

Incidencia de la europeización del Derecho internacional privado

Impact of the europeanization of Private international law

PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 10.10.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9356

Resumen: Esta contribución se centra en el desarrollo y evolución del Derecho internacional privado de la Unión Europea, como fenómeno determinante de la erosión de las normas sobre ley aplicable de los Estados miembros. Aborda la transformación del marco competencial e institucional, así como los elementos comunes característicos de las normas de la Unión sobre Derecho aplicable, destacando la profunda transformación de nuestro sistema recogido en el Título Preliminar del Código civil.

Palabras clave: Unión Europea, Ley aplicable, Unificación, Código civil

Abstract: This contribution focuses on the main features of the development of European Union private international law, as a crucial element undermining the significance of the national rules on applicable of the Member States. It deals with the transformation of the institutional framework, as well as the basic features of the Union's choice of law rules, highlighting the profound transformation of the Spanish system as set out in the Preliminary Title of the Civil Code.

Keywords: European Union, Applicable law, Unification, Civil Cod

Sumario: II. Planteamiento. II. Fundamentos de la europeización de las normas sobre Derecho aplicable. III. Evolución del marco competencial e institucional. 1. Tratado de Ámsterdam. 2. Tratado de Lisboa. IV. Rasgos básicos de la europeización de las normas de Derecho aplicable. 1. Unificación. 2. Universalidad y geografía variable. 3. Transformación del sistema español. 4. Principios y libertades comunitarias. V. Interacción con la normativa internacional. 1. Competencias externas de la Unión. 2. Participación de la Unión en convenios internacionales. 3. Coordinación internacional y desplazamiento de las normas nacionales sobre ley aplicable. VI. Reflexión fina

I. Planteamiento

1. La presente contribución se enmarca en el contexto de un análisis colectivo sobre el cincuentenario del Título Preliminar del Código Civil desde la perspectiva del Derecho internacional privado. La unificación de las normas sobre ley aplicable por parte de la Unión Europea es el principal fenómeno determinante del progresivo desplazamiento de las reglas de conflicto contenidas en el Título Preliminar, como consecuencia del principio de primacía del Derecho de la Unión y del alcance de la armonización llevada a cabo en el seno de la Unión. Otras aportaciones de este esfuerzo colectivo abordan de manera específica la evolución y permanencia en la actualidad de las normas de los Capítulos IV y V del Título

Preliminar del **Código** civil en los diversos sectores del Derecho privado, tanto desde la perspectiva del Derecho internacional privado como del Derecho interregional.

2. La presencia de esos análisis específicos, referidos a los diversos grupos de materias, como el Derecho de la persona y de la familia, el Derecho patrimonial y el Derecho de sucesiones, que se prestan a tratar la concreta repercusión de los instrumentos de la Unión y de los convenios internacionales sobre las normas de cada uno de esos sectores del Título Preliminar del Código civil, explica que esta contribución responda a un enfoque general, en buena medida introductorio. Se centra en los principales rasgos del desarrollo y evolución del Derecho internacional privado de la Unión durante las últimas décadas, como fenómeno determinante de la erosión de la aplicación de las normas del Título Preliminar del Código civil, desplazadas por las adoptadas en el seno de la Unión en cada una de las materias que son objeto de análisis específico en esas otras contribuciones

II. Fundamentos de la europeización de las normas sobre Derecho aplicable

3. Las limitaciones inherentes al desarrollo de la unificación del Derecho privado (material) en el seno de la Unión constituyen un elemento determinante de la pervivencia de una situación de pluralismo normativo que menoscaba la previsibilidad del régimen de las relaciones privadas transfronterizas también en el seno de la Unión. Ahora bien, el nivel de seguridad jurídica de las relaciones privadas transfronterizas requerido para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior puede alcanzarse con el establecimiento de reglas uniformes en materia de ley aplicable, sin necesidad de unificar amplias parcelas de los Derechos privados de los Estados miembros¹. Esta constatación ha condicionado la función atribuida en la UE al desarrollo de normas comunes de Derecho aplicable como instrumento clave de integración. En la evolución del proceso de integración se ha considerado preferible una solución, que junto a un cierto nivel de armonización de las legislaciones materiales en sectores donde exista una especial necesidad de armonización, respete la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y asegure un nivel razonable de coordinación, mediante la unificación de las normas sobre determinación de la ley aplicable².

