La imprecisa jurisprudencia del TS sobre la cláusula de comercio ha contribuido a que

---

<sup>2</sup> Cf. I. Borrajo Iniesta, *Federalismo y unidad económica (La cláusula de comercio de la Constitución de EEUU)*, Madrid, 1986, pp. 13-14.

<sup>3</sup> P. Hay y R.D. Rotunda, *The United States Federal System: Legal Integration in the American Experience*, Milán, 1982, pp. 27-28, destacan la semejanza entre las implicaciones de esta cláusula en el constitucionalismo estadounidense y la doctrina de las competencias implícitas desarrollada por el TJCE en su sentencia de 1971 en el asunto 22/70, *ERTA*.

<sup>4</sup> Para un análisis de conjunto, *vid.* T. Sandalow, “The Expansion of Federal Legislative Authority”, T. Sandalow y E. Stein (eds.), *Courts and Free Markets (Perspectives from the United States and Europe)*, vol. I, Oxford, 1982, pp. 49-91; y E. López Aranguren, *El Federalismo americano: las relaciones entre poderes en los EEUU*, Madrid, 1987, pp. 69-121.

<sup>5</sup> Como puso de relieve el Juez Rehnquist en la decisión del TS *Hodel v. Van Surface Mining & Reclamation Ass'n, Inc.*, 452 U.S. 264 (1981), 307.

el reparto de competencias sea objeto de continua controversia<sup>6</sup>.

A partir de la última década del siglo XX se observa una evolución en la jurisprudencia del TS de EEUU, con un mayor énfasis en reforzar las competencias de los Estados frente al poder federal, que se refleja en una interpretación más restrictiva del poder del Congreso para legislar con base en la cláusula de comercio<sup>7</sup>. En este cambio parecen haber influido ciertas tendencias de la globalización que paradójicamente favorecen la descentralización del poder, en la medida en que los Estados (e incluso entidades locales) tratan de competir entre sí para mantener o atraer actividades que contribuyan a la mejora de su economía, para lo que necesitan tener la capacidad de establecer las reglas relevantes. Ahora bien, es claro que otros aspectos de la globalización actual tienden a reforzar el poder central, pues las dimensiones de ciertas necesidades aconsejan la intervención federal así como la cooperación internacional para la que la participación del poder central resulta determinante<sup>8</sup>.

3. De acuerdo con el reparto de competencias de la Constitución de EEUU, las diferentes materias que forman parte del Derecho civil (obligaciones, familia, sucesiones...) y el Derecho mercantil quedan en principio dentro del ámbito legislativo propio de los Estados, sin perjuicio de ciertas competencias atribuidas a las autoridades federales y de la aplicación de los límites constitucionales generales. No obstante, habida cuenta del significado de la cláusula de comercio, el potencial alcance del Derecho federal en el ámbito mercantil resulta controvertido y, si bien la normativa reguladora es típicamente estatal, ha tenido lugar un importante proceso de revisión vinculado a la elaboración de reglas uniformes (al margen de la legislación federal) que sólo resultan

---

<sup>6</sup> *Vid., v. gr.*, D.W. Kmiec, S.B. Presser, J.C. Eastman y R.B. Marcin, *The American Constitutional Order: History, Cases, and Philosophy*, 2.<sup>a</sup> ed., Newark, 2004, pp. 523-631; y D.A. Farber, W.N. Eskridge Jr. y P.P. Frickey, *Constitutional Law (Themes for the Constitution's Third Century)*, 3.<sup>a</sup> ed., St. Paul, 2003, pp. 821-1049. Por primera vez en sesenta años, el TS revisó en 1995 la valoración del Congreso acerca del uso de su poder legislativo con base en la cláusula de comercio *vid.* G.A. Bermann, “Regulatory Federalism: European Union and United States”, *R. des C.*, 1997, t. 263, pp. 9-148, pp. 100-103, con referencia a la decisión de 1995 *United States v. López*.

<sup>7</sup> Ilustrativas son las sentencias del TS en los asuntos *United States v. López* -514 US 549 (1995)- y *United States v. Morrison* -120 S.Ct. 1740 (2000)-. Poniendo de relieve que esta evolución en EEUU presenta cierto paralelismo con la situación en la UE, en concreto la STJCE de 5 de octubre de 2000 -as. C-376/98, *Alemania c. Parlamento y Consejo*- en lo relativo al control de la competencia legislativa del poder central, *vid.* G.G. Howells, “Federalism in USA and EC - The Scope for Harmonised Legislative Activity Compared”, *European Review of Private Law*, vol. 5, 2002, pp. 601-622, pp. 602-603.

<sup>8</sup> *Vid.* A.C. Aman, “The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism, and Democracy”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1998, pp. 769-870, pp. 848-854.

vinculantes en la medida en que son adoptadas por los Estados.

En todo caso, en el Derecho privado –incluido el Derecho internacional privado (DIPr)- se observa tradicionalmente una gran contención normativa por parte de las autoridades federales, que resulta determinante de que cuestiones que constitucionalmente, sobre todo con base en la cláusula de comercio, podrían ser reguladas a nivel federal, continúen en manos de los legisladores estatales.

## 2. Supremacía, preemption y evolución hacia un federalismo cooperativo

4. La cláusula de supremacía (art. VI.2 Const. EEUU)<sup>9</sup> determina que la legislación federal prevalece sobre la estatal. Por su parte, la llamada *preemption doctrine* resulta clave en el reparto vertical del poder entre la Federación y los Estados (o las entidades locales)<sup>10</sup>. El término *preemption* va referido a la posibilidad de que la adopción de una ley federal tenga como efecto excluir (al “ocupar el campo”) la regulación por los Estados en una materia en la que a falta de legislación federal la aplicación de la regulación estatal es legítima<sup>11</sup>, como sucede típicamente en los distintos sectores que forman parte del DIPr. La cláusula de comercio es la fuente principal de *preemptive authority*.

Lo más frecuente en la práctica, sin embargo, es que cuando el Congreso legisla en algún sector tradicionalmente regulado a escala estatal –como es típico de la legislación mercantil- legitime la aplicación de las normas estatales en tanto en cuanto no entren en conflicto con la legislación federal. En tales supuestos, la legislación federal y las legislaciones estatales coexisten en una misma materia. En todo caso, el alcance exacto de la *preemption* puede resultar controvertido, pues la interpretación de las disposiciones del Congreso sobre el particular suele ser problemática<sup>12</sup>. La ausencia de una previsión específica al respecto no implica que una disposición federal no tenga tal eficacia, sino que el alcance de la *preemption* debe ser en tal caso determinado por los tribunales, valorando si la legislación federal excluye la regulación por los derechos estatales de una cuestión, por ejemplo cuando una legislación

---

<sup>9</sup> Que, en virtud de la doctrina recogida ya en las decisiones del TS en los asuntos *McCulloch v. Maryland* -17 US (4 Wheat.) 316 (1819) y *Gibbons v. Ogden* -22 US (9 Wheat.) 1 (1824)- acarrea la nulidad de las normas estatales que entren en conflicto con la Constitución federal, la legislación federal o los tratados internacionales.

<sup>10</sup> *Vid.* S.A. Gardbaum, “The Nature of Preemption”, *Cornell Law Review*, vol. 79, 1994, pp. 767-815, pp. 801-807.

<sup>11</sup> *Cf.* E. Stein y T. Sandalow, “On the Two Systems: an Overview”, T. Sandalow y E. Stein (eds.), *Courts...*, *op. cit.*, pp. 3-45, p. 33.

<sup>12</sup> *Vid.* S.J. Stabile, “Preemption of State Law by Federal Law: a Task for Congress or the Courts?”, *Villanova Law Review*, vol. 40, 1995, pp. 1-91, pp. 5-6.

estatal establece requisitos más estrictos que la legislación federal (por lo que potencialmente podrían ser exigidos de forma cumulativa). La jurisprudencia del TS de EEUU sobre el alcance de la *preemption doctrine* se basa en una valoración casuística de los intereses estatales y federales implicados, a menos que existan indicios claros de la intención del Congreso, pues en tal caso es la voluntad de éste la que determina el alcance de la *preemption*<sup>13</sup>.

5. El sistema tradicional de federalismo dual –caracterizado por la existencia de dos esferas de poder que ejercen sus competencias por separado sin apenas superponerse– desembocó en el área del Derecho de los negocios en una tendencia expansiva del Derecho federal a costa del Derecho estatal. En la segunda mitad del siglo XX el Congreso incrementó extraordinariamente el uso de su poder en el ámbito comercial<sup>14</sup>. El federalismo actual en ese ámbito, sin embargo, se caracteriza por facilitar la regulación conjunta por el Derecho federal y estatal en los más variados sectores, por lo que la legislación federal tiende a configurarse de manera que no excluya por completo la regulación estatal. Resulta habitual que a escala federal se establezcan estándares mínimos u otros regímenes de cooperación que conducen a esa regulación conjunta, cuyos resultados en muchas ocasiones se asemejan a los que en el marco comunitario producen las directivas comunitarias de armonización<sup>15</sup>.

En lo que se refiere a la legislación mercantil, que principalmente ha sido objeto de regulación a nivel estatal, prevalece el criterio de que la regulación federal de una materia mercantil no debe considerarse “*preemptive*” del poder regulatorio estatal, salvo que haya razones claras para ello, como sucede típicamente en los casos en los que por su naturaleza la materia no permita alcanzar otra conclusión o en los que el Congreso haya expresado con claridad que esa es su intención<sup>16</sup>.

### 3. Cláusula de comercio y unificación legislativa

6. La denominada cláusula de comercio aparece recogida en el artículo I de la Constitución de EEUU. En concreto, la cláusula tercera de la sección octava del artículo I atribuye al Congreso la potestad para “regular el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos

---

<sup>13</sup> Vid. P. Hay y R.D. Rotunda, *The United...*, *op. cit.*, pp. 117-126.

<sup>14</sup> Cf. J. Lesser, “The Course of Federalism in America. An Historical Overview”, J.C. Griffith, *Federalism: The Shifting Balance*, Chicago, 1989, pp. 1-43, p. 9.

