

---

# El poder regulatorio de los gobiernos locales en los Estados Unidos: un contrapunto a la Directiva de Servicios en el ámbito local\*

Laurie REYNOLDS

Catedrática «Prentice H. Marshall»  
Universidad de Illinois (Estados Unidos)

## RESUMEN

*El objetivo de este estudio es analizar los límites que el ordenamiento jurídico estadounidense impone al poder de los gobiernos locales de interferir con la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales. La primera parte del trabajo analiza los límites derivados de la propia Constitución y, en concreto, de sus Cláusulas «de Comercio» y «sobre Privilegios e Inmunidades». La segunda parte analiza la Ley Federal de Telecomunicaciones, como ejemplo de una norma legislativa que limita explícitamente los poderes de los gobiernos locales de interferir con el mercado. La tercera y última parte del trabajo analiza tres áreas en las que la actividad regulatoria de los gobiernos locales interfiere habitualmente con el mercado: urbanismo, sistemas de licencias y normativa laboral.*

**Palabras clave:** Regulación local; Cláusula de Comercio; Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades; Mercado interior; Planeamiento.

## ABSTRACT

*The aim of this paper is to analyse the limits that the US legal order places on the power of local governments to interfere with the free movement of people, goods, services and capitals. The first part of the paper focuses on the Constitutional limits derived from the Commerce Clause and the Privileges and Immunities Clause. The second part ex-*

---

\* Este estudio tiene origen en la ponencia de la profesora Laurie REYNOLDS en el seminario «Gobiernos locales y mercado interior europeo» organizado por el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid y el Ayuntamiento de Madrid el 31 de octubre de 2013. Dicho seminario se enmarca en las actividades del proyecto de investigación DER2012-34855 («El desarrollo del mercado interior a través de los gobiernos locales») del que es investigador principal Francisco VELASCO CABALLERO.

Estudio traducido por Fernando PASTOR MERCHANT, Instituto de Derecho Local (Universidad Autónoma de Madrid) - Instituto Universitario Europeo (Florencia, Italia).

*amines the Federal Telecommunications Act as a legislative measure that explicitly limits local powers to interfere with the market. The last part considers three areas in which local regulation routinely interferes with the market: land use regulation, licensing schemes and employment regulation.*

**Keywords:** Local regulation; Commerce Clause; Privileges and Immunities Clause; Internal market; Urban planning.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS LÍMITES FEDERALES A LA REGULACIÓN LOCAL DE LOS MERCADOS: 1. La «Cláusula de Comercio» de la Constitución estadounidense: 1.1. Antidiscriminación. 1.2. Cargas indebidas. 2. La «Cláusula sobre Privilegios e Inmunities» de la Constitución estadounidense. 3. La «Doctrina del Participante en el Mercado». 4. Resumen de los principios constitucionales.—III. LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES.—IV. INTERFERENCIA DE LOS GOBIERNOS LOCALES CON LAS FUERZAS DEL MERCADO: 1. Urbanismo. 2. Licencias. 3. Regulación de las condiciones de trabajo.—V. CONCLUSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En virtud de la Directiva sobre Servicios del Parlamento Europeo<sup>1</sup>, todos los niveles de gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea tienen la responsabilidad de remover las barreras de entrada a los prestadores de servicio procedentes de otro Estados. Este mandato ha sido interpretado como una exigencia de que los gobiernos locales lleven a cabo reducciones drásticas en la regulación y controles que aplican a los prestadores de servicios que operan en sus territorios. En España, las distintas leyes de transposición de la Directiva de Servicios están reduciendo progresivamente la facultad municipal de exigir licencia previa como requisito para el ejercicio de determinadas actividades económicas. En esta línea se inscribe la reciente Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que modifica el art. 84 *bis* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Conforme a estos cambios legislativos, la licencia se sustituye normalmente por una simple comunicación o una «declaración responsable» previa al inicio de una actividad económica. Basta con que el emprendedor presente una comunicación o declaración responsable que cumpla con todos los requisitos legales (de tipo urbanístico, sobre seguridad y salubridad, medio ambiente, etc.) para que pueda iniciar la actividad<sup>2</sup>. Otros efectos indirectos de la Directiva europea tienen que ver con la posibilidad de que los gobiernos locales presten servicios que puede razonablemente ofrecer el sector privado, lo cual ha impulsado movimientos privatizadores.

<sup>1</sup> Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (*Diario Oficial* L376 de 27 de diciembre de 2006).

<sup>2</sup> Por todos: T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Corporaciones locales y defensa del interés general en la intervención en actividades y servicios», en *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013, pp. 63 y ss.

La situación en Estados Unidos difiere claramente de la realidad europea. En virtud de las constituciones, legislación y jurisprudencia (tanto federal como estatal), los gobiernos locales gozan de un amplio margen de discrecionalidad para regular el mercado interior y el movimiento de personas, bienes y servicios, y para participar como proveedores de bienes y servicios para promover la salud, seguridad y el bienestar de sus ciudadanos. Aunque muchos gobiernos locales deciden abstraerse de participar en el mercado, o privatizar algunos de sus servicios, estas decisiones son fundamentalmente políticas y no responden a ningún tipo de mandato legal.

Para determinar en qué medida los gobiernos locales pueden interferir con o modular las fuerzas del mercado en su propio territorio, es necesario atender a varias leyes federales y estatales, así como a la interpretación judicial de varias disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos. Aunque muchos economistas y muchas empresas preferirían que no fuera así, la realidad es que no existe ningún mandato general a favor de la eficiencia en los mercados —esto es, ningún mandato de tipo constitucional, judicial ni legislativo—. Y, de hecho, los gobiernos locales han sido muy proclives tradicionalmente a interferir con las fuerzas del mercado en el ejercicio de sus poderes legislativos y administrativos. El sistema legal estadounidense tolera una gran variedad de actuaciones locales que generan ineficiencias en el mercado. De hecho, algunas concepciones muy asentadas acerca del localismo y del poder local alaban la experimentación y la innovación a nivel local para proteger la salud pública, la seguridad y el bienestar a expensas de la eficiencia económica. Desde esta perspectiva, la interferencia local con las fuerzas del mercado es una señal de que el sistema estadounidense de gobierno local está funcionando correctamente, porque significa que los gobiernos locales han encontrado sus propias fórmulas para abordar los problemas propios de sus residentes.

Evidentemente, estos poderes locales están sujetos a algunos controles, pero por lo general sus contornos son vagos y su aplicación muy desigual. Sin embargo, tanto la jurisprudencia estatal como la federal establecen dos principios rectores generales. El primero es que la interferencia local con las fuerzas del mercado será inválida si supone una discriminación contra «los de fuera»; el segundo, que incluso las normas locales no discriminatorias serán inválidas si su efecto es imponer una carga excesiva sobre los flujos comerciales del mercado. Tal y como los interpretan los tribunales, estos principios dejan bastante margen para la regulación local, y su aplicación ha permitido convalidar normas locales que ocuparían un puesto muy bajo en la escala de la «maximización de la eficiencia». En ausencia de normas específicas federales o estatales, los gobiernos locales son fundamentalmente libres de adoptar reglamentaciones que interfieren de muchas maneras con la libre circulación de bienes, personas y capitales por el país.

Es cierto que el Tribunal Supremo estadounidense acuñó hace tiempo la proposición de que Estados Unidos constituye «un área de libre comercio entre varios estados»<sup>3</sup>. En un caso importante de los años treinta, en el que describió la relación que era deseable

---

<sup>3</sup> *Associated Indus. of Mo. v. Lohman*, 511 U.S. 641, 650 (1994).

entre los estados en asuntos comerciales, el Tribunal hizo una declaración que se haría famosa: «[L]os pueblos de los distintos estados deben hundirse o nadar juntos [...] y a largo plazo la prosperidad y la salvación están en la unión, no en la división»<sup>4</sup>. En la medida en que discriminan contra los no-residentes, las barreras internas al comercio y los aranceles interestatales son incompatibles con la idea de que el país constituye una sola unión económica, y en cambio no lo son las normas locales no discriminatorias que interfieren frecuente y ampliamente con las fuerzas del mercado.

Las leyes estatales que imponen barreras discriminatorias de entrada, o cuyo contenido es considerado una carga indebida para el comercio, son habitualmente invalidadas por el Tribunal Supremo. Sin embargo, los principios doctrinales acuñados a nivel federal se centran mayoritariamente en las normas estatales y no en las locales. Surge así la primera cuestión doctrinal: ¿Cómo deberían ser analizadas las normas locales en un marco constitucional que solo reconoce los gobiernos federal (nacional) y estatales?<sup>5</sup>. Si nos fijamos en la jurisprudencia en su conjunto, el Tribunal Supremo parece haber concluido que el silencio de la Constitución federal con respecto a los gobiernos locales significa que éstos deberían ser tratados como extensiones o *alter egos* de los estados que los han creado. Esto significa, a su vez, que los principios doctrinales creados en el contexto de las cargas estatales sobre los flujos del mercado deberían ser aplicados automáticamente a los acciones de los gobiernos locales, sin detenerse demasiado a dilucidar si esta extensión tiene sentido<sup>6</sup>.