4. La unificación de las normas sobre determinación de la ley aplicable facilita que el tratamiento de las diversas situaciones privadas internacionales no varíe en función del Estado miembro en el que se plantee la controversia. Esta circunstancia resulta coherente con el alcance y el contenido de la unificación de las normas de competencia judicial,³ así como con la caracterización del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de otro Estado miembro como elemento fundamental sobre el que se construye la cooperación judicial en asuntos civiles en el seno de la Unión (art. 81 TFUE), basada en la confianza recíproca entre sus Estados miembros

5. Frente a las especiales dificultades inherentes a la armonización de las legislaciones materiales o sustantivas de Derecho privado de los Estados miembros, la uniformización de las reglas de Derecho aplicable implica una distorsión menor de los ordenamientos nacionales afectados y es respetuosa con su diversidad y con la igualdad entre tales ordenamientos.⁴ La elaboración por parte de la Unión de

¹ *Vid.*, K.F. KREUZER, “Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts -Vorgaben des Gemeinschaftsrecht”, P.C. MÜLLER-GRAFF (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 373-447, pp. 408-409; 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; y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2004, p. 400; y J. Basedow, *EU Private Law (Anatomy of a Growing Legal Order)*, Intersentia, 2021, pp. 696-707.

² *Cf.* W. FIKENTSCHER, “Harmonizing National and Federal European Private Laws, and a Plea for a Conflicts-of-law Approach”, M. BUSSANI Y U. MATTEI (eds.), *The Common Core of European Private Law*, La Haya, Kluwer, 2003, pp. 43-48, p. 48.

³ *Vid.*, v.gr., R. ARENAS GARCÍA, “Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito”, C. ESPLUGUES MOTA, P. DIAGO DIAGO Y P. JIMÉNEZ BLANCO (eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant lo blanch, 2019, pp. 23-51, p. 38.

⁴ *Cf.* P. HAY, O. LANDO, R. ROTUNDA, “Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration”, M. CAPPELLETTI, M. SECOMBE, J. WEILER (eds.), *Integration Through Law*, vol. I.2, Berlín, De Gruyter, 1986, pp. 161-259, pp. 168-170.

instrumentos de Derecho internacional privado uniforme, en tanto garantice a las relaciones privadas transfronterizas la seguridad jurídica necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior, resulta una vía intermedia de coordinación legal acorde con las exigencias de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5 TUE). Este planteamiento facilita el respeto a la identidad cultural de los Estados miembros (en algunos de los cuales, como en España, incluso coexisten dentro de ellos diversas legislaciones territoriales en materias jurídico-privadas) en línea con lo dispuesto en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁵ -según el cual, la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros-, al tiempo que posibilita cierta competencia entre ordenamientos⁶.

6. El aludido objetivo de garantizar a las relaciones privadas transfronterizas la seguridad jurídica necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior aconseja que la técnica de coordinación básica a nivel comunitario sea la unificación de las normas sobre Derecho aplicable (especialmente de las aplicables a las situaciones intracomunitarias) y no su mera armonización. La preferencia por la unificación se traduce en la identificación del reglamento como instrumento normativo con eficacia directa y aplicación inmediata que resulta idóneo a estos efectos. El empleo de meras directivas objeto de posterior transposición en las legislaciones nacionales se considera que no garantiza con carácter general el nivel de previsibilidad requerido. Semejante planteamiento se corresponde, como se analizará más adelante, con la práctica reiterada en la adopción de actos comunitarios específicos de Derecho internacional privado desde el Tratado de Ámsterdam y condiciona cómo las legislaciones de los Estados miembros en la materia resultan desplazadas por las normas de la Unión. Además, el elevado número de Estados miembros de la UE tras sus sucesivas ampliaciones dificulta y es un factor adicional que desaconseja el empleo de convenios internacionales entre Estados miembros a estos efectos, frente a la práctica inicial en el seno de la Comunidad Económica Europea con base en el antiguo artículo 220 TCEE.⁷

7. Ese enfoque se ha traducido en la adopción en las últimas tres décadas de un conjunto significativo de reglamentos de la Unión con un amplio ámbito de aplicación y normalmente sin restricciones territoriales a su aplicación por los tribunales de los Estados miembros. Ello resulta determinante de la especial y profunda repercusión durante las últimas tres décadas del proceso de integración europea sobre el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, que ha sido mucho mayor que sobre el conjunto de nuestro Derecho privado.

III. Evolución del marco competencial e institucional

1. Tratado de Ámsterdam

8. Elemento clave en la europeización del Derecho internacional privado fue la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam,⁸ lo que incluso fue considerado como el cambio más importante producido en el ámbito del Derecho internacional privado en todo el siglo XX⁹. Entre las

⁵ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) Protocolos Anexos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, DO C 202 de 7.6.2016, pp. 1-388

⁶ *Vid.*, en el contexto en el que se gestó la atribución de competencias específicas en materia de Derecho internacional privado a la Comunidad Europea, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario", *Dereito (Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela)*, vol. 5, 1996, pp. 9-48, pp. 19-22; A.V.M. STRUYCKEN, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *R. des C.*, t. 232, 1992, pp. 257-384, pp. 278-285; H. KOCH, "Private International Law: A Soft Alternative to the Harmonisation of Private Law?" *ERPL*, vol. 3, 1995, pp. 329-342, esp. pp. 336-339

⁷ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y que entró en vigor el 1 de enero de 1958.