<sup>15</sup> Vid. A.B. Overby, “Our New Commercial Law Federalism”, *Temple Law Review*, vol. 76, 2003, pp. 297-356, pp. 317-335.

<sup>16</sup> Vid. *Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul* -373 US 132 (1963)-; y *California v. ARC America Corp.* -490 US 93 (1989)-.

Estados”. Conforme a la jurisprudencia del TS de EEUU, esta cláusula cumple una doble función: es determinante de la atribución de algunos de los poderes más importantes de la Federación (cláusula de comercio positiva) y constituye la fuente de los límites más significativos impuestos por la Constitución al poder de los Estados (cláusula de comercio negativa o durmiente).

De la cláusula de comercio derivan límites tanto para la Federación como para los Estados. Por una parte, límites para los Estados en la medida en que la cláusula garantiza la unidad económica, pues es el fundamento del poder federal sobre la economía y es la base para fijar los límites a la posibilidad de que los Estados restrinjan ese comercio, por lo que desempeña un papel semejante al que en la Unión Europea (UE) cumplen las libertades sobre las que se funda el mercado interior. Por otra parte, de la cláusula derivan límites para la Federación, ya que es también garantía del federalismo y del respeto a los poderes de los Estados<sup>17</sup>.

Los derechos estatales tienden a regular el conjunto de la actividad económica, resultando la cláusula de comercio clave para delimitar el ámbito de validez dentro del cual prima la legislación federal y qué cuestiones pueden ser reguladas a nivel estatal. La jurisprudencia del TS de EEUU atribuye un papel predominante a la Federación para determinar las tareas asignadas a la propia Federación y a los Estados en la regulación del mercado. El Congreso puede excluir (haciendo valer la *preemption*) la regulación por los Estados de cuestiones típicamente locales pero que pueden afectar al comercio interestatal<sup>18</sup>. Como consecuencia de la evolución social y técnica, los tribunales consideran que un creciente número de actividades afectan al comercio interestatal y, por lo tanto, pueden quedar sometidas a la legislación federal, de manera que el comercio meramente interno o intraestatal –sometido sólo a la regulación de los Estados- tiende a desaparecer y el control por los Estados de sus economías depende en gran medida de la inactividad o el consentimiento federal, condicionado por la presión política y por criterios económicos, al margen de las limitaciones constitucionales<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Aunque la cláusula de comercio ha servido básicamente para limitar los poderes de los Estados y establecer restricciones a sus legislaciones, también ha sido determinante de la declaración de inconstitucionalidad de legislación federal que excede de los límites de dicha cláusula, como estableció la decisión del TS de EEUU en el mencionado asunto *United States v. Lopez* con respecto a la *Gun-Free School Zones Act* de 1990; *vid.* M. Ballbé y R. Martínez, *Soberanía dual y constitución integradora (La reciente doctrina de la Corte Suprema norteamericana)*, Barcelona, 2003, pp. 61-72.

<sup>18</sup> Cf. la decisión del TS de EEUU *Southern Pacific Co. v. Arizona* -325 US 761, 769 (1945)-.

<sup>19</sup> *Vid.* B.I. Bittker (y B.P. Denning), *Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, Nueva York, 1999, secc. 5.05.



7. El criterio de que la cláusula de comercio implica una competencia exclusiva de la Federación para regular el comercio interestatal no ha sido avalado por el TS, en parte debido a que acarrearía la invalidez de la copiosa legislación estatal relativa al comercio interestatal, incluidas, muy posiblemente, las normas en los diversos sectores del DIPr. La jurisprudencia sobre el alcance de la cláusula de comercio como fundamento de la competencia legislativa del Congreso arranca con la ya reseñada decisión de 1824 en el asunto *Gibbons v. Ogden*, de la que resulta el criterio de que la Federación tiene competencia para regular actividades de carácter local en la medida en que afecten de manera significativa al comercio interestatal. No obstante, tras esa decisión tuvo lugar un empleo muy restrictivo de la cláusula de comercio como fundamento de la legislación federal, pues se impuso una acepción estricta del término comercio, así como el criterio de que la cláusula de comercio sólo se proyectaba sobre actividades intraestatales que afectaran directamente al comercio interestatal<sup>20</sup>.

Asimismo, desde la decisión del TS en el asunto *Cooley v. Board of Wardens*<sup>21</sup>, ha tenido gran influencia un criterio según el cual es preciso diferenciar entre las materias objeto de regulación, para distinguir aquellas que por su naturaleza son nacionales o sólo admiten un sistema o regulación uniforme -cuya ordenación correspondería en exclusiva al Congreso (es decir, a la Federación)- del resto -que pueden ser reguladas por los Estados hasta que el Congreso adopte legislación que desplace a la normativa estatal-<sup>22</sup>. A partir de 1937, en concreto de la decisión del TS en el asunto *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*<sup>23</sup>, se impuso el criterio de que quedan dentro del poder del Congreso las actividades intraestatales que presentan una vinculación tan estrecha con el comercio interestatal que justifica el control de las mismas para proteger ese comercio frente a posibles cargas u obstáculos. Lo determinante es que se pueda apreciar que la actividad tiene un efecto económico significativo sobre el comercio interestatal, con independencia del tipo de actividad y marginando la distinción entre efectos directos e indirectos. Este planteamiento condujo a una ampliación muy significativa de los poderes del Congreso para legislar en una época clave, en la que sirvió para avalar las disposiciones adoptadas en el marco del llamado *New Deal* de finales de los años treinta, sobre importantes aspectos sociales y económicos vinculados al funcionamiento del mercado.

---

<sup>20</sup> Vid. *Schechter Poultry v. United States* -295 US 495 (1935)-.

<sup>21</sup> 53 US (12 How.) 299 (1851).

<sup>22</sup> Acerca de los problemas de aplicación de ese criterio, vid. H. Tschäni, *Der gliedstaatliche Kompetenzbereich in der Aufgabenverteilung des amerikanischen Bundesstaates*, Berna-Francfort, 1982, pp. 134-145.

<sup>23</sup> 301 US 1 (1937).

En los últimos años la preocupación del TS de EEUU por salvaguardar la posición de los Estados se traduce en un mayor control de los poderes del Congreso para legislar con base en la cláusula de comercio<sup>24</sup>. Para determinar que una actividad intraestatal tiene una relación significativa con el comercio interestatal (lo que resulta determinante de la competencia del Congreso) se considera necesario verificar ciertas circunstancias, entre las que se encuentran que se trata de un actividad de naturaleza económica; y que entre la cuestión objeto de regulación y los efectos significativos sobre el comercio interestatal no existe sólo un vínculo muy débil<sup>25</sup>.

8. Concretar si se trata de una actividad económica a esos efectos puede resultar controvertido, pues la cláusula de comercio ha sido utilizada como fundamento para legislar en los más variados sectores<sup>26</sup>. Para fijar el alcance de la cláusula de comercio prevalece una interpretación amplia del término comercio, que comprende los intercambios comerciales y en general el desplazamiento entre Estados de personas y cosas tanto con fin lucrativo como sin él<sup>27</sup>, así como cualquier modalidad de comunicación y de transmisión de información, tanto con finalidad comercial como sin ella<sup>28</sup>, y cualquier actividad que pueda afectar al comercio interestatal. La cláusula de comercio también comprende en principio las actividades de prestación de servicios, sin perjuicio de que en algunos sectores –como servicios financieros y seguros– exista una abundante legislación estatal aplicable normalmente en la medida en que no entre en conflicto con la legislación federal<sup>29</sup>.

La cláusula de comercio va referida a las actividades internacionales y las internas que afectan a varios Estados, quedando al

---

<sup>24</sup> Acerca de esa evolución jurisprudencial, *vid.* F. Vergniolle de Chantal, “La Cour Rehnquist et le fédéralisme aux Etats-Unis: peut-on parler de un projet neofédéral”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 56, 2004, pp. 571-602.

<sup>25</sup> *Vid.* G.G. Howells, “Federalism...”, *loc. cit.*, pp. 616-617.

<sup>26</sup> No obstante, la tendencia restrictiva de los últimos años ha llevado en los mencionados asuntos *López* y *Morrison* a rechazar este fundamento con respecto a la adopción de normas federales sobre control de armas en centros educativos (*López*) y responsabilidad civil derivada de la violencia de género (*Morrison*), si bien sí se ha admitido ese fundamento para la adopción de medidas penales frente al uso de la violencia y la extorsión para el cobro de créditos, *Pérez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971).

<sup>27</sup> En su decisión de 1997 en el asunto *Camps Newfoundland/Owatonna v. Harrison* -520 US 1590 (1997)-, el TS de EEUU declaró que a los efectos de la cláusula de comercio cualquier distinción entre las actividades de empresas y de entidades sin ánimo de lucro carece de fundamento, pues tanto unas como otras son importantes actores en los mercados interestatales.

<sup>28</sup> *Vid., v.gr., United States v. Simpson*, 252 U.S. 465 (1920).

<sup>29</sup> *Vid.* B.I. Bittker (y B.P. Denning), *Regulation...*, *op. cit.*, secs. 3.08 y 3.09.

margen únicamente aquellas cuyo impacto se limita a un concreto Estado sin afectar a ninguno más y sin que se trate de actividades que es necesario regular para hacer efectivos los poderes de la Federación<sup>30</sup>. La potestad de “regular” el comercio se entiende como el poder para fijar las reglas y condiciones relativas al desarrollo de las transacciones comerciales, el libre movimiento a través de los diferentes canales de comercio y los controles necesarios para la protección del interés general y del orden público<sup>31</sup>. El poder de la Federación incluye todas las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de obstáculo al comercio interestatal.

9. La interacción entre el alcance del poder para regular el comercio atribuido a la Federación por la cláusula de comercio y la legislación mercantil resulta controvertida. Aunque desde sus orígenes la cláusula se interpreta en el sentido de que comprende el poder para regular las conductas entre particulares relativas a los diversos actos de comercio<sup>32</sup>, tradicionalmente la legislación mercantil reguladora incluso de las transacciones interestatales ha sido legislación estatal sin que la cláusula de comercio haya desempeñado un papel relevante para liberar al comercio interestatal de las divergencias y contradicciones existentes entre las legislaciones mercantiles estatales, ni para resolver las cuestiones relativas a los conflictos de leyes.