En este trabajo voy a explorar los límites legales<sup>7</sup> que constriñen el poder de los gobiernos locales de interferir con el mercado interior de personas, bienes y ca-

<sup>4</sup> *Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc.*, 294 U.S. 511, 523 (1935).

<sup>5</sup> Dado que la Constitución de los Estados Unidos no contiene ninguna mención a los gobiernos locales ni a ninguna otra subdivisión de los estados, el Tribunal Supremo ha alcanzado la siguiente conclusión: «Las corporaciones municipales son subdivisiones políticas de los estados, creadas por conveniencia para el ejercicio de los poderes públicos que los estados decidan encomendarlas (...). El número, naturaleza y duración de los poderes transferidos a favor de estas corporaciones, así como el territorio sobre el que han de ser ejercidos, depende absolutamente de la discrecionalidad de cada estado» [*Hunter v. City of Pittsburgh*, 207 U.S. 161, 178 (1907)].

<sup>6</sup> A primera vista, no está claro que sea apropiado someter a los mismos parámetros legales la acción estatal y local. Al fin y al cabo, las ciudades (y las regiones) son más importantes que los estados como actor y motor de la economía del país. *Vid.* R. C. SCHRAGGER, «Cities, Economic Development, and the Free Trade Constitution», *Virginia Law Review*, núm. 94, 2008, pp. 1091 y ss., p. 1095. En su caso, el poder superior de las Entidades locales justificaría un examen más estricto o robusto de las normas locales. Sin embargo, la jurisprudencia sugiere lo contrario: que los tribunales son más deferentes con los gobiernos locales que con los estados cuando adoptan normas que interfieren con la eficiencia del mercado.

<sup>7</sup> Las disposiciones constitucionales de los estados carecen de la filosofía pro-mercado que subyace a las Cláusulas federales de Comercio y sobre Privilegio e Inmidades, y esa es probablemente la razón por la que los límites estatales al poder regulatorio de las Entidades locales suelen depender en mayor medida de la ideología de los jueces que de doctrinas legales previamente articuladas. Existen al menos dos principios de Derecho estatal y local que pueden ser utilizados por los tribunales estatales para limitar o prohibir interferencias locales con el funcionamiento de los mercados: la doctrina de la «*preemption*» (u ocupación del espacio normativo por los estados) y el alcance de la autonomía reconocida a los gobiernos locales. Aunque ninguno de estos principios se refieren específicamente a las interferencias con el mercado, han servido como base para la anulación de instrumentos regulatorios locales que interferían con los flujos del mercado de una manera

pitales<sup>8</sup>. Los asuntos decididos al amparo de la Cláusula de Comercio (*Commerce Clause*)<sup>9</sup> o de la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades (*Privileges and Immunities Clause*)<sup>10</sup> han generado un conjunto de principios, a veces contradictorios, que es necesario tener en cuenta a la hora evaluar la legitimidad de cualquier norma local que sea impugnada por constituir una interferencia inadmisibles con las fuerzas del mercado. En algunos asuntos muy específicos, las leyes federales excluyen la aplicación de los principios doctrinales comunes a algunos asuntos concretos, estableciendo normas alternativas para maximizar la eficiencia. Tras un breve repaso de la jurisprudencia constitucional relevante, analizaré la Ley Federal de Telecomunicaciones<sup>11</sup>, que limita específicamente los poderes locales y estatales para interferir con el mercado. Describiré la manera en que la Ley altera el equilibrio tradicional entre fuerzas de mercado y regulación local y me plantearé si la Ley ha sido fiel al objetivo, que marcó claramente el Congreso, de eliminar las barreras comerciales para la prestación privada de servicios de telecomunicaciones. Después de exponer este marco legal y doctrinal, concluiré analizando tres áreas en las que las normas locales habitualmente afectan a, e interfieren con, las fuerzas del mercado: ordenación del territorio, sistemas de licencias y normativa laboral.

## II. LOS LÍMITES FEDERALES A LA REGULACIÓN LOCAL DE LOS MERCADOS

### 1. La «Cláusula de Comercio» de la Constitución estadounidense

La «Cláusula de Comercio» de la constitución estadounidense declara que el Congreso de los Estados Unidos tendrá el poder de «regular el Comercio con las Naciones extranjeras, y entre los distintos estados, y con las Tribus Indias»<sup>12</sup>. A primera vista, esta disposición constitucional parece simplemente un título competencial que atribuye al gobierno federal amplios poderes para regular el comercio y para interferir con las fuerzas del mercado. En cambio, la Cláusula de Comercio no dice nada acerca de los cincuenta estados ni de sus miles de gobiernos municipales. A pesar de este silencio con respecto a la regulación infra-nacional del comercio, la jurisprudencia del Tribunal

---

que se consideraba inadmisibles. Sin embargo, dada su naturaleza casuística y *ad hoc*, no los analizaré en este trabajo.

<sup>8</sup> A pesar de que la Directiva se centra en las interferencias con la prestación de servicios, los principios del ordenamiento jurídico estadounidense que se aplican en este terreno no distinguen la prestación de servicios de otras formas de comercio. Por consiguiente, planteo mi trabajo en términos más amplios para poder ofrecer así una visión comprensiva de la participación e interferencia de los gobiernos locales con el mercado interior en general.

<sup>9</sup> Art. I, § 8, Cl. 3 de la Constitución.

<sup>10</sup> Art. IV, § 2 de la Constitución.

<sup>11</sup> *Federal Telecommunications Act* (Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56).

<sup>12</sup> Art. I, § 8, Cl. 3 de la Constitución.

Supremo ha dejado claro que la Cláusula de Comercio es mucho más que un reconocimiento afirmativo de poder a favor del gobierno federal. En una larga serie de asuntos, el Tribunal Supremo ha venido a afirmar que la Cláusula de Comercio encierra una «Cláusula de Comercio latente» («*dormant Commerce Clause*») que vincula a las acciones locales y estatales que interfieren con el comercio, definido éste de manera muy amplia.

Esta Cláusula de Comercio latente forma parte del delicado equilibrio entre los gobiernos federal, estatal y local. En esencia, la lógica que justifica la doctrina de la Cláusula de Comercio latente es que la atribución al Congreso del título competencial sobre el comercio implica la sustracción y limitación de esta competencia en los niveles estatal y local. Ésta no es la única interpretación posible de esa atribución explícita de poder, pero es la que ha adoptado mayoritariamente el Tribunal Supremo. Lo que esto significa es que cualquier regulación local que afecte al comercio o a las fuerzas del mercado puede ser impugnada, al amparo de la Cláusula de Comercio, para comprobar si sobrepasa los límites que el Tribunal Supremo impone al poder de los gobiernos locales en materia de comercio y mercado interior. El análisis del Tribunal se centra entonces en verificar que la normativa impugnada no incurre en ninguno de los dos vicios posibles: discriminación y cargas indebidas. Sin embargo, el alcance de este examen es limitado, puesto que, como ha señalado el propio Tribunal: «La Cláusula de Comercio latente no constituye una licencia abierta para que los tribunales federales decidan qué actividades son apropiadas para ser desarrolladas por los gobiernos locales, y cuáles deben ser reservadas para la competencia privada en el mercado»<sup>13</sup>.

### 1.1. Antidiscriminación

El principio jurisprudencial de antidiscriminación se deriva de la proposición básica de que Estados Unidos forma un mercado único, y de que la discriminación contra los ciudadanos procedentes de otro estado conduciría a la balcanización del país en asuntos económicos. Cualquier ley que constituya un arancel o una barrera para el comercio interestatal será declarada inválida, a menos que el gobierno pueda probar que la barrera es necesaria para proteger la seguridad de la población del estado o su medioambiente. Tomemos como ejemplo la ley del estado de New Jersey que prohibía la importación de residuos para su tratamiento en vertederos de titularidad privada. Aunque el estado argumentó que la importación de residuos supone un peligro para la seguridad pública y para el medioambiente del estado, el Tribunal declaró la ley contraria a la Cláusula de Comercio, sobre la base de que los residuos procedentes de fuera del estado no tienen un impacto sobre el bienestar o el medioambiente diferente del que tienen los residuos generados dentro del propio estado. De esta forma, la discriminación no era necesaria para proteger el interés del estado<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> *United Haulers Assoc., Inc. v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority*, 550 U.S. 330, 343 (2007).

<sup>14</sup> *Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617 (1978).