⁸ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340 de 10.11.1997, pp. 1-144.

⁹ A. BORRÁS, "Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam", *REDI*, vol. LI, 1999 (2), pp. 383-426, p. 383.

novedades del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, por el que se modificaron el TUE, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, destacó desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el que por primera vez figurara en el texto del TCE una mención expresa a “las normas... sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”.

9. En concreto, el art. 61 TCE dispuso que “(a) fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará:... c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el art. 65”. Por lo tanto, la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil pasó a ser competencia comunitaria, en los términos del artículo 65 TCE (que con ciertas modificaciones coinciden con los del actual art. 81 del TFUE). El artículo 65 TCE mencionó expresamente no sólo el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, sino también, entre otros, “los conflictos de leyes y de jurisdicción”. Se trató de una evolución que alteró sustancialmente la situación previa, en la que las normas convencionales elaboradas con base en el antiguo artículo 220 TCEE (convertido después en el art. 293 TCE) quedaban fuera del ámbito comunitario en sentido propio, sin perjuicio de que la participación en tales convenios internacionales se limitara a los Estados miembros y respecto de algún instrumento normativo, como el Convenio de Bruselas de 1968,¹⁰ antecedente del Reglamento 1215/2012 o Reglamento Bruselas I bis,¹¹ se garantizara su interpretación uniforme con intervención del entramado judicial comunitario.

10. Al dejar constancia expresa en el TCE de la necesidad de reforzar la uniformización de las normas sobre ley aplicable de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, el Título IV de la Tercera Parte TCE resultante del Tratado de Ámsterdam representó un progreso significativo, reflejando en el propio TCE que la falta de compatibilidad “de las normas sobre conflictos de leyes y jurisdicción” de los Estados miembros puede menoscabar el correcto funcionamiento del mercado interior. Además, la previsión expresa de competencias comunitarias en materia de Derecho internacional privado ha facilitado una elaboración sistemática de instrumentos comunitarios en este ámbito, superando la intervención legislativa puntual y esporádica en esta materia, tradicional de los actos de Derecho comunitario derivado adoptados previamente¹².

11. Como el empleo del artículo 61.c) TCE (y art. 67) en tanto que base jurídica sólo se preveía en el artículo 65 TCE “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”, cabía cuestionar si esa base jurídica era suficiente para la adopción de medidas que unifiquen las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros y que tengan un ámbito de aplicación espacial universal. Este tipo de normas tienen como consecuencia desplazar por completo dentro de su ámbito de aplicación material y temporal a las normas de fuente interna de los Estados miembros, como las contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil (en línea con la situación bien conocida ya en relación con el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹³), incluso para determinar el régimen jurídico de relaciones vinculadas sólo con terceros Estados. Por ello, se podía cuestionar si realmente eran imprescindibles con un alcance tan amplio para el correcto funcionamiento del mercado interior y podían, por lo tanto, adoptarse con el artículo 65 TCE como única base jurídica.

12. Respecto al procedimiento de adopción, las medidas previstas en el artículo 65 TCE debían respetar los estrictos términos del artículo 67 TCE, que durante un periodo transitorio de cinco años man-

¹⁰ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada), DO C 27 de 26/01/1998, pp. 1–33.

¹¹ Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), DO L 351 de 20.12.2012, pp. 1–32.

¹² Cf. F. POCAR, “La comunitarizzazione del Diritto internazionale privato: una *European Conflict of Laws Revolution*?”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, vol. XXXVI, 2000, pp. 873–884, pp. 882–883.

¹³ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DO L 266 de 9.10.1980, pp. 1–19.

tuvo un régimen casi intergubernamental respecto de estas cuestiones, al menoscabar las facultades de iniciativa normativa de la Comisión, limitar la intervención del Parlamento y exigir la unanimidad para que el Consejo decidiera. El Tratado de Niza¹⁴ incluyó en el artículo 67 TCE un nuevo apartado 5, según el cual “las medidas previstas en el artículo 65 TCE, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia” debían ser adoptadas por el Consejo de conformidad con el procedimiento de codecisión establecido en el artículo 251 TCE. En consecuencia, respecto de las medidas en el ámbito del Derecho de familia continuó aplicándose la unanimidad tras la entrada en vigor del Tratado de Niza, en contraste con la situación respecto de las reglas de Derecho internacional privado referidas a otras materias