En general, el poder para regular el comercio interestatal que atribuye la cláusula de comercio no ha sido empleado para unificar la legislación mercantil, a pesar de que el poder federal para legislar en esas materias y excluir la aplicación de las legislaciones estatales no resulta controvertido<sup>33</sup>. Salvo la legislación concursal (la Constitución prevé expresamente que la legislación en materia de quiebra es competencia federal) y ciertas excepciones, como la *Federal Bills of Lading Act* de 1916 (así como el impacto de la legislación federal en ámbitos como la protección de los consumidores o el mercado de valores), el conjunto de la legislación mercantil es básicamente estatal y no federal, incluso en

---

<sup>30</sup> Dentro del TS de EEUU han existido posturas diversas acerca de si el poder regulatorio que la cláusula atribuye a la Federación tiene un alcance mayor en el comercio internacional que en el interestatal, como consecuencia de la vinculación del primero con la competencia en materia de relaciones exteriores, si bien parece prevalecer la postura favorable a que el alcance es el mismo, con base en la literalidad de la propia cláusula, *vid. United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 147-148 (1938).

<sup>31</sup> *Vid., v.gr., Brooks v. United States* -267 U.S. 432 (1925)-; *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 114 (1941); y *Pérez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971).

<sup>32</sup> *Cf. Gibbons v. Ogden*, 22 US (9 Wheat.) 196.

<sup>33</sup> *Cf. R.E. Coulson, “The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the Control of Law-Making: A Historical Essay”, Oklahoma City University Law Review*, vol. 16, 1991, pp. 295-344, p. 328.

materias en las que la legislación federal tiene notable repercusión<sup>34</sup>.

10. La combinación de la unidad nacional y la unidad de mercado con la diversidad jurídica inherente a las amplias competencias de los Estados para legislar en materia mercantil ha ido unida a la toma de conciencia acerca de la importancia de mecanismos alternativos a la legislación federal, que permitan un cierto nivel de uniformidad entre las legislaciones estatales. Esta uniformización ha tenido lugar, como refleja la actividad de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) y la experiencia del Código de Comercio Uniforme (UCC), mediante la creación básicamente de normas uniformes cuya eficacia se subordina a su aprobación por los legisladores estatales, que pueden introducir modificaciones o aprobar sólo parte de su contenido.

Todo ello a pesar de que conforme a la doctrina sobre la cláusula de comercio del asunto *Cooley v. Board of Wardens*, ya reseñado, los Estados no tenían poder para regular materias que por su naturaleza fueran nacionales o admitieran sólo un sistema o plan de regulación uniforme, como paradójicamente se admitió que sucedía con esas materias al establecer el entramado de creación de las leyes estatales uniformes. Esta situación ha llevado incluso a cuestionar –sin éxito– la constitucionalidad y la compatibilidad con la cláusula de comercio durmiente de las leyes estatales uniformes en materia mercantil en la medida en que regulan

---

<sup>34</sup> Es ilustrativa la jurisprudencia relativa a los límites de la cláusula de comercio sobre las legislaciones estatales en materia de fusión y adquisición de empresas así como de gobierno corporativo, destinadas a tutelar a los accionistas e inversores y, sobre todo, los intereses económicos locales –*vid.* B.I. Bittker (y B.P. Denning), *Regulation...*, *op.cit.*, secc. 6.06-. La posibilidad de que los Estados legislen en esta materia no resulta excluida (*preempted*) con carácter general por la legislación federal –en concreto, las *federal securities laws* y las normas de la *Securities and Exchange Commission*–, como estableció el TS de EEUU en el asunto *CTS Corp. v. Dynamics Corp.* –481 US 69 (1987)–, que consideró compatible con la cláusula de comercio la legislación de Indiana –*Control Share Acquisitions Act*– que restringía ofertas públicas de adquisición, al imponer requisitos para que la adquirente pudiera asumir el control de la sociedad objeto de la oferta. Tal resultado se justificó porque la legislación era aplicable tanto a las empresas adquirentes de ese Estado como a las procedentes de otros, por lo que no discriminaba el comercio interestatal, al tiempo que como era sólo de aplicación cuando la empresa objeto de la oferta de adquisición era una sociedad constituida en Indiana, no existía el riesgo de que la situación quedara sometida a reglamentaciones contradictorias. Precisamente, el hecho de que la legislación de Illinois –*Illinois Business Takeover Act*– objeto del asunto *Edgar v. MITE Corp.* –457 US 624 (1982)– se aplicara tanto a *out-of-state* como *in-state corporations* (y no sólo a *locally-incorporated targets*) fue uno de los elementos determinantes de la declaración de inconstitucionalidad de esa norma –que atribuía a las autoridades de Illinois el poder de bloquear ciertas ofertas– por infringir la cláusula de comercio.

también las transacciones interestatales<sup>35</sup>.

## II. CONTRASTE CON LA UNIÓN EUROPEA

### 1. *Atribución de competencias y subsidiariedad en la UE*

11. Las competencias del legislador comunitario se hallan también limitadas a las previstas en los tratados constitutivos, pues se trata de competencias de atribución. Conforme al artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el TCE y de los objetivos que éste le asigna, que aparecen básicamente recogidos en su artículo 2, mientras que los artículos 3 y 4 TCE recogen ciertas medidas y políticas consideradas necesarias para alcanzar esos objetivos.

Ahora bien, en el reparto vertical de competencias, entre la Unión Europea (UE) y los Estados miembros no se ha seguido un modelo de separación, como el que es propio de EEUU, o al menos lo fue en los orígenes del federalismo estadounidense, sino de interdependencia, como sucede en el federalismo alemán, caracterizado por la dependencia recíproca y la interconexión de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros, lo que exige una colaboración estrecha. Además, la atribución de una competencia a la Comunidad no implica una pérdida material de la competencia por los Estados miembros, si bien puede ser determinante de que los Estados queden privados de su ejercicio<sup>36</sup>.

En el ámbito de la UE problemas semejantes a los que plantea la *preemption* en el sistema federal de EEUU, relativos a en qué medida la legislación federal desplaza a la estatal o priva a los Estados de poder regular un sector, se han planteado sobre todo en los ámbitos en los que existen políticas comunitarias y en los que las instituciones comunitarias disponen de amplios poderes legislativos que ejercen normalmente mediante la adopción de reglamentos, como sucede en el ámbito de la política agrícola, los transportes, las prácticas restrictivas de la competencia y el comercio exterior. Menos problemáticas suelen ser esas cuestiones cuando la UE ejercita competencias para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, pues las directivas –que son el instrumento normativo con un mayor impacto sobre el Derecho privado material– suelen precisar en qué medida los Estados miembros han de

---

<sup>35</sup> Vid. B.I. Bittker, “The Dormant Commerce Clause Doctrine, *Swift v. Tyson*, Uniform State Commercial Laws, and Federal Common Law: Ships that Passed in the Night”, *Constitutional Commentary*, vol. 8, 1991, pp. 87-107, pp. 96-98.

<sup>36</sup> Vid. A. von Bogdandy y J. Bast, “El orden competencial vertical de la Unión Europea: Contenido y perspectivas de reforma”, E. García de Enterría (dir), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, pp. 19-67, pp. 29-30.

modificar su legislación, concretando si se limitan a fijar reglas mínimas o si, por el contrario, excluyen la posibilidad de que los Estados miembros impongan requisitos más estrictos<sup>37</sup>.

12. Del artículo 5 TCE resulta que las competencias de la UE pueden ser de varios tipos. Con respecto al ejercicio de las competencias es clave la diferenciación entre exclusivas y compartidas. Las exclusivas suponen una atribución de competencia total a la Comunidad, que tiene plena capacidad legislativa, quedando los Estados privados de la posibilidad de intervenir en ese ámbito.

Las competencias no exclusivas pueden ser compartidas o complementarias. Las compartidas (o concurrentes), que son la mayoría de las previstas en el TCE, se caracterizan porque en esos ámbitos son competentes para actuar tanto la UE como los Estados, si bien éstos sólo pueden hacerlo en la medida en que la Comunidad no ejerza su competencia. Precisamente al hacerlo, la UE “ocupa el terreno”, en el sentido de la *preemption*, propia del sistema federal de EEUU<sup>38</sup> si bien en éste no existen límites al poder del Congreso como los que en el contexto de la UE resultan de las competencias exclusivas de los Estados miembros y del principio de subsidiariedad. En el caso de las competencias complementarias, la acción de la UE tiene como objetivo apoyar competencias estatales, por lo que las posibilidades de intervención de los Estados no se ven afectadas por el ejercicio de esas competencias comunitarias.

13. Uno de los elementos clave de las relaciones entre la UE y sus Estados miembros es que las competencias comunitarias son limitadas. La intervención legislativa comunitaria sólo es admisible en la medida en que tiene base jurídica en alguna de las disposiciones de los tratados constitutivos (principio de atribución de competencia). Las competencias de los Estados miembros son, en principio, generales y residuales, sin perjuicio de que la naturaleza dinámica y evolutiva de la UE contribuye en ocasiones a difuminar los límites competenciales. Por lo tanto, el principio de atribución es el que rige la delimitación de competencias de la UE, que exige que ésta actúe dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en el TCE para lograr los objetivos en éste determinados.

---

<sup>37</sup> Vid. M. Waelbroeck, “The Emergent Doctrine of Community Pre-emption. Consent and Re-delegation”, T. Sandalow y E. Stein (eds.), *Courts...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 548-580, pp. 550-551.

<sup>38</sup> Vid. E.D. Cross, “Pre-emption of Member States Law in the European Economic Community: A Framework of Analysis”, *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 447-472, pp. 453-454.