Las normas locales también pueden ser declaradas inválidas a causa de sus efectos discriminatorios prohibidos. Hubo un caso en que la Ciudad de Madison (Wisconsin) adoptó una norma que exigía que toda la leche vendida en la ciudad fuera pasteurizada en una planta que hubiera sido aprobada por el municipio y que estuviera a menos de cinco millas de los límites de la ciudad. El Tribunal no pudo encontrar ninguna justificación para esta medida, salvo el proteccionismo económico más evidente, por lo que la anuló en aplicación de lo que parecía una norma automática de invalidez para las interferencias discriminatorias con el comercio interestatal y sus mercados<sup>15</sup>.

Uno de los temas más controvertidos relacionados con las interferencias locales al comercio ha surgido en el contexto de la regulación local del «flujo de residuos». En un importante asunto, el Tribunal Supremo se planteó en qué medida la Cláusula de Comercio prohíbe que el gobierno imponga barreras al comercio, aunque dicho «comercio» tenga por único objeto los residuos generados fuera de los límites del municipio. En el asunto *C&A Carbone Inc. v. Town of Clarkstown*<sup>16</sup>, el Tribunal declaró inválidos los esfuerzos de un gobierno local para asegurar su propia capacidad a la hora de gestionar los desechos sólidos de sus residentes. El municipio de Clarkstown había adoptado un programa con la siguientes características. En primer lugar, llegó a un acuerdo con una empresa privada en virtud del cual la empresa se comprometía a construir y operar una estación de procesamiento para desechos sólidos<sup>17</sup>. En segundo lugar, el municipio aprobó una norma que obligaba a los transportistas privados locales a traer sus desechos a dicha estación; el razonamiento del municipio era que este requisito era necesario para asegurar la viabilidad económica de la estación en manos privadas. El Tribunal no encontró muchas dificultades para anular esta norma como constitutiva de una discriminación contraria a la Cláusula de Comercio:

«El objetivo reconocido de la ordenanza es garantizar que la estación retiene las tasas de procesamiento para amortizar de esta forma el coste de la instalación. Porque para alcanzar este objetivo la ordenanza impide a los competidores, incluidas las empresas procedentes de otros estados, cualquier acceso al mercado local, declaramos que la ordenanza de control del flujo es contraria a la Cláusula de Comercio»<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> *Dean Milk Co. v. City of Madison, Wisconsin*, 340 U.S. 349 (1951).

<sup>16</sup> 511 U.S. 383 (1994).

<sup>17</sup> La Agencia estadounidense de Protección del Medio Ambiente (*Environmental Protection Agency*) define el concepto de estación de procesamiento en los siguientes términos: «Las estaciones de procesamiento de residuos son instalaciones donde los residuos municipales son descargados por los vehículos colectores y retenidos brevemente mientras son cargados en otros vehículos con mayor capacidad de carga y recorrido para su transporte a vertederos u otras instalaciones de tratamiento y eliminación. Al combinar en un único transporte las cargas de varios camiones individuales de recolección, las comunidades pueden conseguir ahorros en los costes laborales y operativos de transportar los residuos a centros lejanos de eliminación. También pueden reducir el número total de viajes realizados con origen y destino en el centro de eliminación».

<sup>18</sup> 511 U.S. at 386. Años después, el Tribunal declaró que la Cláusula de Comercio no había resultado infringida por una estación de propiedad pública que había establecido idénticos métodos de «control de flujos». Vid. *United Haulers Assoc., Inc. v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority*, 550 U.S. 330 (2007). La doctrina del participante en el mercado explica este resultado.

Como he señalado antes, el Tribunal Supremo ha convalidado, en algunos casos más bien escasos, barreras locales o estatales al comercio interestatal, a pesar de su carácter discriminatorio. Si el gobierno logra convencer al Tribunal de que la discriminación es necesaria para proteger la salud, seguridad y bienestar generales, el Tribunal Supremo permitirá la discriminación, aunque interfiera claramente con el comercio interestatal. Por ejemplo, el Tribunal convalidó la decisión del estado de Maine de prohibir la importación desde otros estados de peces vivos destinados ser usados como cebo, porque el estado había demostrado que era imposible someter a los peces a controles capaces de detectar la presencia de parásitos peligrosos para las especies autóctonas<sup>19</sup>. Sin embargo, casos como éste son bastante inusuales, y lo normal es que el Tribunal declare inválidas la mayor parte de las medidas que considera discriminatorias con respecto al comercio interestatal.

### 1.2. *Cargas indebidas*

La Cláusula de Comercio latente no se opone únicamente a las cargas discriminatorias para el comercio; también se opone a las normas no discriminatorias que imponen una carga que resulta excesiva a ojos del Tribunal Supremo. Este juicio se basa en un ejercicio de ponderación que considera la importancia de los intereses promovidos por la norma, el cuidado con el que la norma está estructurada para proteger dichos intereses, y la severidad de la carga que se impone sobre el comercio. Son muy conocidas las palabras del Tribunal en el asunto *Pike v Bruce Church, Inc.*

«Cuando la ley protege un legítimo interés público local mediante una regulación uniforme, y sus efectos sobre el comercio son sólo incidentales, la ley será convalidada siempre que la carga que impone sobre el comercio no sea excesiva en relación con los beneficios locales putativos [...]. Cuando se aprecia que hay un interés legítimo local en juego, la cuestión entonces es una de grado. Y la admisibilidad de la medida dependerá entonces de la naturaleza del interés local de que se trate y de si es posible promoverlo con medidas que tengan un impacto menor sobre las actividades interestatales»<sup>20</sup>.

El «test de ponderación de *Pike*» implica, por tanto, que el examen de las normas no discriminatorias consistirá en determinar si la carga que imponen es excesiva en relación con la importancia del interés alegado por el poder público. Aunque algunos de los miembros del actual Tribunal Supremo no apoyan este test<sup>21</sup> (y preferirían limitar la jurisprudencia sobre la Cláusula de Comercio para que su alcance se ciñese a las leyes estatales que constituyen un arancel o barrera comercial frente a la competencia procedente de otro estado), la mayoría del Tribunal continúa aplicando este test a las normas estatales y locales que son impugnadas por el alcance de la carga no discriminatoria que imponen sobre los mercados y sobre el comercio en general.

---

<sup>19</sup> *Maine v. Taylor*, 477 U.S. 617 (1986).

<sup>20</sup> 397 U.S. 137, 142 (1970).

<sup>21</sup> *Vid.*, por ejemplo, *Camps Newfound-Owatonna, Inc. v. Town of Harrison*, 520 U.S. 564, 595, con votos particulares de los magistrados *Justice Thomas* y *Justice Scalia*.



La mayor parte de los asuntos donde se aplica el test de *Pike* no tienen que ver con normas locales sino estatales; sin embargo, estos parámetros legales se aplicarían igualmente en ambos casos. El test es muy deferente con la autoridad pública que defiende la norma atacada, pues recae sobre la parte recurrente la carga de la prueba en cada etapa del proceso. Es necesario demostrar, para prevalecer, algo más que una simple carga sobre el comercio; el recurrente debe convencer al Tribunal de que dicha carga es excesiva. Esto implica que el Tribunal no encarará el análisis con un argumento de eficiencia económica en mente —sólo anulará la norma si considera que el interés local o estatal es menor y que la carga sobre el comercio es extrema—. Los hechos del asunto *Minnesota v. Clover Leaf Creamery, Co*<sup>22</sup> son una buena ilustración de este tipo de enfoque. En este asunto, una ley estatal prohibía la venta de leche en contenedores de plástico. La norma era no discriminatoria, porque se aplicaba por igual a toda la leche comercializada en el estado, con independencia de su origen. Al mismo tiempo, el impacto sobre el comercio era real, porque los embotelladores de otros estados que utilizasen botellas de plástico no podrían comercializar su producto en Minnesota. Cuando la ley fue impugnada al amparo de *Pike* por los productores procedentes de fuera del estado, Minnesota argumentó que la prohibición era una parte importante de su programa para reducir el volumen de desechos en sus vertederos. A pesar de reconocer la carga significativa que la ley imponía a los productores foráneos, el Tribunal Supremo confirmó su validez, al entender que el estado debía ser capaz de proteger el medio ambiente a expensas de aquéllos.

En última instancia, la ponderación de *Pike* es extremadamente deferente con las normas estatales y locales. De hecho, según uno de los manuales más reconocidos en esta materia, la mayoría, por no decir todos los asuntos en los que el Tribunal Supremo ha aplicado el test de *Pike* para declarar inválida una carga estatal sobre el comercio, eran casos en los que la norma podía ser considerada discriminatoria y por tanto inválida como barrera comercial prohibida<sup>23</sup>. El test de *Pike* favorece claramente a la autoridad pública de dos maneras distintas: primero, al imponer la carga de la prueba sobre los recurrentes; segundo, al exigirles que demuestren que la carga sobre el comercio es sustancial. Además, incluso en aquellos casos donde los recurrentes superan este umbral, será suficiente con que exista un interés estatal no trivial para justificar la norma.