13. La posibilidad de plantear ante el Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales respecto a la interpretación del nuevo Título IV de la Parte III TCE (en el que se integraba el art. 65) y a la validez o interpretación de actos de instituciones comunitarias basados en ese Título aparecía formulada en el artículo 234 TCE en términos más estrictos que los que operan con carácter general. La restricción se manifestaba en que tales cuestiones prejudiciales en el marco del mencionado Título IV sólo podían proceder de los tribunales nacionales cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

2. Tratado de Lisboa

14. El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa,¹⁵ que modificó el TCE, que pasó a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El Tratado de Lisboa no alteró de manera sustancial la situación establecida tras el Tratado de Ámsterdam en lo que respecta al alcance de las competencias comunitarias específicas en el ámbito del Derecho internacional privado. No obstante, sí implicó algunos cambios relevantes, en buena medida vinculados a la transformación institucional llevada a cabo por el propio Tratado de Lisboa, que entre otras cuestiones determinó que –finalmente– la Unión Europea, que pasaba a estar dotada de personalidad jurídica, sustituyera a la Comunidad Europea.

15. El carácter continuista del TFUE en el ámbito del Derecho internacional privado queda de manifiesto al comparar que los aspectos más significativo del antiguo artículo 65 TCE aparecen ahora reproducidos en el artículo 81 TFUE, que es el único que integra el Capítulo titulado “Cooperación judicial en material civil” que forma parte del Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la Tercera Parte del TFUE.

16. En lo que respecta a los tres sectores básicos del Derecho internacional privado, el artículo 81 TFUE se limita a reiterar los términos del artículo 65 TCE, si bien incorpora algunos añadidos. Destaca el potencial de la inclusión de la referencia en el artículo 81.e) TFUE a la posibilidad de adoptar en este ámbito las medidas necesarias para “garantizar” la tutela judicial efectiva. Se pretende así reforzar lo que afirma el artículo 67.4 TFUE (que es el primero del mencionado Título V y que contiene ciertas disposiciones generales), que sólo establece que la Unión “facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”.

17. El hecho de que en relación con los tres sectores básicos del contenido del Derecho internacional privado el artículo 81 TFUE se limite a reproducir en lo fundamental los términos del artículo 65 TCE no merece una opinión especialmente favorable. Teniendo en cuenta la experiencia y los logros de la década precedente, cabía haber aprovechado la modificación de los tratados constitutivos llevada a

¹⁴ Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 80 de 10.3.2001, pp. 1-87.

¹⁵ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, DO C 306 de 17.12.2007, pp. 1-271

cabo en el Tratado de Lisboa para prever una atribución de competencia a las instituciones de la Unión en términos más precisos y respetuosos con las necesidades de la integración y el modo como esas competencias se habían ya venido ejerciendo. Por ejemplo, resulta claro que los Reglamentos Roma I¹⁶ y Roma II¹⁷ no se limitan a garantizar “la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes”, como se afirma en el artículo 81 TFUE. Esos instrumentos, y los otros adoptados posteriormente en materia de ley aplicable en el marco del artículo 81 TFUE, lo que establecen es una auténtica unificación de normas de ese sector en sus respectivos ámbitos de aplicación, lo que determina el desplazamiento de normas nacionales, como las contenidas en los apartados 4, 5, 6 y 9 del artículo 10 del Código civil.

18. La experiencia acumulada ya en los años precedentes y el peculiar significado de las normas de Derecho internacional privado como instrumento de integración en el marco de la UE avalaban que en los diversos sectores del Derecho internacional privado lo aconsejable en el ámbito de la Unión es la verdadera unificación de las normas de competencia judicial internacional y derecho aplicable, como reflejaban ya el Reglamento Bruselas I, el Reglamento Roma I y el Reglamento Roma II. Resulta evidente que tales instrumentos no se limitan a la “aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 81.1 TFUE) ni a garantizar sencillamente la compatibilidad de las normas de los Estados miembros en materia de competencia judicial internacional y ley aplicable. Por ello, hubiera sido aconsejable una redacción diferente del artículo 81 TFUE que dejara claro que la atribución de competencia a la Unión en esta materia comprende la posibilidad de establecer normas comunes y unitarias que implican una verdadera unificación, típicamente mediante reglamentos

19. El Tratado de Lisboa sí introdujo algo más de flexibilidad en uno de los aspectos en los que los términos restrictivos de la atribución de competencias en materia de Derecho internacional privado habían planteado más dudas en relación con el artículo 65 TCE, como ha quedado antes indicado. Ese artículo hacía referencia en su primer párrafo a que pueden adoptarse en este ámbito medidas “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”, restricción que generó dudas acerca de las posibles limitaciones de esa base jurídica para la adopción de normas de alcance universal, como las empleadas en la unificación de las reglas de conflicto llevada a cabo por el Reglamento Roma I y Roma II, así como los instrumentos posteriores en materia de Derecho aplicable.