Como la atribución de competencias en el TCE tiene normalmente carácter funcional y los tratados constitutivos no precisan siempre el alcance (en particular, exclusivo o concurrente) de las competencias de la UE, éstas resultan muy imprecisas<sup>39</sup>. Esta circunstancia tiene gran importancia, pues tratándose de competencias concurrentes, los Estados pueden ejercerlas en tanto no actúe la UE o no se menoscaben los actos que ha adoptado. Las competencias atribuidas a la UE se caracterizan por ser finalistas o funcionales<sup>40</sup>, incluso aquellas que van referidas a un ámbito material concreto. El carácter funcional de la atribución de competencias determina que éstas se delimiten en atención a ciertos objetivos, lo que resulta particularmente claro en las relativas a la armonización de legislaciones para el mercado interior (arts. 94 y 95 TCE). Además, los objetivos aparecen recogidos con gran amplitud, lo que ha favorecido la doctrina de los poderes implícitos, en virtud de la cual la UE junto a las competencias que le son atribuidas expresamente en el TCE, ostenta todas las que sean necesarias para el desarrollo de las funciones y el logro de los objetivos que el TCE asigna y que se desprenden implícitamente de sus bases jurídicas<sup>41</sup>.

Las competencias no atribuidas a la Comunidad en el Tratado corresponden a los Estados. Si bien este principio es común a la UE y al sistema federal de los EEUU, a diferencia de lo que sucede en éste con respecto a las competencias del Congreso, las competencias de la UE son competencias específicas que resultan de lo dispuesto en las concretas normas del Tratado que pueden servir de base jurídica para la adopción de una medida. La base jurídica, además de atribuir la competencia, determina el procedimiento decisorio a seguir para adoptar los actos fundados en ella. En la UE, la determinación de la concreta base jurídica resulta imprescindible en cada medida legislativa, lo que no sucede en EEUU, y condiciona el eventual control por parte del Tribunal de Justicia

---

<sup>39</sup> Vid. J. Díez-Hochleitner, “El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma”, E. García de Enterría (dir.), *La encrucijada...*, op. cit., pp. 85-102, pp. 86-90. La Declaración número 23 al Tratado de Niza -Declaración sobre el futuro de la Unión-, recoge el compromiso de tratar en el futuro la cuestión de cómo establecer y preservar una delimitación competencial entre la UE y los Estados respetuosa con el principio de subsidiariedad y más precisa.

<sup>40</sup> Cf. v. gr., J.M. Martín y Pérez de Nanclares, “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 6, 2002, pp. 343-391, p. 348.

<sup>41</sup> Además, el artículo 308 TCE incorpora una cláusula de cierre que atribuye competencias residuales e imprecisas, pues permite fundar en esta base jurídica las acciones necesarias para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, siempre que no haya otra base jurídica que atribuya los poderes.

de la CE (TJCE) del ejercicio de las competencias<sup>42</sup>.

14. De conformidad con el artículo 5 TCE, dos principios condicionan el ejercicio de las competencias comunitarias y que son muy relevantes para salvaguardar el ámbito de actuación de los Estados. El principio de subsidiariedad opera en el ámbito de las relaciones verticales y condiciona el alcance respectivo de los ámbitos de actuación de la UE y sus diferentes Estados miembros, atendiendo a cual es la institución social más efectiva para el concreto objetivo perseguido. En los ámbitos que no son de la exclusiva competencia de la Comunidad, ésta sólo puede intervenir en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, de manera que puedan lograrse mejor a escala comunitaria, debido a la dimensión o a los efectos de la acción. En la práctica, la Comisión mantiene una interpretación de los requisitos para que opere la subsidiariedad que limita de manera significativa su alcance, pues tiende a considerar que prácticamente en cualquier cuestión es posible lograr los objetivos de una acción mejor a escala comunitaria, lo que determina que el ámbito reservado a los derechos privados nacionales resulte incierto<sup>43</sup>.

Elemento muy relevante, desde la perspectiva del instrumento normativo utilizado es que el principio de subsidiariedad se vincula con la preferencia del legislador comunitario por las directivas sobre los reglamentos, en la medida en que aquéllas dejan un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales, por lo que suponen un nivel de intromisión menor. Dentro de los límites de las competencias no exclusivas, ese principio permite que la intervención comunitaria se amplíe o se restrinja cuando las circunstancias lo exijan<sup>44</sup>.

El principio de subsidiariedad aborda una cuestión también clave en el federalismo estadounidense, cual es el reparto vertical de poderes, pero no existe un equivalente en el sistema de EEUU. Pese a que uno de

---

<sup>42</sup> Vid. G.G. Howells, “Federalism...”, *loc. cit.*, pp. 618-620.

<sup>43</sup> Vid., *v. gr.*, J. Smits, *The Making of European Private Law*, Amberes, 2002, pp. 8-9.

<sup>44</sup> Para determinar si se cumplen las condiciones que con respecto al principio de subsidiariedad fija el artículo 5 TCE, el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad –anejo al TCE al que fue añadido por el Tratado de Ámsterdam de 1997– establece ciertas directrices: presencia de aspectos transnacionales que no puedan ser regulados adecuadamente por los Estados; que las actuaciones estatales por separado o la ausencia de actuación comunitaria entren en conflicto con el TCE o perjudiquen considerablemente los intereses de los Estados miembros; y que la actuación comunitaria proporcione claros beneficios en comparación con la actuación a nivel estatal. Prevé además que las medidas comunitarias deben dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional, así como que, cuando corresponda, las medidas comunitarias deben ofrecer a los Estados miembros formas alternativas de alcanzar los objetivos perseguidos.



los argumentos para cuestionar la intervención central ha sido la necesidad de valorar si en una determinada materia resulta más eficiente o apropiada la actuación a escala federal o estatal, lo cierto es que la interpretación tradicional del TS de EEUU acerca de los poderes asignados a la Federación con base en la cláusula de comercio atribuye un gran margen de actuación al Congreso, sin imponerle restricciones semejantes a las que resultan en la UE del principio de subsidiariedad<sup>45</sup>.

15. El diferente marco político en el que el reparto de poderes se plantea en EEUU –que constituye una cuestión interna en el seno de una entidad política nacional, si bien de carácter compuesta y federal- y en la UE –donde se trata de los compromisos de Estados independientes que participan en un marco de integración supranacional del que resulta una entidad política con un importante déficit de legitimidad democrática- tiene importantes consecuencias. Por ejemplo, en el sistema de EEUU tanto la Federación como los Estados ostentan una soberanía originaria, de manera que existe una relación directa e inmediata entre ambos y el pueblo; por el contrario, entre la UE y el pueblo no existe una relación semejante, sino que la posición de la UE deriva únicamente de la atribución de competencias por los Estados de la Unión.

Asimismo, los Estados miembros de la UE son sujetos de Derecho internacional, con capacidad para ser parte de convenios internacionales con terceros Estados, cuya validez no se subordina con carácter general a la aprobación previa por parte de la Unión, a diferencia de la situación en EEUU (cláusula tercera de la sección 10 del artículo 1 de la Constitución de EEUU). Por ello, las dificultades acerca de los límites que impone el Derecho comunitario a las competencias de los Estados para concluir convenios internacionales en ciertos sectores, como es muy especialmente el caso del DIPr<sup>46</sup>, no se plantean en el federalismo estadounidense, donde por el contrario adquiere mucha mayor relevancia la controversia acerca del eventual impacto sobre las legislaciones estatales de compromisos internacionales asumidos por la Federación<sup>47</sup>.

16. La existencia de contextos políticos tan diversos parece también condicionar la diferencia de actitudes entre el TS de EEUU y el TJCE con

---

<sup>45</sup> Cf. W.G. Vause, “The Subsidiarity Principle in European Union Law – American Federalism Compared”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 27, 1995, pp. 61-81, p. 72.

<sup>46</sup> Particular importancia tiene el Dictamen TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006, acerca de la competencia exclusiva de la Comunidad para negociar la revisión del Convenio de Lugano sobre competencia judicial internacional y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

<sup>47</sup> Cf. M. Waelbroeck, “The Emergent...”, *loc. cit.*, p. 549.

respecto al reparto de poderes. Así, se ha señalado que la tendencia actual del TS de EEUU que trata de reforzar la posición de los Estados restringiendo el alcance del poder del Congreso para legislar con base en la cláusula de comercio no se corresponde con el papel tradicionalmente desempeñado por el TJCE, como promotor de la integración<sup>48</sup>. Ahora bien, en realidad históricamente es mucho mayor el contraste en sentido contrario. La idea de que la Constitución de EEUU sirve de base para la organización de una entidad política nacional se encuentra en el fundamento de la actitud histórica del TS de EEUU que ha facilitado la progresiva concentración de poder en la Federación, en términos que normalmente resultarían incompatibles con la interpretación del principio de atribución de competencias en el ámbito comunitario.

A este respecto, cabe recordar que históricamente la falta de claridad del reparto de competencias ha beneficiado la expansión del poder federal. Asimismo, en el federalismo de EEUU el alcance de las competencias exclusivas de los Estados ha sido objeto de una profunda erosión y en relación con cualquier materia en la que el Congreso puede legislar el amplio significado atribuido a su *preemptive power* ha resultado determinante de que el Congreso se encuentre en una posición que le permite excluir –en la medida en que esa sea su voluntad– la regulación a escala estatal de materias en las que se legisla a nivel federal, lo que conduce a una posición de subordinación de las competencias estatales, que contrasta con la situación en la UE, no sólo por el diferente alcance de las competencias exclusivas de los Estados, sino también por las limitaciones que impone el principio de subsidiariedad, fuera del ámbito de las competencias exclusivas de la Comunidad<sup>49</sup>.

## 2. *Impacto del mercado interior y alcance de la integración*

17. Al igual que en el sistema de EEUU se afirma la supremacía del Derecho federal, en el seno de la UE la jurisprudencia del TJCE ha consagrado la primacía del Derecho comunitario con respecto a los ordenamientos de los Estados miembros. Elemento clave de la repercusión del Derecho comunitario sobre los Derechos privados nacionales es que aquél, habida cuenta de su primacía, condiciona la configuración de éstos. 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

---

<sup>48</sup> Vid. G.G. Howells, “Federalism...”, *loc. cit.*, pp. 604-605.