Este enfoque tan deferente con las interferencias locales y estatales sobre el comercio es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la época del *New Deal*, que se caracteriza por considerar ajenas al proceso de revisión jurisdiccional (y propias del poder legislativo) las cuestiones relacionadas con la eficiencia e importancia de las leyes estatales. Esto implica que muchas leyes estatales y locales serán ratificadas, a pesar de sus ineficiencias, simplemente porque el Tribunal se niega a valorar si las medidas tomadas por el legislador son acertadas. Tal y como declaró el Tribunal en un conocido

---

<sup>22</sup> 449 U.S. 456 (1981).

<sup>23</sup> J. E. NOWAK y R. D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, 8.<sup>a</sup> ed., Thomas-West, St. Paul, Minn., 2009, p. 343.

asunto sobre una ley estatal que prohibía a las refinerías de petróleo ostentar la propiedad de plantas de gas dentro del estado:

«El núcleo del argumento de los recurrentes es que [el estado] ha interferido “con el funcionamiento natural del comercio interestatal, ya sea a través de la prohibición o de la adopción de una regulación que impone cargas”. Los recurrentes añaden que la ley “cambiará seguramente la estructura del mercado, al debilitar a las refinerías independientes [...]”. Sin embargo, no podemos acoger la premisa sobre la que se basa el argumento de los recurrentes, según la cual la Cláusula de Comercio protege la estructura o los métodos concretos con los que se opera en un mercado de distribución [...]. La Cláusula protege al comercio interestatal, pero no a empresas concretas, de las reglamentaciones que lo prohíben o dificultan. Puede que sea cierto que los consumidores se verán perjudicados por la desaparición de las plantas con alto volumen de producción y bajos precios operadas por las refinerías independientes, pero este argumento está relacionado con el carácter acertado de la ley, no con sus efectos sobre el comercio»<sup>24</sup>.

## 2. La «Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades» de la Constitución estadounidense

La Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades de la Constitución establece que «Los ciudadanos de cada estado tienen derecho a todos los Privilegios e Inmunidades de los Ciudadanos en cada uno de los diferentes estados»<sup>25</sup>. La finalidad de esta cláusula, al igual que la de la Cláusula de Comercio, es «asegurar la armonía entre los residentes de los diferentes estados y proteger la vitalidad de la nación como una única Unión»<sup>26</sup>. Mientras que el objeto de la Cláusula de Comercio es prevenir con carácter general los obstáculos al movimiento interestatal de bienes, personas y capitales, la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades afecta exclusivamente a la capacidad de los gobiernos locales y estatales de tratar de manera diferente a los residentes y no residentes en el ámbito de sus medidas regulatorias y programas públicos. Además, en contraste con la Cláusula de Comercio, el alcance de la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades es más limitado, puesto que se centra en la discriminación y no en las cargas que impone la ley impugnada.

La Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades se aplica sobre todo en recursos dirigidos contra los requisitos de residencia y contra los beneficios que favorecen a los residentes. El Tribunal Supremo ha desarrollado un test, que consta de dos partes, y que se aplica siempre que una norma estatal o local crea una barrera para los no residentes. En primer lugar, el Tribunal verificará si el objeto de la regulación es uno de los elementos protegidos por la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades. Si lo es, la autoridad pública tendrá que demostrar que le asiste un «interés sustancial» para tratar de manera diferente a los no residentes.

<sup>24</sup> *Exxon v. Maryland*, 437 U.S. 117, 127-28 (1978).

<sup>25</sup> Art. IV, § 2 de la Constitución.

<sup>26</sup> J. E. NOWAK y R. D. ROTUNDA, *op. cit.*, p. 408.

De cara a esta primera parte del test, es importante subrayar que la Cláusula protege únicamente «los privilegios e inmunidades que son, por su propia naturaleza, fundamentales; que pertenecen por derecho a los ciudadanos de cualquier gobierno libre; y que han pertenecido, desde siempre, al patrimonio jurídico de los ciudadanos de los distintos estados que componen esta Unión»<sup>27</sup>. Aunque el alcance exacto de la cláusula queda fuera del tema de esta trabajo, el empleo en el sector privado es uno de los derechos protegidos<sup>28</sup>. Por consiguiente, cualquier norma local que obstaculice la posibilidad de que los no residentes disfruten de oportunidades de trabajo (incluyendo, claro está, la posibilidad de establecer un negocio para la prestación de servicios) puede ser objeto de impugnación legal.

Cuando se concluye que una normal local impone una carga sobre un aspecto fundamental como puede ser el empleo, el siguiente paso consiste en analizar la justificación aducida por el gobierno para la discriminación de los no residentes. La doctrina jurisprudencial en vigor exige que el gobierno pruebe que hay una razón sustancial para preferir a los residentes frente a los no residentes.

La decisión del Tribunal Supremo más clarificadora a este respecto es su sentencia de 1984 en el asunto *United Building and Construction Trades Council v. Mayor and Council of Camden*<sup>29</sup>. El Tribunal se enfrentaba en este asunto a un recurso dirigido contra una ordenanza local que se aplicaba a las empresas privadas que contrataban con la ciudad. La norma exigía que el 40 por 100 de los empleados contratados por estas empresas fueran residentes de la ciudad. En primer lugar, el Tribunal consideró que el impacto de la ordenanza sobre el empleo constituía una forma de discriminación contra los no residentes a los efectos de la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades. Sin embargo, al aplicar la segunda parte del test, el Tribunal concluyó que el expediente no contenía información suficiente para apreciar la fuerza de la justificación aducida por el municipio para la discriminación. Por consiguiente, el asunto fue devuelto al tribunal inferior con instrucciones para que éste evaluase si el empleo de trabajadores no residentes para la realización de los contratos de la ciudad «constituiría una fuente particular del mal que la [ley] trata de evitar»<sup>30</sup>. El Tribunal Supremo no volvió a pronunciarse sobre este criterio, por lo que no está claro qué tipo de prueba es necesaria para demostrar que los no residentes pueden constituir una «fuente especial del mal» a evitar.

Aunque el ámbito de aplicación de la Cláusula de Comercio y el de la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades no coinciden exactamente, y aunque algunas normas pueden ser válidas al amparo de una e inválidas al amparo de la otra, lo cierto es que el objetivo fundamental de ambas cláusulas es bastante similar. Según el Tribunal Supremo, ambas

---

<sup>27</sup> El Tribunal Supremo recurre frecuentemente a esta formulación, que tiene su origen en un asunto de principios del siglo XIX: *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas. 546, 551 (C.C.Pa. 1823).

<sup>28</sup> *United Building and Construction Trades Council v. Mayor and Council of Camden*, 465 U.S. 208 (1984).

<sup>29</sup> 465 U.S. 208 (1984).

<sup>30</sup> *Ibid.*, 222.

disposiciones constitucionales reflejan la intención de los padres de la Constitución de asegurar la armonía entre los estados y la vitalidad de la Unión. Al mismo tiempo, y a pesar de lo anterior, el objetivo de la «armonía interestatal» deja un amplio espacio para la regulación estatal y local de las fuerzas del comercio.

### 3. La «Doctrina del Participante en el Mercado»

En asuntos decididos bajo la Cláusula de Comercio y la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades, el Tribunal Supremo ha articulado la «Doctrina del Participante en el Mercado» (*Market Participant Doctrine*), que confiere una protección especial (que llega en algunos casos a la inmunidad) frente a las restricciones constitucionales, cuando el propio gobierno (ya sea estatal o local) participa en el mercado, ya sea como productor o como proveedor de bienes y servicios. Esto significa, por ejemplo, que las empresas de titularidad estatal pueden discriminar contra no-residentes, ofreciendo precios y condiciones más favorables a los residentes<sup>31</sup>. Las universidades públicas son un ejemplo muy claro de lo anterior, porque suelen prever tasas de matrícula más bajas para los estudiantes que tienen su residencia en el propio estado. Dado que el poder público es un «participante en el mercado» cuando ofrece servicios de educación superior, la discriminación contra los no residentes no resulta contraria a la Cláusula de Comercio. Estas políticas y reglamentaciones estatales pueden generar ineficiencias económicas y obstáculos discriminatorios para el comercio, pero son aceptadas como válidas porque el gobierno actúa como participante en el mercado y no como regulador.

De hecho, el alcance de la doctrina del participante en el mercado es todavía más amplio, tal y como demuestra el ejemplo de la gestión de residuos. Aunque el Tribunal Supremo invalidó una normal local que obligaba a los transportistas de residuos a trasladar sus cargas a una central de procesamiento de titularidad privada porque constituía una discriminación impermisible contra el comercio interestatal<sup>32</sup>, convalidó una norma casi idéntica en un asunto en el que la central de procesamiento era de titularidad pública<sup>33</sup>. La diferencia esencial entre ambos asuntos era la pertenencia de la estación al gobierno local y la actuación de este último como participante en el mercado, lo que convertía en irrelevante la discriminación de los transportistas no residentes.