20. Como los motivos de que ese tipo de instrumentos no tengan restricciones espaciales o territoriales a su ámbito de aplicación son convincentes, y se trata de una opción necesaria para evitar la complejidad e inseguridad jurídica inherente a la existencia de reglas de conflicto específicas para las situaciones intracomunitarias, resultaba cuestionable esa pretendida limitación a lo que sea necesario para el mercado interior. Sobre este particular, el artículo 81 TFUE introdujo un elemento adicional de flexibilidad, coherente con la práctica previa -y posterior- de las instituciones comunitarias al adoptar reglamentos en este ámbito, pues matiza la vinculación con el mercado interior, al hacer referencia en su apartado 2 a “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”. Al añadir “en particular” la redacción actual aclara que permite la adopción de ese tipo de reglas de conflicto de carácter universal sin requerir una justificación específica de que resultan necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.

21. Otro aspecto importante en el que el Tratado de Lisboa consolidó el marco establecido por el Tratado de Ámsterdam –sin perjuicio de la repercusión de los cambios institucionales- es el relativo al procedimiento legislativo de adopción de las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Se mantiene el tratamiento específico de las medidas relativas al Derecho de familia para las que

¹⁶ Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008, pp. 6-16.

¹⁷ Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199 de 31.7.2007, pp. 40-49.

el artículo 81.3 TFUE prevé la necesidad de que el Consejo se pronuncie por unanimidad, en línea con la situación previa conforme al artículo 67 TCE, lo que ha resultado en la práctica determinante de la relevancia del mecanismo de la cooperación reforzada para la adopción de algunos de los instrumentos. Salvo en materia de Derecho de familia, el resto de las medidas en este ámbito se adoptarán, de conformidad con el artículo 81.2 TFUE, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, regulado en el artículo 294 TFUE (antiguo art. 251 TCE).

22. Asimismo, tras el Tratado de Lisboa se mantuvo la peculiar posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca –prevista en el artículo 69 TCE–, para que pudieran quedar al margen de los diversos instrumentos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Así resultó de lo dispuesto en el Protocolo (nº 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, así como del Protocolo (nº 22) sobre la posición de Dinamarca.

23. Un aspecto en el que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa representó un avance notable fue el relativo a la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de cuestiones prejudiciales relativas, entre otras, a la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 TFUE (antiguo art. 234 TCE). En el régimen previo introducido por el Tratado de Ámsterdam, el muy criticado artículo 68 TCE preveía la aplicación de un régimen diferenciado, distinto del establecido con carácter general en el artículo 234 TCE, que en la práctica restringía los tribunales de los Estados miembros que podían plantear cuestiones prejudiciales en este ámbito, pues limitaba esa posibilidad a los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

24. Tras el Tratado de Lisboa el Tribunal de Justicia adquirió una competencia prejudicial general en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, al desaparecer el artículo 68 TCE. La competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil tiene como consecuencia que todos los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia también en este sector, lo que resulta un avance significativo, habida cuenta de que en relación con instrumentos que regulan aspectos como la competencia judicial internacional pueden estar presentes especiales intereses que justifican que la cuestión prejudicial se plantee en la fase inicial del litigio, pues, por ejemplo, puede ser determinante de que los tribunales de ese Estado carezcan de competencia para conocer del litigio.

IV. Rasgos básicos de la europeización de las normas de Derecho aplicable

1. Unificación

25. Entre las características de los instrumentos de Derecho internacional privado adoptados con base en las disposiciones que introdujo el Tratado de Ámsterdam en el TCE, contenidas ahora en el artículo 81 TFUE, cabe destacar el dato de que siempre el tipo de acto elegido para establecer normas comunes sobre ley aplicable ha sido el reglamento. Ciertamente, en el ámbito de la Unión se halla ampliamente consolidado el criterio de que una coordinación efectiva de las reglas de conflicto requiere su unificación, lo que implica el empleo del reglamento como instrumento normativo. Por otra parte, la vinculación de las normas unificadas sobre ley aplicable con los objetivos de integración y con el correcto funcionamiento del mercado interior, se corresponde con la importancia atribuida en la configuración de esas normas al objetivo de proporcionar previsibilidad y seguridad jurídica.

26. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la actividad normativa de las instituciones comunitarias en el ámbito de la ley aplicable se ha traducido en la adopción de reglamentos, que ha supuesto una unificación de las normas de conflicto entre los Estados miembros de amplio alcance. En línea con las particulares características de este instrumento como medio de unificación, se trata de

actos que son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 288 TFUE. Lo anterior determina que típicamente desplacen de manera directa dentro de su ámbito de aplicación a las normas preexistentes nacionales en materia de ley aplicable, como las contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil.