<sup>49</sup> Cf. S.A. Gardbaum, “The Nature...”, *loc. cit.*, p. 813.

comunitarias, -como lo relativo al estado civil<sup>50</sup> y el Derecho de familia- en los que la uniformización jurídica europea, con unos logros muy limitados, había tenido lugar principalmente a través de organizaciones distintas de la Comunidad Europea -como el Consejo de Europa y la Comisión Internacional de Estado Civil-, pero en los que también se asiste a una creciente comunitarización.

El principio de no discriminación y las libertades comunitarias se proyectan básicamente sobre normas administrativas de los ordenamientos nacionales, aunque también sobre normas jurídico-privadas restrictivas de las libertades en el espacio comunitario y sobre la eficacia de derechos subjetivos nacionales (como ocurre con el ejercicio de derechos de propiedad intelectual). Ahora bien, en la medida en que el grado de integración en la UE es mucho menor que en EEUU, las cuestiones relativas a la primacía del Derecho comunitario se plantean con frecuencia en relación con sectores en los que el papel de la *preemption* en el sistema federal de EEUU es muy reducido habida cuenta de que es la propia Administración Federal la que se encarga de ejecutar la legislación federal, como en el ámbito arancelario, fiscal<sup>51</sup>.

18. Un aspecto en el que se aprecian semejanzas entre EEUU y la UE es que tradicionalmente la interpretación judicial de las competencias basadas en la cláusula de comercio interestatal (en el caso de EEUU) y las disposiciones sobre el mercado interior (UE) se ha caracterizado por una gran amplitud, de manera que han constituido el fundamento para la adopción de medidas muy diversas<sup>52</sup>. Ahora bien, a diferencia del sentido en el que se interpreta la cláusula de comercio en EEUU, el TCE no atribuye a las instituciones comunitarias una competencia general para regular el comercio entre los Estados miembros. El artículo 99 TCE (antiguo art. 103) se interpreta con carácter general en el sentido de que la competencia para regular las cuestiones de política económica, incluido el comercio, permanece en los Estados miembros; mientras que las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías persiguen el limitado objetivo de asegurar que las medidas nacionales no representan un obstáculo inadmisibles al comercio entre los Estados miembros.

Especialmente en lo relativo al mercado interior, las competencias de la Comunidad tienen carácter funcional, pues se asignan objetivos a la

---

<sup>50</sup> Son bien conocidas en el ámbito 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, *Gacía Avello*, con respecto a los límites que resultan de las normas sobre la ciudadanía europea (arts. 12 y 17 TCE).

<sup>51</sup> Cf. M. Waelbroeck, “The Emergent...”, *loc. cit.*, pp. 548-549.

<sup>52</sup> Cf. G.A. Bermann, “Regulatory...”, *loc. cit.*, p. 32.

Comunidad, en concreto el establecimiento y correcto funcionamiento del mercado interior, como resulta de lo dispuesto en el artículo 95 TCE –que se refiere a los objetivos enumerados en el art. 14 TCE con respecto al establecimiento progresivo del mercado interior y lo que éste implica- y del principio de atribución de competencias del artículo 5 TCE. En la valoración de las medidas tendentes al logro de los objetivos del mercado interior, reviste especial importancia el principio de proporcionalidad<sup>53</sup>, que de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 5 TCE, controla que ninguna acción de la Comunidad exceda de lo necesario para el logro de ese objetivo (y de cualquier otro previsto en el TCE)<sup>54</sup>. El principio de proporcionalidad constituye un criterio esencial relativo al ejercicio de las competencias comunitarias y puede determinar la anulación de medidas adoptadas por las instituciones comunitarias que excedan de lo permitido conforme a este principio, que impone la exigencia de que la intervención legislativa comunitaria con base en las competencias relativas al mercado interior tenga carácter puntual en el ámbito del Derecho privado material<sup>55</sup>. Esta situación es en gran medida determinante del carácter fragmentario de la intervención legislativa comunitaria, especialmente en el ámbito del Derecho privado, para el que suele resultar determinante la vinculación de las normas con el mercado interior (arts. 94 y 95 TCE), sin perjuicio de que también puedan ser relevantes otras competencias como las específicas en materia de protección de los consumidores (art. 153 TCE).

El limitado alcance de la competencia fundada en la adopción de medidas relativas al establecimiento y el funcionamiento del mercado interior fue destacado por la STJCE de 5 de octubre de 2000<sup>56</sup>, que anuló la Directiva 98/43/CE, relativa a la aproximación de las disposiciones en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. Conforme a esta decisión, la mera disparidad entre las legislaciones nacionales y un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades comunitarias y al mercado interior no es suficiente para justificar el recurso al artículo 95 TCE, que sólo habilita la adopción de medidas frente a situaciones que impliquen obstáculos concretos y significativos. De hecho, el alcance de la atribución de competencia legislativa en materia de mercado interior es mucho menor que el significado que en el sistema de

---

<sup>53</sup> Cf. E. Steindorff, “Mehr staatliche Identität, Bürgernähe und Subsidiarität in Europa?”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, (ZHR), vol. 163, 1999, pp. 395-440, p. 406.

<sup>54</sup> Cf. P.C. Müller-Graff, “Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?”, *ZHR*, vol. 159, 1995, pp. 34-77, pp. 71-72.

<sup>55</sup> Vid. S. Grundmann, “EG Richtlinie und nationales Privatrecht”, *Juristen Zeitung*, 1996, pp. 274-287, pp. 274-287, p. 277.

<sup>56</sup> Asunto C-376/98, *Alemania c Parlamento y Consejo*.

EEUU tiene la cláusula de comercio como fundamento del poder legislativo de la Federación que se extiende mucho más allá del ámbito estrictamente comercial, lo que también se vincula con la ausencia de otros criterios de competencia por lo escueto de la Constitución de EEUU<sup>57</sup>.

### 3. *Unidad de mercado y límites a las legislaciones estatales*

19. En la medida en que la cláusula de comercio en EEUU, además de una fuente del poder federal para regular el comercio interestatal, constituye también un límite al poder estatal para afectar a ese comercio, se observa que las disposiciones del TCE en materia de libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios constituyen un límite que cumple una función semejante con respecto a las legislaciones de los Estados miembros. En virtud de la cláusula de comercio durmiente o cláusula de comercio negativa, el TS de EEUU controla, para salvaguardar el libre comercio entre los Estados, el alcance admisible de las legislaciones estatales y que estas no impongan restricciones injustificadas al comercio interestatal. El TS parte del criterio de que el objetivo de la cláusula es la creación y desarrollo de un mercado común entre los Estados, eliminando las barreras comerciales y evitando la fragmentación económica, lo que condiciona la interpretación judicial de los límites dentro de los cuales los Estados pueden regular la actividad comercial<sup>58</sup>.

Cabe apreciar importantes semejanzas entre los métodos utilizados por el TS de EEUU y por el TJCE para concretar los límites que para las normas estatales derivan de la existencia de un mercado común, pues ambos tribunales se basan en la valoración de los intereses federales (comunitarios) y estatales (nacionales) implicados. También existen coincidencias significativas entre sus resultados, en la medida en que, en primer lugar, consideran, salvo en casos excepcionales, que son inadmisibles las normas que discriminan los productos procedentes de otros Estados del espacio integrado, imponiendo restricciones que no son igualmente aplicables a los productos domésticos<sup>59</sup>. Las medidas discriminatorias quedan sometidas al control más estricto acerca del pretendido interés legítimo que las avala así como de la inexistencia de alternativas no discriminatorias, de manera que normalmente resultan inadmisibles<sup>60</sup>.

Cuando se trata de normas estatales que no son formalmente discriminatorias pero no obstante afectan negativamente a los productos

---

<sup>57</sup> Vid. G.G. Howells, “Federalism...”, *loc. cit.*, pp. 617-618.

<sup>58</sup> Vid. B.I. Bittker (y B.P. Denning), *Regulation...*, *op. cit.*, secc. 6.01.

<sup>59</sup> Cf. P. Hay y R.D. Rotunda, *The United...*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>60</sup> *Hughes v. Oklahoma* –441 US 322 (1979)-.

procedentes de otros Estados o establecen restricciones a las importaciones o exportaciones, el criterio aplicado en virtud de la cláusula de comercio es que se consideran inadmisibles salvo que resulten necesarias para tutelar un importante interés estatal, siendo, en particular, aceptables cuando sus efectos sobre el comercio interestatal son sólo incidentales y el obstáculo al comercio interestatal no es desproporcionado con respecto a los beneficios resultantes de la medida<sup>61</sup>. El TJCE ha desarrollado el principio de proporcionalidad en el marco del artículo 30 TCE (antiguo art. 36), que se aproxima al criterio del TS de EEUU de que la finalidad perseguida por la restricción estatal no puede ser satisfecha mediante disposiciones que impliquen una menor restricción del comercio interestatal.

20. Como es obvio en el ámbito de un mercado común, ni el TS de EEUU ni el TJCE admite como un interés estatal legítimo que permita justificar restricciones la protección de las empresas locales frente a la competencia de las de otros Estados, por lo que las normas que persiguen ese objetivo suelen resultar inadmisibles. Entre los intereses estatales considerados legítimos se observan también importantes similitudes a ambos lados del Atlántico, como ilustran las consideraciones sobre salud, seguridad, tutela del medio ambiente, protección de los consumidores, si bien el TJCE se ha mostrado contrario a admitir la estabilidad del mercado como un interés legítimo para la fijación de precios a las importaciones, que considera normalmente prohibida, en la medida en que prive a los productores extranjeros de una ventaja comparativa<sup>62</sup>.

Además del control de las legislaciones estatales discriminatorias y de las que sin serlo obstaculizan el comercio interestatal, que constituyen el núcleo de la cláusula de comercio durmiente, ésta ha servido también para prohibir ciertas legislaciones estatales que pueden tener alcance extraterritorial<sup>63</sup>, así como otras de las que pueden resultar exigencias o

---

<sup>61</sup> *Pike v. Bruce Church, Inc.* -397 US 137 (1970)-.