Sin embargo, cuando el recurrente de los beneficios, preferencias o ventajas comerciales concedidos por el estado invoca la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades (y

---

<sup>31</sup> Sobre esta base, el Tribunal ha ratificado una programa estatal que reservaba la venta de cemento producido en una fábrica de titularidad pública a los residentes en el estado: *Reeves, Inc. v. Stake*, 447 U.S. 429 (1980).

<sup>32</sup> *C&A Carbone Inc. v. Town of Clarkstown*, 511 U.S. 383 (1994) (invalidez de la ordenanza sobre control de flujos).

<sup>33</sup> *United Haulers Assoc., Inc. v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority*, 550 U.S. 330 (2007) (validez de la ordenanza sobre control de flujos que obligaba al uso de una central de procesamiento de titularidad pública).

no la Cláusula de Comercio), la doctrina del participante en el mercado no protege necesariamente y con la misma extensión las acciones discriminatorias de los poderes públicos estatal o local. En primer lugar, si el beneficio o servicio públicos de carácter discriminatorio es lo bastante «fundamental», la explicación del poder público que actúa como participante en el mercado no garantizará una decisión favorable en cuanto al fondo. Esto es precisamente lo que ocurrió en el asunto *United Building and Construction Trades Council v. Camden*<sup>34</sup>, en el que el gobierno impuso a sus contratistas la obligación de utilizar criterios de contratación que favorecían a los trabajadores locales. Aunque una preferencia casi idéntica había sido convalidada apenas un año antes bajo la Cláusula de Comercio<sup>35</sup>, el Tribunal se negó a acordar la misma protección a las normas locales impugnadas bajo la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades. Sin embargo, y a pesar de que el Tribunal podría haber concluido fácilmente que el empleo en cuestión reunía las condiciones para ser considerado un objeto de regulación de interés «fundamental» y, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades, el expediente no permitía apreciar claramente la fuerza del interés público detrás de la concesión de un beneficio discriminatorio a los residentes. Al devolver el asunto, el Tribunal privó a su jurisprudencia de una decisión sobre el tipo de interés público que puede prevalecer en las acciones basadas en la Cláusula sobre Privilegios e Inmunidades que atacan las preferencias de residencia local que el gobierno impone como participante el mercado.

Aunque los límites de la doctrina del participante en el mercado no están del todo claros, no cabe duda de que esta doctrina otorga una forma importante de protección a los servicios y negocios de titularidad y explotación públicas, todo lo cual puede generar ineficiencias y ventajas públicas que impiden el desarrollo del mercado privado. La justificación de la doctrina se basa en la idea de que cuando el gobierno participa en el mercado como proveedor o vendedor de bienes y servicios, ha tomado previamente la decisión soberana y discrecional de conceder esos beneficios a sus propios residentes de una manera ineficiente o antieconómica. Cuando, por el contrario, el gobierno trata de proteger el comercio local mediante acciones que discriminan las acciones comerciales de los no residentes, el coste de estas medidas recae sobre las empresas excluidas y no sobre el estado y sus contribuyentes. Además, es de esperar, al menos en teoría, que los controles políticos limiten las ayudas indirectas concedidas a los residentes cuando el gobierno actúa como participante en el mercado. Por ejemplo, si la mayoría de los ciudadanos se oponen a que el gobierno lleve a cabo un programa para subsidiar y gestionar una piscina, el proceso político debería desembocar en un cambio legislativo que refleje esa oposición. En definitiva, cuando el gobierno no actúa como regulador sino como participante en el mercado, el escrutinio del Tribunal Supremo se relaja, dejando espacio suficiente para que el gobierno actúe de una manera que discrimina al comercio interestatal.

<sup>34</sup> 465 U.S. 208 (1984).

<sup>35</sup> *White v. Mass. Council of Construction Employers*, 460 U.S. 204 (1983).

#### 4. Resumen de los principios constitucionales

A pesar de la retórica presente en muchas de las decisiones judiciales que desarrollan la idea de que los Estados Unidos constituyen una unidad económica singular que tolera pocos obstáculos a los flujos del libre mercado, la realidad es algo diferente. Es cierto que la regla general en relación con las normas estatales o locales que discriminan a las empresas, bienes, personas o capitales no residentes es la invalidez, con un margen de permisibilidad muy limitado para las normas discriminatorias que protegen intereses públicos extremadamente importantes. Y, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo: «La principal razón de ser de la regla contra la discriminación es prohibir el tipo de normas estatales o municipales que incitarían las envidias y las medidas de retaliación que la Constitución pretendía evitar»<sup>36</sup>.

Sin embargo, el enfoque cambia cuando el recurso se dirige contra una norma que impone cargas sobre el comercio en general, aplicándose igualmente a propios y extraños. Siempre que la carga no sea extrema, la doctrina judicial dominante reconoce el derecho de los poderes públicos estatales y locales de optar por resultados económicamente ineficientes como un medio para avanzar en la consecución de los intereses y del bienestar de sus ciudadanos. Ninguna sentencia del Tribunal Supremo ha sugerido nunca que el sistema concebido y protegido por la Constitución sea el del mercado libre y desregulado. De esta forma, al quedar este tipo de decisiones reservadas para el dominio de la política, no es sorprendente que las normas estatales y locales adoptadas a lo largo y ancho del país reflejen una gran variedad de programas regulatorios, basados en concepciones diferentes acerca de la legitimidad de la interferencia pública con las fuerzas del mercado.

### III. LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

La Ley Federal de Telecomunicaciones de 1996 refleja un consenso poco frecuente entre las fuerzas del Congreso para reducir los obstáculos gubernamentales a las fuerzas del mercado, con la finalidad de promover una forma particular de negocio, en este caso, la industria de las telecomunicaciones. En uno de los primeros asuntos sobre esta ley, un tribunal federal de apelación la describió como «un marco programático pro-competitivo y desregulatorio cuya finalidad es acelerar rápidamente el despliegue por parte del sector privado de las tecnologías y servicios más avanzados de telecomunicación e información para todos los americanos, mediante la apertura a la competencia de todos los mercados de telecomunicaciones»<sup>37</sup>. Porque inclina la balanza legal para proteger una industria específica frente a la regulación pública, esta controvertida la ley ha sido descrita por sus críticos como «el mayor proceso federal de acaparamiento a favor de una industria desde

---

<sup>36</sup> *C & A Carbone, Inc. v. Town of Clarkstown*, N.Y., 511 U.S. 383, 390 (1994).

<sup>37</sup> *Sprint Spectrum, L.P. v. Willoth*, 176 F.3d 630, 637 (2d Cir. 1999).

la construcción de los ferrocarriles a comienzos del siglo XIX»<sup>38</sup>. Aunque muchas de las disposiciones de la ley se centran en dejar claro el apoyo del Congreso a la desregulación de la industria, es el tratamiento de la regulación local sobre el emplazamiento de las torres de telefonía móvil lo que supuso el adentramiento de la normativa federal en un debate que, hasta entonces, solo concernía a las normas locales de planeamiento y a las compañías de telefonía móvil.

En una sección titulada «Preservación de la Autoridad local de planeamiento»<sup>39</sup>, la ley anuncia nuevos límites federales a los poderes de los gobiernos locales para regular el emplazamiento de las torres de telefonía móvil. En primer lugar, el gobierno local no podrá «discriminar irrazonablemente» a algunos proveedores. En segundo lugar, no podrá prohibir la prestación de servicios de telefonía sin cable. En tercer lugar, deberá responder en un plazo razonable a las solicitudes de permisos para construir torres. En cuarto lugar, cualquier denegación de permiso deberá ir acompañada de una decisión escrita y estar basada en «pruebas sustanciales». Y, finalmente, los gobiernos locales no podrán fundamentar sus decisiones sobre emplazamiento en los efectos medioambientales supuestamente negativos de las instalaciones si éstas cumplen con las normas federales vigentes. Estos artículos responden a la preocupación que había provocado en la industria la capacidad de algunos grupos de oposición, de carácter local y minoritario, para imponer sus propias preferencias subjetivas y estéticas acerca del emplazamiento de las torres en sus barrios, bloqueando así la demanda de mejores servicios de telefonía procedente de la mayoría de la comunidad.