27. El recurso a ese tipo de acto es un elemento común a todos los instrumentos de cooperación judicial civil adoptados en este ámbito, como reflejan, en particular, los siguientes instrumentos: Reglamento Roma I; Reglamento Roma II; Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos;¹⁸ Reglamento (UE) 1259/2010 sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)¹⁹; Reglamento (UE) 650/2012 en materia de sucesiones mortis causa;²⁰ Reglamento (UE) 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia;²¹ Reglamento (UE) 2016/1103 en materia de regímenes económicos matrimoniales;²² y Reglamento (UE) 2016/1104 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.²³ También es el tipo de acto elegido en los trabajos actualmente en curso para expandir la unificación de las normas sobre ley aplicable a nuevos ámbitos, como los derechos reales²⁴, la filiación²⁵ y la protección de adultos.²⁶

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

29. Más allá de los instrumentos específicos elaborados en el ámbito de la cooperación judicial civil, la creación de reglas de conflicto uniformes en otros instrumentos del derecho derivado tiene una repercusión limitada sobre los sistemas nacionales, incluidas las normas sobre ley aplicable del Título Preliminar del Código civil. A este respecto, cabe señalar que la creación de ciertas instituciones jurídico-privadas de ámbito supranacional que no eliminan las instituciones equivalentes de ámbito nacional, pero atribuyen a los operadores la opción entre la de ámbito comunitario y la nacional, ha tenido lugar mediante reglamentos que incluyen ciertas normas sobre ley aplicable. Este fenómeno resulta bien conocido, en particular, en el sector societario, mediante la sociedad anónima europea²⁷ y la sociedad

¹⁸ Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009, pp. 1–79.

¹⁹ Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29.12.2010, pp. 10–16

²⁰ Reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201 de 27.7.2012, pp. 107–134.

²¹ Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (versión refundida), DO L 141 de 5.6.2015, pp. 19–72.

²² Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183 de 8.7.2016, pp. 1–29.

²³ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183 de 8.7.2016, pp. 30–56.

²⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos, COM/2018/096 final, de 12 de marzo de 2018

²⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, COM/2022/695 final, de 7 de diciembre de 2022

²⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos, COM/2023/280 final, de 31 de mayo de 2023.

²⁷ *Vid.* artículo 1.1 Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DO L 294 de 10.11.2001, pp. 1–21.

cooperativa europea²⁸; así como en el de la propiedad industrial, mediante, entre otros, los reglamentos sobre la marca comunitaria y el diseño comunitario²⁹.

30. Como los reglamentos que crean estas instituciones jurídicas no proporcionan una regulación omnicompreensiva, y el ordenamiento comunitario, por el limitado alcance de sus reglas de Derecho privado, no puede colmar esas lagunas, resulta normalmente relevante fijar una norma que determine la legislación de qué Estado miembro debe completar en cada caso las carencias de la normativa comunitaria. Ahora bien, el impacto uniformizador de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado de estas reglas de conflicto comunitarias es muy limitado, en la medida en que su función se reduce a determinar qué ordenamiento de un Estado miembro debe ser empleado para suplir las carencias normativas de las disposiciones comunitarias reguladoras de esa concreta institución europea.

31. Por otra parte, también tiene un impacto limitado el que ciertas directivas de armonización contienen normas sobre ley aplicable en materias particulares, incluyendo reglas sobre la aplicabilidad de normas de armonización a situaciones jurídico-privadas transfronterizas. Se trata de reglas que determinan las situaciones a las que resulta de aplicación la normativa de armonización, por lo que su empleo suele ser clave en situaciones en las que la directiva fija un nivel unitario de protección, que proporciona un nivel de tutela más elevado que el que está presente en muchos sistemas extranjeros, de modo que la norma sobre ley aplicable concreta la vinculación exigida con la UE como determinante de la imperativa aplicación del estándar de protección. Las normas sobre el particular imponen un mandato a los Estados miembros de garantizar la aplicación del estándar de protección a todas las relaciones transfronterizas que presenten un vínculo significativo con la Comunidad, como sucede con el artículo 6.2 de la Directiva 1993/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores y el artículo 12 de la Directiva 2008/122/CE sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico³⁰. Se trata de normas cuya transposición en nuestro ordenamiento no tuvo lugar mediante la modificación de las normas del Título Preliminar del Código Civil sino en el marco de la legislación específica de transposición de las correspondientes directivas, como es el caso de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³¹ y de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.³²

2. Universalidad y geografía variable

32. Además de su adopción mediante reglamentos, otro rasgo común relevante de todos los instrumentos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial civil reguladores de la ley aplicable es su carácter universal. La ley designada por las reglas de conflicto de cada uno de esos instrumentos se aplica aunque no sea la de un Estado miembro. Por consiguiente, se trata de instrumentos cuyas normas

²⁸ Vid. artículo 8 Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DO L 207 de 18.8.2003, pp. 1–24.