<sup>62</sup> Cf. E. Stein, y T. Sandalow, “On the Two Systems...”, *loc. cit.*, p. 29.

<sup>63</sup> Las normas estatales con efectos sustanciales en el ámbito comercial en otros Estados de la Unión resultan típicamente contrarias a la cláusula de comercio, lo que tiene especial relevancia en la regulación de las actividades a través de medios de alcance global, *vid. American Library Association v. Pataki*, 969 F.Supp. 160 (SDNY 1997), destacando que no resultaba admisible la legislación de Nueva York que imponía obligaciones a prestadores de Internet sobre el control de acceso a contenidos para adultos, por pretender regular conductas que tenían lugar fuera de Nueva York, ya que – pese a perseguir un objetivo legítimo- los obstáculos que imponía al comercio interestatal eran muy superiores a los beneficios que aportaba al Estado de Nueva York, y porque el alcance transfronterizo propio de Internet determina que conforme a la cláusula de comercio corresponde al Congreso regular esas actividades para evitar legislaciones contradictorias. No obstante, otras decisiones han admitido la constitucionalidad de normas que imponen restricciones al envío de comunicaciones comerciales no solicitadas

cargas legales incompatibles, si bien el alcance de la cláusula de comercio al respecto es particularmente controvertido<sup>64</sup>.

21. A pesar de las semejanzas entre los métodos utilizados, existe la idea de que la jurisprudencia del TJCE ha venido imponiendo restricciones más intensas a las legislaciones estatales que sin responder a objetivos proteccionistas en la práctica restringen la libre circulación de mercancías (por ejemplo, por afectar al comercio de bienes que no son producidos en ese Estado), pues adopta el criterio de partida de que son incompatibles con el TCE en la medida en que menoscaben el establecimiento y el correcto funcionamiento del mercado interior. La jurisprudencia del TS de EEUU parte de la compatibilidad de esas medidas con la Constitución, siempre que no resulten discriminatorias, al tiempo que ha limitado tradicionalmente el impacto de la cláusula de comercio durmiente a situaciones en las que existe un obstáculo actual y demostrable al comercio interestatal<sup>65</sup>; no obstante, la exactitud de este resultado de la comparación entre la UE y EEUU es controvertida<sup>66</sup>.

El alcance atribuido a la libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del TJCE presenta en la actualidad coincidencias significativas con la interpretación de la cláusula de comercio durmiente en EEUU<sup>67</sup>. Ambos sistemas parten de la prohibición de las medidas estatales que restringen el comercio interestatal (intracomunitario), si bien tales medidas resultan admisibles cuando se hallan justificadas por ciertos motivos, que en el caso de la UE son los recogidos en el art. 30 TCE, y que en lo sustancial coinciden en ambos sistemas. Tanto en la jurisprudencia del TS de EEUU como en la del TJCE –a partir de la celebre decisión *Keck*<sup>68</sup>– la aplicación a productos de otros Estados de normas que restringen ciertas modalidades de venta no se consideran prohibidas en la medida en que no menoscaben el acceso al mercado. Para determinar si la justificación es admisible, los dos sistemas diferencian entre las medidas que son discriminatorias y las aplicables indistintamente, sometiendo las

---

por medios electrónicos, siempre que se trate de empresas que desarrollen actividades en el Estado en cuestión, utilicen medios localizados en su territorio o dirijan las comunicaciones a personas residentes en ese Estado (en relación con la legislación de California contra el *spam*, *vid. Ferguson v. Friendfinders, Inc.*, 115 Cal. Rptr. 2d 258 –Cal. Ct. App. 2002-).

<sup>64</sup> Cf. J.L. Goldsmith y A.O. Sykes, “The Internet and the Dormant Commerce Clause”, *The Yale Law Journal*, vol. 110, 2001, pp. 785-828, p. 789.

<sup>65</sup> Cf. G.A. Bermann, “European Community Law from a US Perspective”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, 1995, pp. 1-13, p. 8.

<sup>66</sup> *Vid.* E. Stein, y T. Sandalow, “On the Two Systems...”, *loc. cit.*, pp. 26-28.

<sup>67</sup> Para el análisis de ambos sistemas, *vid.* T. De la Quadra-Salcedo Janini, *Unidad económica y descentralización política*, Valencia, 2004, pp. 57-749.

<sup>68</sup> STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*, as. C-267/91 y C-268/91.

primeras a un régimen de justificación más riguroso. La proporcionalidad de la restricción al objetivo legítimo perseguido es un factor clave para su justificación en ambos sistemas.

Ahora bien, el escrutinio sobre el particular es más estricto en la UE, habida cuenta de la práctica del TJCE al valorar la proporcionalidad de la medida y en línea con el papel asumido por el TJCE como promotor de la integración. El TS de EEUU, cuando la medida estatal persigue un interés legítimo, no resulta discriminatoria y no existen alternativas que impliquen una menor restricción al comercio interestatal, respeta normalmente la valoración hecha por el órgano estatal acerca de qué objetivo debe prevalecer, es decir, acerca de si los beneficios para el Estado que adopta la medida superan el coste que representa para el comercio interestatal.

### III. MECANISMOS DE UNIFORMIZACIÓN JURÍDICA

#### 1. *Legislación federal y coordinación entre Estados*

22. La interpretación expansiva de los poderes de la Federación basados en la cláusula de comercio ha favorecido la creciente regulación a escala federal de cuestiones comerciales y otras relativas a ciertos sectores vinculados al Derecho privado, especialmente en el ámbito económico: mercado de valores, protección de los consumidores, competencia desleal, prácticas restrictivas de la competencia, relaciones laborales<sup>69</sup>... A partir de ese periodo ha sido frecuente la regulación por el Congreso y agencias federales de cuestiones mercantiles, incluso en ámbitos regulados en el UCC. A modo de ejemplo, entre 1960 y 1980 el número de agencias federales reguladoras pasó de 28 a 56 –sin perjuicio de que también se han incrementado las agencias estatales- y el alcance de su regulación se transformó sustancialmente, pues dejó de centrarse en la imposición de precios o de requisitos para el desarrollo de una actividad, para prestar especial atención a otros aspectos, como los relativos a la protección de la seguridad de los consumidores<sup>70</sup>. Esta evolución marcó un cambio claro respecto de la situación anterior, en la que los principales ámbitos de actuación del gobierno federal tenían que ver con políticas redistributivas

---

<sup>69</sup> Cf. 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)*, Tubinga, 1995, pp. 132-155, p. 144; y W. Gray, “E Pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States”, *RabelsZ*, vol. 50, 1986, pp. 111-165, p. 123.

<sup>70</sup> Cf. K.J. Meier, “Myths of Regulation and Consumer Protection”, K.J. Meier, E.T. Garman y L.R. Keiser (eds.), *Regulation and Consumer Protection: Politics, Bureacracy and Economics*, 3.ª ed., Houston, 1998, pp. 1-10, p. 3.



(como aspectos relacionados con la asistencia médica y la protección social, así como con la reforma tributaria) y con las relaciones exteriores.

En los sectores en los que existe legislación federal, ésta implica la unificación, sin perjuicio de que la organización jurisdiccional favorezca que puedan existir interpretaciones diferentes, dando lugar incluso a los denominados *intercircuit conflicts*, en la medida en que entre los diferentes circuitos federales existan divergencias interpretativas, que sólo pueden ser resueltas por el TS de EEUU<sup>71</sup>. En la práctica incluso en cuestiones importantes puede no haber un pronunciamiento del TS, que conoce de un número muy limitado de casos. La falta de uniformidad en estas situaciones es consecuencia de que los tribunales de distrito sólo están vinculados por la Corte de Apelación de su propio circuito, pero no por las de los demás, de manera que los criterios prevalentes en cada circuito pueden variar e incluso surgir una particular modalidad de *forum shopping*.

23. Desde la perspectiva de la uniformización jurídica, la regulación a nivel federal se configura como una alternativa a la otra vía tradicionalmente empleada en EEUU para lograr la uniformización, que es la basada en la cooperación entre Estados, típicamente mediante la adopción de leyes uniformes o leyes modelo elaboradas por la NCCUSL u otras recopilaciones no vinculantes, como los *restatements*, elaborados típicamente por el American Law Institute (ALI). Entre esas leyes uniformes, el máximo exponente es el UCC, por el ámbito material de su normativa y por la generalizada aceptación del mismo.

A partir de mediados del siglo XX una tendencia favorable a la regulación a escala federal en materia mercantil ha cuestionado la adopción por los Estados –con enmiendas– del Código de Comercio Uniforme, promoviendo la adopción del texto como legislación federal<sup>72</sup>. Este planteamiento se corresponde con la circunstancia de que el criterio de que los legisladores estatales deben limitarse a aprobar los textos presentados por los redactores del UCC y de sus enmiendas –necesario para lograr la uniformidad– aleja la toma de decisiones de los representantes populares, al tiempo que el legislador federal dispone de más medios y debería ser quien elaborara, como mínimo, las normas aplicables a las transacciones comerciales interestatales e internacionales.

No obstante, el análisis detallado de las características de la legislación federal reguladora de la actividad comercial ha llevado a cuestionar la pretendida efectividad de un proceso de federalización de la

---

<sup>71</sup> Vid. W. Gray, “E pluribus...”, *loc. cit.*, pp. 131-132.

<sup>72</sup> Vid., v. gr., R. Braucher, “Federal Enactment of the Uniform Commercial Code”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 16, 1951, pp. 100-113, pp. 101-104.

normativa en la materia. En ocasiones, el Congreso se limita a fijar los principios básicos de la normativa, dejando su desarrollo a una agencia federal, que normalmente se encuentra en mejor disposición de elaborar una normativa sistemática, pero que no deja de ser una entidad administrativa cuyos miembros no han sido elegidos como representantes populares para legislar. El resultado con gran frecuencia es un conjunto de reglas cuya interpretación y aplicación resulta especialmente compleja y que favorece la aparición de una gran litigiosidad<sup>73</sup>. Por el contrario, cuando la normativa se desarrolla a nivel estatal suelen intervenir agencias más próximas a los ciudadanos y los mecanismos disponibles para la uniformización de legislaciones –a través de la actuación de la NCCUSL, el ALI o la ABA- facilitan la aprobación de textos legales de mejor calidad, más amplio alcance y con una menor injerencia de los intereses políticos, al tiempo que su carácter de normas modelo facilitan la flexibilidad y un cierto margen de experimentación entre los Estados<sup>74</sup>.