Aunque estas disposiciones parecen anunciar restricciones severas sobre el poder de planeamiento urbanístico de las Entidades locales, el encabezamiento de la sección contiene la siguiente advertencia: «Excepto en lo previsto en este párrafo, nada en este capítulo limitará o afectará la competencia de ningún estado o gobierno local ni de ningún organismo dependiente de ellos sobre decisiones relacionadas con el emplazamiento, construcción y modificación de instalaciones para prestar servicios personales inalámbricos»<sup>40</sup>. Considerados en su conjunto, los límites derivados de esta sección se sitúan por tanto a medio camino entre dos extremos: la ley no invade totalmente la competencia local de planteamiento, pero tampoco conserva plenamente el nivel previo de control local. Por un lado, la ley supone una respuesta y un rechazo de las múltiples campañas locales que lograron bloquear proyectos de instalación en muchas localidades, basándose en la movilización colectiva emocional y en lo que ha venido en llamarse actitudes NIMBY<sup>41</sup>. Pero, por otro lado, los redactores de la ley reconocieron la importancia de los controles locales sobre la decisión de emplazamiento y subrayaron la importancia

---

<sup>38</sup> Vid. J. C. NAGLE, «Cell Phone Towers as Visual Pollution», *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, núm. 23, 2009, pp. 537 y ss., p. 563, que cita a B. B. LEVITT, «Cell-Phone Towers and Communities: The Struggle for Local Control», *Orion Afield*, 1998.

<sup>39</sup> 47 U.S.C. § 332(c)(7).

<sup>40</sup> 47. U.S.C.A. §(c)(7).

<sup>41</sup> Este acrónimo ha pasado a formar parte de la jerga del urbanismo. Es el acrónimo de *Not in My Backyard*, es decir, «No en la parte de atrás de mi jardín».

de los gobiernos locales en la ecuación regulatoria. Corresponde a la judicatura, mediante un ejercicio casuístico de ponderación, lograr un equilibrio delicado entre estas consideraciones opuestas.

Quizá sea exagerado decir que los asuntos decididos al amparo de la disposición sobre la Autoridad local de planeamiento de la Ley de Telecomunicaciones son irremediablemente inconsistentes, pero es evidente que existe un importante desacuerdo entre los tribunales de los distintos circuitos federales, a juzgar por el gran número de sentencias judiciales contradictorias que analizan el papel que deberían desempeñar los gobiernos locales en las decisiones sobre emplazamiento de las torres. De hecho, un comentarista ha llegado a sugerir que la Ley de Telecomunicaciones de 1996 ha generado más pleitos urbanísticos que ninguna otra norma federal<sup>42</sup>. El desacuerdo gira en torno a la definición del nivel de «prueba sustancial» que es necesario para justificar la denegación del permiso local para construir una torre de telecomunicaciones y, más en concreto, el papel que las consideraciones de índole subjetiva y estética pueden desempeñar en este proceso.

Un repaso de las sentencias adoptadas en esta materia revela una gran variedad de enfoques. En un extremo del espectro, algunos tribunales concluyen categóricamente que los factores «puramente subjetivos» no pueden constituir una prueba sustancial para justificar la denegación de un permiso local<sup>43</sup>. Otros tribunales adoptan una postura más matizada acerca de las consideraciones subjetivas y estéticas, ratificando las denegaciones de permiso cuando la torre había sido proyectada en un emplazamiento en el que sobrepasaría en altura a todo lo que la rodearía<sup>44</sup>, en un área histórica<sup>45</sup>, o en un lugar de gran belleza natural<sup>46</sup>. Aunque no hay unanimidad, muchas sentencias aceptan la importancia de las consideraciones locales de índole subjetiva, estética o no cuantificable en la toma de decisiones sobre el emplazamiento de las torres. De ahí que la Ley parezca otorgar el nivel de protección frente a las sensibilidades locales que las compañías de telefonía deseaban.

En resumen, lo único que probablemente se puede decir con certeza es que la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1996 ha alterado el equilibrio de poder entre las

---

<sup>42</sup> Vid. J. C. NAGLE, *op.cit.*, p. 558.

<sup>43</sup> *Verizon Wireless Personal Communications LP v. City of Jacksonville*, Fla. 670 F.Supp.2d 1330, 1345 (M.D.Fla., 2009) («las preferencias puramente subjetivas [...] sencillamente no constituyen evidencia sustancial»).

<sup>44</sup> Vid., por ejemplo, *Green Mountain Realty Corp. v. Leonard*, 688 F.3d 40 (1st Cir. 2012) (convalidando denegación de permiso para un emplazamiento en el que la torre habría interferido con la estética del vecindario).

<sup>45</sup> Vid., por ejemplo, *AT&T Wireless PCS, Inc. v. Winston-Salem Zoning Bd. of Adjustment*, 172 F.3d 307, 317 (4th Cir. 1999) (convalidando denegación de permiso basada en que la torre habría tenido un impacto negativo sobre el valor histórico de una casa para la que se había solicitado un régimen especial de protección).

<sup>46</sup> Vid., por ejemplo, *Voicestream Minneapolis, Inc. v. St. Croix County*, 342 F.3d 818, 831-32 (7th Cir. 2003) (convalidando denegación de permiso para una torre cerca de una carretera escénica y de un distrito municipal histórico); *Wireless Towers, LLC v. City of Jacksonville*, Fla., 712 F.Supp.2d 1294 (M.D. Fla. 2010) (denegación justificada por la necesidad de preservar las vistas sobre un área natural prístina).



compañías de telefonía y los gobiernos locales a favor de las primeras, limitando la capacidad de respuesta de los gobiernos locales a las preferencias de sus ciudadanos con respecto al emplazamiento de las torres. Pero todavía se discute qué tipo de equilibrio perseguía exactamente la ley. Las sentencias que la interpretan no se ponen de acuerdo sobre el equilibrio que la Ley pretendía imponer entre el control local y la capacidad de las compañías de telefonía móvil para perseguir oportunidades de negocio. De hecho, la falta de claridad de la Ley sobre este punto puede suponer un obstáculo importante para la realización de su objetivo principal, que era facilitar las operaciones de las compañías de telefonía móvil.

Aunque la Ley Federal de Telecomunicaciones ha limitado la capacidad de los gobiernos locales para apoyarse (abiertamente, al menos) en las formas de oposición menos razonada a los proyectos de emplazamiento dentro de sus confines, la Ley no puede terminar con esas formas de oposición y con el descontento emocional que generan inevitablemente entre la comunidad muchas solicitudes para la construcción de torres de telefonía. Como mínimo, este descontento comunal se prolongará y complicará probablemente el proceso de emplazamiento. Y aquí, al igual que en otras áreas de planeamiento urbanístico, el retraso beneficia siempre a la oposición. En última instancia, la oposición local afecta negativamente a la reputación de la compañía de telefonía móvil por lo que, en muchos casos, lo mejor en términos políticos, estratégicos y/o económicos será abandonar el proyecto y buscar un emplazamiento menos controvertido, aunque la Ley de Telecomunicaciones pudiese servir de apoyo para revocar la denegación del permiso.

#### IV. INTERFERENCIA DE LOS GOBIERNOS LOCALES CON LAS FUERZAS DEL MERCADO

Este epígrafe analiza diversas áreas en las que los gobiernos locales interfieren habitualmente con las fuerzas del mercado, imponiendo costes y cargas sobre el movimiento de bienes, personas y capitales que acceden al territorio municipal. Algunos de estos temas probablemente estarían cubiertos por la Directiva europea de servicios.

Dado que el alcance de los poderes de las Entidades locales varían mucho a lo largo del país, al depender de las decisiones del legislador de cada estado acerca de la cantidad y el tipo de poderes que transfiere a sus subdivisiones políticas, los comentarios que realizo a continuación son necesariamente generales. En la mayor parte de los casos, la discrecionalidad y flexibilidad descritas a continuación se refieren a las unidades de gobierno a las que se les reconoce autonomía (*home rule status*). El estatus autónomo de las unidades cubiertas por la llamada «*home rule*» significa que el estado delega en ellas una competencia normativa general para regular y legislar en materia de salud pública, seguridad y bienestar. No es necesaria ninguna autorización adicional del legislador estatal, y los poderes de iniciativa del gobierno local son amplios. A falta de este estatus, la competencia normativa de los gobiernos locales depende de una delegación específica

del estado al que pertenecen. Sin un permiso especial del legislador estatal adoptado mediante una ley, las unidades que carecen de autonomía no tienen poderes para actuar. Por poner un ejemplo, las unidades autónomas de gobierno podrían indudablemente establecer sistemas de transporte público al amparo de sus poderes generales. Por el contrario, una unidad que careciera de autonomía no podría hacerlo, a no ser que el legislador estatal aprobara una ley autorizándole específicamente a establecer sistemas de transporte público. En Estados Unidos, muchas o incluso la mayoría de las ciudades de más de 20.000 habitantes, y todas las grandes ciudades, gozan de este tipo de estatus autónomo. Sin embargo, y para complicar aún más las cosas, los poderes de los gobiernos locales que gozan de autonomía están generalmente expuestos a la posibilidad de ser desplazados por la acción legislativa estatal (*state legislative preemption*), lo cual implica que toda discusión sobre el alcance de los poderes de los gobiernos autónomos debe entenderse sujeta a la advertencia de que el legislador estatal puede actuar para retirar esos poderes, incluso aquellos que tienen un fundamento claro en el estatus autónomo.