²⁹ Vid. artículo Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (versión codificada), DO L 154 de 16.6.2017, pp. 1–99; artículo 88 Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, DO L 3 de 5.1.2002, pp. 1–24. Además, vid. artículo 8.2 Reglamento Roma II. En relación con la interpretación de este último, vid. STJUE de 3 de marzo de 2022, *Acacia*, C-421/20, EU:C:2022:152.

³⁰ Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, DO L 33 de 3.2.2009, pp. 10–30.

³¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Véase la STJCE de 9 de septiembre de 2004, Comisión c. España, C-70/03, EU:C:2004:505, que declara el incumplimiento de España al no haber adaptado plenamente el Derecho español al artículo 6.2 Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas.

³² BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

sobre ley aplicable resultan de aplicación por los tribunales de los Estados miembros sin ninguna restricción territorial en todas las situaciones comprendidas dentro de su ámbito de aplicación material, que comporten un conflicto de leyes, es decir están conectadas con dos o más ordenamientos jurídicos. A modo de ejemplo, las normas del Reglamento Roma II resultan de aplicación con independencia de cuál sea la nacionalidad o residencia habitual del presunto responsable y de la víctima, de dónde se localice el daño, y de que la ley designada por la regla de conflicto sea o no la de un Estado miembro (art. 3)

33. Ese alcance espacial tan amplio de los instrumentos que unifican las normas sobre ley aplicable es determinante para evitar la coexistencia de normas de conflicto diferentes para las situaciones intracomunitarias y extracomunitarias, lo que podría ser una fuente de inseguridad jurídica.³³ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como ilustra su sentencia *Owusu*³⁴, ha puesto de relieve en el marco de la competencia judicial internacional que las normas que tienen como objetivo eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior pueden ser normas que no se apliquen únicamente a las situaciones que tienen un vínculo efectivo y suficiente con el funcionamiento del mercado interior. El objetivo de eliminar los obstáculos al mercado interior puede justificar que sean también de aplicación a otras situaciones que contengan un elemento de extranjería. Asimismo, en su Dictamen 1/03 el Tribunal de Justicia puso de relieve que el capítulo II del RBI tiene por objeto unificar las reglas de competencia, no sólo para los litigios de carácter intracomunitario sino también para los que contengan un elemento de extranjería, con la finalidad de eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior resultantes de las diferencias entre las legislaciones nacionales en la materia. Sus normas establecen un sistema global aplicable no sólo a las relaciones entre los Estados miembros³⁵. Si bien estas afirmaciones en la jurisprudencia del TJCE han ido referidas a la unificación de las reglas de competencia judicial internacional, cabe entender que pueden proyectarse también sobre la unificación de las reglas de conflicto

34. Como ha quedado ya apuntado, esta evolución resultó avalada por el Tratado de Lisboa que, para facilitar la adopción de instrumentos sobre ley aplicable con un ámbito de aplicación universal, modificó la redacción del antiguo artículo 65 TCE introduciendo un elemento de flexibilidad en el actual artículo 81 TFUE. Su apartado 2 hace ahora referencia a la adopción por la Unión de instrumentos con normas sobre ley aplicable “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”. Al añadir “en particular” se pretendía aclarar que esta base jurídica permite la adopción de reglas de conflicto de carácter universal

35. A modo de ejemplo, el ámbito de aplicación material y alcance universal del Reglamento Roma I -y de su antecedente el Convenio de Roma de 1980- son determinantes de la marginación de las normas del Código Civil sobre ley aplicable a los contratos. Conforme al art. 1.1. del Reglamento Roma I, sus disposiciones son aplicables a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, de manera que su regulación va dirigida a determinar el régimen aplicable a todos los contratos internacionales y desplaza a las normas nacionales en la materia. Esta conclusión no resulta alterada en lo sustancial por el hecho de que el ap. 2 del art. 1 Reglamento Roma I prevea que sus normas no se aplicarán a una serie de cuestiones, pues se trata de materias en las que la determinación de la ley aplicable no ha tenido lugar tradicionalmente a través de las reglas de conflicto en el ámbito contractual, sino que han sido objeto de un tratamiento específico, que justifica su exclusión del Reglamento Roma I y del Convenio de Roma. En concreto, entre las materias que quedan expresamente al margen se encuentran las relativas a: estado civil; capacidad (sin perjuicio de que los arts. 13 Reglamento Roma I y 11 Convenio de Roma establecen una regla sobre el particular); contratos

³³ Destacando que la universalidad es la única opción razonable en el caso de las normas sobre ley aplicable, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “Cincuenta años de Derecho internacional privado de la Unión Europea: el lado oscuro”, *50 años de Derecho internacional privado... op. cit.*, pp. 53-86, p. 56.