24. Por otra parte, tradicionalmente la participación de EEUU en convenios multilaterales con normas de Derecho privado uniforme ha sido muy limitada, si bien existen excepciones significativas, como, entre otros, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, diversos convenios en materia de propiedad intelectual, y varios convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr (como el Convenio de 1961 suprimiendo la exigencia de la legalización de documentos, el Convenio de 1965 sobre notificación, el Convenio de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero y el Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores).

Esta constatación se corresponde con el dato de que el mecanismo tradicional de uniformización jurídica, el convenio internacional, ha tenido un impacto muy limitado en el sector del Derecho privado<sup>75</sup>, pues el logro de compromisos vinculantes a través de un instrumento tan rígido –que en la práctica puede no garantizar la unificación en la medida en que sus reglas sean objeto de interpretaciones diferentes según los países- ha

---

<sup>73</sup> Ejemplo de intervención legislativa federal que ha dado lugar a la aparición de ese tipo de dificultades es la *Truth in Lending Act*, en materia de protección de consumidores de servicios crediticios.

<sup>74</sup> En este sentido, *vid.* L.J. Bugge, “Commercial Law, Federalism, and the Future”, *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 17, 1991, pp. 11-31, pp. 22-24, destacando también que la legislación por los Estados en el ámbito mercantil se corresponde mejor con las exigencias del sistema federal.

<sup>75</sup> *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum (Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales)*, Madrid, 2003, pp. 181-187.

resultado en la práctica excepcional<sup>76</sup>.

## 2. Evolución en el seno de la UE

25. Elemento clave de la integración europea es el desarrollo de un proceso de uniformización jurídica entre las legislaciones nacionales, de carácter formal y centralizado, pues se lleva a cabo a través de la aprobación de normas vinculantes (al menos para los Estados) por las instituciones comunitarias, típicamente mediante directivas de armonización. Éstas constituyen la vía típica para asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior y hacer frente a posibles reglas proteccionistas –medidas de efecto equivalente– de los Estados miembros.

El nivel de desarrollo de la normativa centralizada y su impacto sobre la regulación de la actividad negocial contrasta con la existente en otros procesos de integración en el mundo, como los que se desarrollan en el continente americano, que no han ido unidos a procesos de uniformización jurídica semejantes<sup>77</sup>. En todo caso, si bien importantes sectores del Derecho privado han sido objeto de armonización por medio de directivas en el seno de la UE, lo cierto es que el Derecho privado comunitario presenta ante todo carácter fragmentario. Además, esos logros puntuales en aspectos concretos deben ser incorporados en unos Derechos nacionales caracterizados por su coherencia vinculada al significado de reglas y principios generales.

26. Como consecuencia de que el instrumento normativo básico en el ámbito comunitario con proyección sobre el Derecho privado es la directiva, la uniformización no implica unificación, sino mera armonización o aproximación, que sólo reduce el pluralismo normativo – en medida variable según los casos<sup>78</sup>– y se presta a distorsiones por medio de una transposición incorrecta o tardía por los Estados. Las carencias inherentes a un instrumento como la directiva contrasta con la eficacia propia de la legislación federal en EEUU, con la que, sin embargo, sí existen similitudes significativas cuando el instrumento normativo

---

<sup>76</sup> Vid. J. Smits, *The Making...*, *op. cit.*, pp. 15-19.

<sup>77</sup> Vid. H.P. Glenn, “Harmony of Laws in the Americas”, *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 34, 2003, pp. 223-246, pp. 224-232, destacando las pretendidas ventajas de un modelo de armonización informal, propio de los procesos de integración americanos, frente a la armonización formal y centralizada comunitaria; no obstante, frente a ese planteamiento, cabe entender que en realidad el contraste en lo que se refiere a los logros de la armonización mediante reglas uniformes obedece más a que se trata de modelos en los que el nivel de integración alcanzado es muy diferente.

<sup>78</sup> Vid. B. Kurcz, “Harmonisation by means of Directives – Never-ending Story”, *European Business Law Review*, vol. 12, 2001, pp. 287-307, pp. 295-298.

empleado por la UE es el reglamento, que sí garantiza la unificación, pero que ha sido objeto de un uso muy escaso para regular en el ámbito comunitario aspectos de Derecho privado, con excepciones significativas, como en materia de derechos de propiedad industrial y sociedades. El empleo preferente de las directivas frente a los reglamentos como instrumento regulador en el ámbito del Derecho privado se corresponde con la circunstancia de que los Estados miembros desean mantener un cierto nivel de autonomía y flexibilidad incluso en sectores objeto de uniformización.

Hasta el momento el progreso de la europeización del Derecho privado se ha visto lastrado por el dato de que la utilización de las directivas dista de haber sido un éxito, ante la frecuencia con la que sus normas resultan inaplicadas por los tribunales nacionales<sup>79</sup>, que refuerza la conveniencia de atribuir cierta eficacia directa a estas normas de Derecho comunitario<sup>80</sup>.

27. La creación de leyes uniformes en EEUU responde a una técnica que, de momento, no ha sido empleada para la uniformización del Derecho privado en el contexto comunitario ni ha ejercido una influencia significativa en la UE. Desde la perspectiva jurídico-privada, la influencia de EEUU se ha manifestado en la pretensión de elaborar textos inspirados en los *restatements* del ALI, e incluso en el UCC, pero ese tipo de esfuerzos han sido llevados a cabo por iniciativa de grupos reducidos de académicos. Pero los trabajos de estos grupos se desarrollan típicamente por completo al margen de los Estados y no tienen lugar en el marco de un procedimiento que facilite la elaboración de textos que puedan conducir a una significativa uniformización de las legislaciones estatales.

Al margen del impacto del modelo de los *restatements* sobre los Principios del Derecho europeo de contratos, elaborados por la llamada Comisión Lando, el entramado existente en EEUU para favorecer la uniformización de las legislaciones estatales ha tenido escaso eco en la UE. En el seno de la UE no se ha progresado de cara a establecer un marco institucional que fomente la uniformidad entre las codificaciones nacionales, mediante los correspondientes procesos de revisión a escala nacional inspirados en instrumentos de alcance europeo que presenten una flexibilidad semejante a la que es propia de las leyes modelo y las leyes uniformes de la NCCUSL. Para elaborar ese tipo de instrumentos no servirían los usados hasta el momento en el ámbito comunitario para la

---

<sup>79</sup> Para un análisis de conjunto, *vid.* L. Niglia, “The Non-Europeanisation of Private Law”, *European Review of Private Law*, 2001, pp. 575-599.

<sup>80</sup> Cf. T. Körber, “Europäisierung des Privatrechts durch Direktwirkung des Gemeinschaftsrechts?”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 12, 2001, p. 353.

armonización de legislaciones, en concreto, el reglamento y la directiva (y, en mucha menor medida, el convenio internacional entre los Estados miembros).

Por otra parte, no cabe desconocer que el impacto de las leyes modelo y uniformes y los *restatements* como mecanismos de uniformización en EEUU es limitado, si se compara con el significado de la existencia de una cultura jurídica común que permite el desarrollo de principios comunes que reflejan valores compartidos. La formación de esa cultura común se halla directamente influenciada por la existencia de un mercado y un sentimiento nacionales, un elevado nivel de movilidad de la población y otros factores de cohesión –ausentes en el contexto europeo–, que son elementos mucho más relevantes para la uniformización de la práctica comercial que las construcciones doctrinales<sup>81</sup>.

#### IV. PLURALISMO NORMATIVO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

##### 1. *Fragmentación del sistema conflictual en EEUU*

28. La dualidad entre jurisdicción federal y estatales en EEUU no va asociada a una estricta correlación entre *forum* y *ius*, lo que tiene particular relevancia en el ámbito del Derecho privado, típicamente regulado a nivel estatal. Corrigiendo su postura previa, el TS de EEUU estableció en el asunto *Erie*<sup>82</sup> que el llamado *federal common law* de base judicial no existe en las materias de competencia estatal y que nada en la Constitución atribuye competencia a los tribunales federales para crearlo, de manera que al margen de la Constitución y de la legislación federal, la normativa aplicable al fondo por los tribunales federales en esas materias debe ser la estatal, tal y como es interpretada por los tribunales estatales. Esta circunstancia tiene gran relevancia práctica, pues la jurisdicción de los tribunales federales se ejerce con gran frecuencia respecto de litigios relativos a materias reguladas por el Derecho estatal, en particular porque esos tribunales pueden conocer, entre otras, de cualquier controversia en la que estén implicadas partes de Estados (y países) diferentes.

Como consecuencia del criterio del asunto *Erie*, en el ámbito del Derecho privado tiene especial importancia el dato de que cuando aplican el Derecho estatal (incluso su propia Constitución), los tribunales estatales (en concreto, los respectivos tribunales supremos estatales) son los máximos intérpretes y son libres de interpretar esas normas siempre que

---

<sup>81</sup> Cf. A. Rosett, “Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law”, *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 683-697, p. 694-695.

<sup>82</sup> *Erie Railroad Co. v. Tompkins* 304 US 64 (1938).

no lo hagan violando lo dispuesto en la Constitución federal, la legislación federal o los tratados internacionales. La interpretación del Derecho estatal hecha por los tribunales estatales vincula a los tribunales federales. El TS de EEUU carece de competencia para resolver las diferencias entre los derechos estatales, que son producto de la esencia misma del sistema federal. En los supuestos en los que el TS de EEUU revisa una decisión de un tribunal federal puede revisar no sólo las cuestiones federales sino también las de derecho estatal, en la medida en que el tribunal federal tuviera competencia para decidir las, pero con respecto a las cuestiones estatales, la decisión del TS de EEUU si bien tiene eficacia de cosa juzgada para las partes, no tiene eficacia vinculante como precedente sobre los tribunales estatales. Cuando el TS de EEUU revisa una decisión de un tribunal estatal, suele limitarse a revisar la cuestión federal, sin pronunciarse sobre las cuestiones de derecho estatal.