## 1. Urbanismo

Por su propia naturaleza, el urbanismo tiene un efecto excluyente con respecto a personas, bienes y capitales, puesto que interfiere constantemente con las fuerzas del mercado. En el nivel más básico, si las normas urbanísticas no interfirieran con el mercado, el urbanismo sería superfluo, porque se limitaría a reproducir el medio urbano que crearían por sí mismas las fuerzas del mercado de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda. Tal y como indicó en su día un tribunal inferior californiano:

«Aunque las ciudades pueden no utilizar sus poderes de planeamiento para regular la competencia económica, está claro que las decisiones urbanísticas y sobre planeamiento no pueden hacerse en el marco de ninguna comunidad sin tener algún impacto en la economía de la comunidad»<sup>47</sup>.

Dado que la validez del planeamiento y de otros instrumentos urbanísticos no deja lugar a dudas ni a nivel federal ni a nivel estatal, la cuestión es determinar el grado de interferencia con las fuerzas del mercado que es permisible. Aunque las líneas no están claras, es posible afirmar que existen muchas normas locales sobre urbanismo que, de haber sido adoptadas a nivel estatal, habrían sido rápidamente anuladas en aplicación de los principios más básicos que se derivan de la nutrida jurisprudencia sobre la Cláusula de Comercio. Es inconcebible, por ejemplo, que una ley estatal que impidiera el establecimiento en el territorio del estado de grandes supermercados<sup>48</sup> o de viviendas prefabricadas<sup>49</sup> pudiera

---

<sup>47</sup> *Van Sicklen v. Browne*, 15 Cal. App. 3d. 122, 127 (1971).

<sup>48</sup> Por ejemplo, *Wal-Mart Stores, Inc. v. City of Turlock*, 483 F.Supp.2d 987 (e.D. Cal. 2006); *Coronadians Organized for Retail Enhancement v. City of Coronado*, 2003 WL 21363665 (Cal. Ct. App. 2003); *In the Matter of Wal-Mart v. St. Albans Group*, 702 A.2d 397 (Vt. 1997).

<sup>49</sup> Por ejemplo, *Texas Manufactured Housing Association, Inc. v. City of Nederland*, 101 F.3d 1095 (5th Cir. 1996).

superar un examen de legalidad bajo la Cláusula de Comercio. Sin embargo, algunas iniciativas locales han sido capaces de superar este examen con éxito, a pesar de impulsar programas regulatorios que excluían estos y otros usos que ninguna ley estatal habrían podido impedir.

No está claro qué es lo que explica esta inconsistencia, es decir, cuál es la razón por la que las normas locales de planeamiento pueden interferir sistemáticamente con las fuerzas del mercado de una manera en que no pueden hacerlo los estados. Pero es posible que el peso de la larga tradición de localismo existente en Estados Unidos tenga mucho que ver en esto. Los tribunales estatales y federales han insistido muchas veces en la importancia del control local sobre los asuntos de la comunidad local, y el planeamiento es indudablemente uno de estos controles. Lo que ocurre es que, por la razón que sea, cuando los vecinos y sus representantes políticos locales actúan para definir la vía de desarrollo que ha de determinar la naturaleza de su comunidad, la Cláusula de Comercio y su preocupación por la unión económica dejan sencillamente de ser vistos como un condicionante importante. Al fin y al cabo, el objetivo de la Cláusula de Comercio no se verá amenazado, siempre que cada estado contenga una variedad suficiente de comunidades y un abanico variado de preferencias distintas sobre el medio urbanizado y sobre el ambiente general de la comunidad.

Sin embargo, una revisión de la jurisprudencia revela que, al menos en algunos casos, los recursos contra las normas locales de planeamiento basados en la Cláusula de Comercio han prosperado. En dos asuntos diferentes relacionados con una misma ordenanza sobre comercio minorista adoptada por el municipio de Islamorada, los tribunales dejaron bastante claro que la ordenanza había ido demasiado lejos en su intento por excluir las grandes cadenas de tiendas y restaurantes<sup>50</sup>. El análisis de los tribunales constató, en primer lugar, que la ordenanza favorecía ilícitamente a los negocios locales a expensas de otros operadores del mercado nacional, lo cual acercaba la norma a la categoría de discriminatoria a efectos de la Cláusula de Comercio. En este punto, la carga de la prueba se desplazó del lado del gobierno, a quien correspondía demostrar que la norma protegía un objetivo público importante de la manera menos restrictiva posible. En ninguno de los dos casos la norma superó esta fase del examen, y uno de los tribunales rechazó el objetivo de preservar a la «pequeña comunidad local» de la estandarización que las fórmulas de las cadenas comerciales nacionales necesariamente traen consigo<sup>51</sup>. Sin embargo, estos casos son extremadamente poco frecuentes, y sería un error pensar que la Cláusula de Comercio ofrece a los recurrentes un instrumento poderoso para cuestionar la legalidad de las restricciones y limitaciones comerciales que las ordenanzas urbanísticas imponen constantemente.

A nivel estatal, los tribunales reconocen generalmente el carácter inevitable de los profundos efectos que la regulación urbanística genera en el mercado. Una sentencia de

---

<sup>50</sup> *Cachia v. Islamorada*, 542 F.3d 839 (11th Cir. 2008); *Island Silver & Spice, Inc. v. Islamorada*, 475 F.Supp.2d 1281 (S.D. Fla. 2007).

<sup>51</sup> *Island Silver & Spice*, 474 F.Supp.2d at 1291.

2007 del Tribunal Supremo de California es muy ilustrativa a este respecto. El asunto *Hernandez v. City of Hanford*<sup>52</sup> trataba sobre una norma local que prohibía la venta de muebles en una gran superficie comercial con la finalidad de proteger los negocios de venta de muebles que constituían la actividad más importante y enraizada del centro de la ciudad. Esta norma era, de manera directa y por su propia esencia, anticompetitiva. Sin embargo, el tribunal la convalidó sin mayores problemas:

«Aunque la regulación de la competencia económica puede ser razonablemente considerada como un efecto directo y pretendido de una ordenanza o medida de planeamiento, siempre que el propósito principal de la ordenanza o medida [...] sea la consecución de un objetivo público legítimo —como la conservación del distrito comercial del centro de la ciudad para beneficio del municipio en su conjunto— la ordenanza [...] constituirá un ejercicio legítimo del poder municipal de ordenación»<sup>53</sup>.

Con esta formulación tan abierta, el tribunal aceptó la legitimidad de la acción local que regula directamente la competencia, por lo menos en aquellos casos en que su objetivo principal es legítimo, como lo es la conservación del centro principal de la comunidad.

En definitiva, la regulación urbanística interfiere, inhibe o desvía las fuerzas del mercado de manera constante y previsible y, a pesar de ello, el sistema judicial estadounidense tolera este resultado, viéndolo quizá como un efecto inevitable de cualquier sistema que otorgue poderes discrecionales sustanciales a sus gobiernos locales. Aunque la jurisprudencia sobre la Cláusula de Comercio parece un instrumento adecuado para examinar la constitucionalidad de las normas locales que tienen un impacto importante sobre el comercio, continúa siendo una herramienta inutilizada por parte de la mayoría de los litigantes que impugnan normas urbanísticas. La Cláusula sobre Expropiaciones<sup>54</sup>, que protege el derecho de propiedad, y algunas leyes federales especiales<sup>55</sup> parecen constituir herramientas más útiles en esta materia.

## 2. Licencias

La concesión de licencias es otra área en la que la regulación pública interfiere habitualmente con el funcionamiento eficiente del mercado. Los requisitos locales de licencia para todo tipo de negocios están muy extendidos, imponiendo costes significativos de entrada en el mercado. Aquí, de nuevo, las limitaciones legales generales al poder local son escasas.

---

<sup>52</sup> 159 P.3d 33 (Cal. 2007).

<sup>53</sup> *Ibid.*, 44-45.

<sup>54</sup> Esta cláusula provee que la «propiedad privada no podrá ser destinada a un uso público si no es a cambio de una compensación justa» (Quinta Enmienda a la Constitución). Ha sido interpretada en el sentido de que otorga una protección importante a la propiedad privada frente a la regulación pública que interfiere con el uso y valor de la propiedad.

<sup>55</sup> *Vid.* la discusión sobre la Ley Federal de Telecomunicaciones que acompaña a las notas al pie 37 a 46.

A nivel federal, la Cláusula de Comercio se aplicará para invalidar los requisitos y procedimientos discriminatorios de licencia que perjudiquen a los negocios, bienes y capitales procedentes de fuera<sup>56</sup>. Pero si la carga impuesta sobre el comercio por los requisitos de licencia son iguales para todos —los de dentro y los de fuera— la aplicación de la Constitución no desembocará normalmente en su invalidación. La jurisprudencia federal en vigor impone pocas barreras a los esquemas municipales de licencias siempre que sean uniformes.