Cuando los tribunales estatales interpretan el Derecho estatal con base en el Derecho federal -por ejemplo, para decidir sobre la constitucionalidad de una norma estatal-, es claro que sí cabe la revisión por el TS de EEUU de la aplicación de las normas federales (a diferencia de un supuesto en el que un Tribunal estatal declara una norma estatal contraria a la Constitución de ese Estado). Excepcionalmente el TS de EEUU puede revisar una decisión de un tribunal estatal si la normativa estatal en cuestión presenta conexiones con intereses federales de importancia<sup>83</sup>. Así como de la doctrina *Erie* resulta que la aplicación del derecho estatal no se ve afectada por el carácter federal o estatal del tribunal que conoce del asunto, tampoco la aplicación del derecho federal debe verse afectada por esa circunstancia. Por ello, cuando una cuestión de *federal common law* se litiga en un tribunal estatal es susceptible de ser revisada por el TS de EEUU, al tiempo que si la controversia se refiere a un *federal remedy* sirve para fundar la competencia de los tribunales federales tanto si se basa en el *federal common law* como en cualesquiera otras normas federales.

29. En la medida en que los tribunales federales conocen de litigios sobre todo con base en su jurisdicción por diversidad, por lo tanto de casos en los que los implicados son ciudadanos de Estados (o países) diferentes, es habitual que se plantee la necesidad de determinar la ley de qué concreto Estado (o país) es aplicable al caso. Este tipo de situaciones reclaman en todo caso precisar cuáles son las reglas sobre ley aplicable que deben resolver esa cuestión. El TS de EEUU ha establecido que las normas sobre conflictos de leyes aplicables deben ser siempre las del Estado en el que el tribunal federal que conoce en primera instancia

---

<sup>83</sup> Vid. P. Hay y R.D. Rotunda, *The United...*, *op. cit.*, pp. 209-216.

(*district court*) tiene su sede<sup>84</sup>. En la práctica la aplicación de este criterio puede resultar especialmente problemático en la medida en que la determinación del contenido de la regla de conflicto estatal puede ser muy compleja, así como cuando se trate de situaciones en las que demandas se interponen ante tribunales federales en diferentes territorios y se acumulan en un mismo proceso, como en la conocida decisión sobre el agente naranja de 1984<sup>85</sup>.

A pesar de que por su naturaleza las cuestiones de Derecho aplicable surgen en relaciones que presentan conexiones con varios Estados, y un tratamiento conjunto para los diversos Estados implicados aporta significativas ventajas, lo que en el sistema de EEUU debería haber conducido a la regulación a escala federal de las cuestiones de Derecho aplicable, que presentan una dimensión básicamente interestatal, lo cierto es que estas cuestiones han sido tradicionalmente reguladas a escala estatal. De esta manera el TS de EEUU viene considerando esas cuestiones como de Derecho estatal. 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.

30. La regulación a nivel estatal de las cuestiones de derecho aplicable es uno de los factores que condiciona 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>86</sup>. La aplicación de criterios diferentes según los Estados, y normalmente poco precisos, acarrea en la práctica una especial falta de seguridad jurídica, al tiempo que favorece no sólo la litigiosidad en torno a las cuestiones de derecho aplicable, sino que

---

<sup>84</sup> Vid. las decisiones en los asuntos *Klaxon Co. v. Stentor Electric Mfg. Co.* -313 US 487 (1940)-, *Griffin v. McCoach* -313 US 498 (1940)- y *Van Dusen v. Barrack* -376 US 612 (1964)-.

<sup>85</sup> USDC, EDNY, 1984 -580 F. Supp. 690-. El litigio que dio lugar a esta decisión ilustra el impacto sobre la ley aplicable del fundamento de la jurisdicción de los tribunales federales. Los demandantes pretendían que el litigio tenía su base en una cuestión federal -lo que hubiera ido unido a la aplicación de ciertas reglas federales-, pero al ser posible fundar la jurisdicción de los tribunales federales únicamente con base en la “*diversity jurisdiction*”, en función del domicilio y la nacionalidad de las partes, debían ser de aplicación las normas estatales y, en particular, las reglas de conflicto estatales, lo que resultaba especialmente problemático, por lo que esta decisión avivó el debate en EEUU acerca de la eventual uniformización a escala federal de las reglas de conflicto o incluso del Derecho material sobre *mass torts*, vid. L. Weinberg, *Federal Courts (Cases and Comments on Judicial Federalism and Judicial Power)*, St. Paul, 1994, pp. 263-275.

<sup>86</sup> Cf. D.T. Trautman, “*Toward Federalizing Choice of Law*”, *Texas Law Review*, vol. 60, 1992, pp. 1715-1741, p. 1718.

también puede resultar un incentivo para demandar, en la medida en que 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– y de esa manera puede optar por aquella que aplique un criterio en el ámbito del derecho aplicable que en mayor medida favorezca sus intereses<sup>87</sup>.

Un importante elemento 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 ante un tribunal federal que decida acerca de cuestiones de derecho estatal, lo que es consecuencia de la doctrina del asunto *Erie*. El impacto de esta doctrina es tal que incluso cuando se trata de situaciones internacionales (y no meramente interfederales) los tribunales estatales y federales suelen dar respuesta a las cuestiones de derecho aplicable con base en lo dispuesto en el ordenamiento estatal, si bien constitucionalmente resultaría apropiada su regulación a escala federal. A este respecto, se ha insistido en que 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>88</sup>.

Las propuestas de uniformar las reglas sobre derecho aplicable en el sistema de EEUU se fundamenta 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 excesiva fragmentación y determina que las partes no puedan conocer qué ley resulta aplicable hasta que no se haya planteado el litigio ante un concreto tribunal, si bien este estado de cosas se corresponde en buena medida con el tradicional apego de un sistema como el de EEUU por

---

<sup>87</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.

<sup>88</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.



soluciones casuísticas. Ciertas propuestas destacan que la uniformización no sólo incrementaría la previsibilidad sino que facilitaría una regulación con respuestas más apropiadas a estas cuestiones, en la medida en que hace posible la cooperación interestatal<sup>89</sup>.

## 2. Unificación de las reglas de conflicto e integración europea

31. En contraste con la situación en EEUU, desde hace años en la UE se ha desarrollado un intenso proceso de unificación de las reglas de DIPr. Tras los cambios introducidos en los artículos 61 y ss TCE por el Tratado de Ámsterdam, el tradicional empleo de los convenios internacionales entre Estados miembros (como el Convenio de Bruselas sobre competencia y reconocimiento de 1968 y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a los contratos) ha sido progresivamente sustituido por el recurso a reglamentos comunitarios. Estos reglamentos hasta el momento se han centrado básicamente en la dimensión procesal, unificando con un amplio alcance las reglas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones (por ejemplo, Reglamento 44/2001 sobre competencia y reconocimiento en materia civil y mercantil y Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental), así como otras normas relativas a la cooperación judicial civil (como el Reglamento 1348/2000 relativo a las notificaciones judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; y el Reglamento 1206/2001 sobre cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas).

En el contexto europeo es opinión ampliamente extendida que una coordinación efectiva de las reglas de conflicto requiere su unificación, lo que en el marco de los actuales artículos 61 a 69 TCE implica el empleo del reglamento como instrumento normativo. 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.

32. Quienes promueven una unificación de amplio alcance del Derecho privado material en Europa suelen destacar que entre los factores que aconsejan tal evolución se encuentran las carencias asociadas a la unificación de las reglas de Derecho internacional privado como instrumento de integración. Sin embargo, a corto y medio plazo resulta claro que el potencial integrador de una mayor unificación de las reglas de

---

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

Derecho internacional privado continúa siendo superior al de una incierta tarea de uniformización de reglas materiales en sectores del Derecho privado en los que la unificación no resulta una exigencia para el correcto funcionamiento del mercado interior<sup>90</sup>. Además la unificación de las reglas de DIPr se considera una opción más respetuosa con la diversidad cultural, uno de los elementos que la UE debe respetar, y con las exigencias derivadas de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad para el ejercicio de las competencias comunitarias<sup>91</sup>.

Pese a que no es sencillo el logro del nivel de acuerdo requerido para la unificación de las reglas de conflicto<sup>92</sup>, al tiempo que 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<sup>93</sup>, 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 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 derechos privados de los Estados de la UE. Por ello, en el seno de la UE la unificación de las reglas de DIPr tiene una especial importancia y un gran potencial como elemento de integración jurídica.

---

<sup>90</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. 56-61.

<sup>91</sup> Vid. S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pp. 115-138.

<sup>92</sup> Como ilustra el controvertido alcance conflictual en el seno de la UE del llamado principio de reconocimiento mutuo o criterio de origen. Este criterio se configura también como una alternativa (y complemento) a la armonización material y favorece la libre circulación de bienes y prestación de servicios en un mercado integrado, pues la existencia de reglas diferentes deja de ser un obstáculo en la medida en que las empresas establecidas en un Estado miembro puedan comercializar libremente productos o servicios en cualquier Estado miembro siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley del Estado miembro de su establecimiento, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. 5, 2005, pp. 43-102, pp. 93-98.

<sup>93</sup> Vid. S. Álvarez González; “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, S. Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 157-190.

La vinculación de las normas unificadas sobre ley aplicable con los objetivos de integración y con el correcto funcionamiento del mercado interior, se corresponde en el ámbito de la UE con el predominio en esas normas de soluciones que buscan proporcionar previsibilidad y seguridad jurídica<sup>94</sup>. Esta tendencia se ha visto favorecida por el hecho de que una diferencia acusada entre EEUU y los sistemas europeos, sobre todo los continentales, es que éstos se caracterizan por el empleo de reglas sobre ley aplicable precisas, 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.

---

<sup>94</sup> Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Conflictos...”, *loc. cit.*, pp. 98-102.