A nivel estatal, el análisis se centra una vez más en el alcance del poder discrecional otorgado por los estados a sus gobiernos locales. En general, y particularmente cuando se trata de unidades autónomas de gobierno, los gobiernos municipales tienen libertad para adoptar cualquier programa de licencias que se adapte a las necesidades locales. Eso sí, el estado siempre puede impedir algunos tipos específicos de licencias locales, ya sea mediante la adopción de requisitos exclusivos de licencia aplicables en todo el estado, o mediante una prohibición específica aplicable a estos tipos de licencia. Esto es un problema de política estatal y no de doctrina legal.

Una vez se determina que el gobierno local tiene competencia para imponer requisitos de licencia a una determinada actividad, ya sea como consecuencia de su estatus autónomo o de un reconocimiento específico de la competencia por parte del estado, el municipio goza de un amplio margen de discrecionalidad. El requisito de obtener una licencia local se impone típicamente como una condición para el comienzo de una actividad comercial y lleva aparejada la necesidad de solicitarlo por escrito, de pagar una tasa y, frecuentemente, de soportar una inspección del local. La licencia puede ser concedida por un período específico de tiempo, cuya renovación queda condicionada al cumplimiento de algunos criterios fijados por adelantado. Las inspecciones pueden ser regulares y planificadas o sin anuncio previo. En algunas grandes ciudades, ningún tipo de actividad comercial puede ser iniciada sin una licencia previa<sup>57</sup>; otros municipios más pequeños pueden exigir licencias únicamente para una lista cerrada de negocios. Algunos municipios no exigen licencias para ningún tipo de actividad.

Aunque la competencia para exigir licencias es típicamente muy amplio, existen algunos límites generales. Tal y como se mencionó antes, la discriminación contra los residentes o contra los bienes y capitales procedentes de fuera son inválidos al amparo de la Cláusula de Comercio. Además, los gobiernos locales no pueden usar los requisitos de licencia como una herramienta general para aumentar sus ingresos. El importe de las tasas debe ser razonable, en el sentido de que debe estar orientado a recuperar el coste del

---

<sup>56</sup> *Florida Transp. Services v. Miami-Dade County*, 703 F.3d 1230 (11th Cir. 2012) (infracción de la Cláusula de Comercio por una autoridad portuaria cuya práctica era renovar sistemáticamente las licencias preexistentes y denegar sistemáticamente las solicitudes de nuevos aspirantes).

<sup>57</sup> Tal y como señala la página web del Departamento de Asuntos Comerciales y Protección de los Consumidores del Ayuntamiento de Chicago: «Cualquier empresa que opere en Chicago requiere una licencia de actividad del Ayuntamiento de Chicago» ([http://www.cityofchicago.org/city/en/depts/bacp/supp\\_info/license\\_applicationrequirementsinfor\\_mation.html](http://www.cityofchicago.org/city/en/depts/bacp/supp_info/license_applicationrequirementsinfor_mation.html)).

programa regulatorio al que sirven, o a compensar el impacto negativo que tiene sobre la comunidad el negocio sometido a licencia. En tercer lugar, algunas tasas pueden ser contrarias a la Cláusula sobre Expropiaciones de la Constitución si su impacto económico es tan grande que equivalen a una expropiación de la propiedad del solicitante de la licencia<sup>58</sup>. Finalmente, cualquier sistema de licencias que interfiera con las libertades civiles del solicitante puede también ser contrario a la Constitución<sup>59</sup>. Todos estos límites son reales y constriñen de manera significativa el poder de los gobiernos locales para imponer requisitos de licencia, lo cual no impide que el abanico de sistemas de licencia permitidos sea, aun así, extremadamente amplio.

### 3. Regulación de las condiciones de trabajo

Los gobiernos locales (una vez más, sobre todo los que tienen estatus autónomo) participan activamente en la regulación de las condiciones de trabajo. La competencia de los poderes públicos para limitar la libertad del empresario a la hora de fijar los términos y condiciones de trabajo, con la finalidad de proteger la salud, la seguridad y el bienestar públicos, está firmemente consolidada. Abundan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de las dos últimas décadas las sentencias que ratifican normas laborales que imponen costes a los empresarios con la finalidad de beneficiar a los empleados. La mayoría, por no decir todas, las normas locales sobre empleo proveen a los trabajadores de beneficios que exceden los que se les habría reconocido en un mercado desregulado.

Durante la última década se han multiplicado las campañas locales para mejorar las condiciones de trabajo de los empleados con menores salarios. Ejemplos de estas iniciativas, que interfieren abierta y sustancialmente con las fuerzas del mercado, son las medidas para aumentar el salario mínimo local al nivel del salario mínimo vital (excediendo por tanto los mínimos fijados por la legislación federal y estatal)<sup>60</sup>, las medidas que exigen a los empresarios locales conceder bajas por enfermedad<sup>61</sup>, las medidas que exigen a los contratistas públicos locales reconocer beneficios a las parejas del mismo sexo de sus empleados<sup>62</sup> y las medidas que establecen mecanismos de recurso para que los trabajadores por horas puedan reclamar el salario prometido.

Aunque toleradas a nivel legal, estas interferencias tan claras en forma de normas locales sobre empleo están sujetas a un límite muy real que se deriva de las propias fuerzas

---

<sup>58</sup> *Myles Salt Co. v. Board of Com'rs of Iberia & St. Mary Drainage Dist.*, 239 U.S. 478 (1916).

<sup>59</sup> *Vid.*, por ejemplo, *Kagan v. City of New Orleans*—F.Supp.2d— (E.D. La. 2013); *Edwards v. District of Columbia*—F.Supp.2d— (D.D.C. 2013). En estos casos, los tribunales federales rechazaron los argumentos de los solicitantes de las licencias según los cuales la exigencia de licencia para los guías turísticos violaba la libertad de expresión reconocida por la Primera Enmienda de la Constitución.

<sup>60</sup> *Vid.*, por ejemplo, *New Mexicans for Free Enterprise, v. City of Santa Fe*, 126 P.3d 1149 (N. Mex. 2005).

<sup>61</sup> Se estima que alrededor del 40 por 100 de los empleados del sector privado en Estados Unidos no reciben ningún tipo de prestación económica durante las bajas por enfermedad.

<sup>62</sup> *Vid.*, por ejemplo, *S.D. Myers, Inc. v. City and County of San Francisco*, 253 F.3d 461 (9th Cir. 2001) (rechazando el recurso interpuesto por San Francisco sobre la base de la Cláusula de Comercio).

del mercado. Los gobiernos locales deben tener en cuenta la posibilidad de que el aumento de los costes que recaen sobre las empresas que operan en su territorio provoque una huida de éstas hacia comunidades consideradas más favorables para los negocios. Esta realidad es un aspecto importante de la ponderación política que los gobiernos locales tienen que hacer al considerar los riesgos y los beneficios de adoptar normas más beneficiosas para los trabajadores. La realidad, constituida por las demandas que las comunidades del entorno imponen a los empleadores, funciona como un límite efectivo para los esfuerzos que los gobiernos municipales pueden realizar para mejorar los términos y condiciones de sus trabajadores más desfavorecidos.

## V. CONCLUSIÓN

Aunque la economía estadounidense depende fuertemente de las fuerzas del mercado, hay bastante espacio para las normas locales que interfieren con estas fuerzas, reduciendo la eficiencia económica. Las normas sobre urbanismo, licencias y empleo son solo algunos de los ejemplos más claros. No existe ningún mandato nacional o estatal a favor de la eficiencia, ni ningún tipo de control general por parte del gobierno sobre el poder que tienen las Entidades locales para regular los mercados. A nivel federal, la Cláusula de Comercio, con su prohibición de tratar de manera discriminatoria la actividad comercial de los no residentes, representa un límite significativo para la regulación local de los mercados. Sin embargo, la determinación del alcance de los poderes locales para interferir con las fuerzas del mercado corresponde fundamentalmente a los niveles estatal y local, donde serán las fuerzas políticas las que determinen cuánto margen de poder deja cada estado a sus subdivisiones políticas, y donde serán los propios gobiernos locales los que decidan si ejercen o no los poderes reconocidos por sus estados. Aunque el equilibrio es diferente en cada uno de los cincuenta estados, todos ellos toleran una dosis importante de interferencia local con el comercio que parecen incompatible con la Directiva europea de servicios.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.: «Corporaciones locales y defensa del interés general en la intervención en actividades y servicios», en *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013, pp. 63 y ss.
- NAGLE, J. C.: «Cell Phone Towers as Visual Pollution», *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, núm. 23, 2009, pp. 537 y ss.
- NOWAK, J. E., y ROTUNDA, R. D.: *Constitutional Law*, 8.ª ed., Thomas-West, St. Paul, Minn., 2009.