³⁴ STJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, C-281/02, EU:C:2005:120.

³⁵ *Vid.* Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, relativo a la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, apdos. 142-146.

sucesorios y matrimoniales; derechos y obligaciones derivados de relaciones de familia; obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables cuando se trate de obligaciones que deriven de su carácter negociable; convenios de arbitraje y de elección de foro; cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas.

36. El TJUE ha confirmado que como el RRI, según su artículo 1.1, “se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”, también es aplicable a los contratos entre parte de una misma nacionalidad “siempre que incluyan un elemento de extranjería”, por ejemplo, al tenerse que ejecutar alguna de las prestaciones contractuales en otro Estado o al presentar vínculos con operaciones con conexiones con otros Estados. La circunstancia de que en esas situaciones la nacionalidad común sea de un Estado miembro o de un tercer Estado resulta en principio irrelevante, pues el otro factor -junto al elemento de extranjería- determinante para la aplicación del RRI, que conforme a su artículo 2 tiene un ámbito de aplicación universal, es que se trate “de un litigio ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro” (como es el caso de España).³⁶

37. Como consecuencia de su alcance universal, las normas de conflicto de todos los reglamentos con normas sobre ley aplicable adoptados en el marco de la cooperación judicial civil resultan de aplicación por los tribunales o autoridades españoles en el ámbito material cubierto por el reglamento correspondiente con independencia de que los otros ordenamientos con los que esté vinculada la situación sean o no de Estados miembros. El carácter universal de todos estos reglamentos determina el desplazamiento dentro de su ámbito material de las normas del régimen de fuente interna, como las incluidas en los artículos 9.2, 9.8, 10.4, 10.5, 10.6, 10.8 y 11 Código Civil.

38. Asimismo, el desplazamiento total dentro del ámbito material correspondiente de las normas de conflicto nacionales ha condicionado la nueva redacción dada a los artículos 9.6 y 9.7 Código Civil por el artículo 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. En concreto, la remisión inicial del nuevo artículo 9.6 Código Civil en materia de ley aplicable a la protección de menores únicamente al Convenio de La Haya de 1996 responde al ámbito de aplicación universal que presentan las normas de derecho aplicable de ese instrumento internacional.

39. Por su parte, la redacción dada al artículo 9.7 Código Civil en la Ley 26/2015 se limita a reflejar que, por su alcance universal y ámbito de aplicación material, para nuestros tribunales y autoridades resulta en todo caso determinante en materia de obligaciones de alimentos entre parientes el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Virtud de esa modificación fue eliminar de nuestro ordenamiento las antiguas reglas sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias del artículo 9.7 Código Civil previo, desplazadas totalmente desde hace años por la normativa internacional, de modo que su pervivencia en el Título preliminar del Código Civil únicamente podía ser fuente de confusión. No obstante, el modo como se lleva a cabo ahora la referencia a la normativa internacional puede suscitar dudas. Teniendo en cuenta que la UE tiene competencia exclusiva en esta materia y que la aplicación del mencionado Protocolo de La Haya de 2007 en nuestro sistema es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento (CE) 4/2009 en materia de alimentos, relativo también a la ley aplicable, podría haber resultado apropiado la referencia a la legislación de la UE.

40. Al margen de las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, cabe reseñar que el carácter universal del Reglamento Roma III explica también que la modificación del apartado 2 del artículo 107 Código Civil por la disposición final 1.28 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, suprimiera las normas de fuente interna sobre ley aplicable a la separación o divorcio previamente contenidas en el artículo 107.2 Código Civil y las sustituyera por la remisión a las normas de la Unión Europea.

³⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2023, *Diamond Resorts Europe y otros*, C-632/21, EU:C:2023:671.

41. Un factor que limita el alcance de la unificación llevada a cabo por los instrumentos de la Unión en materia de cooperación judicial internacional es que no resultan de aplicación en todos los Estados miembros.

42. Por una parte, de acuerdo con el Protocolo núm. 21 del TFUE sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia y su Protocolo núm. 22 sobre la posición de Dinamarca estos tres países tienen la posibilidad de no participar en esos instrumentos, lo que -dejando de lado la situación del Reino Unido, habida cuenta del Brexit-, se ha traducido en que Dinamarca se haya mantenido en gran medida al margen de la cooperación en este ámbito.

43. Por otra parte, conforme al artículo 81.3 TFUE, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, en el que el Consejo se pronunciará por unanimidad. La imposibilidad de alcanzar la unanimidad se ha traducido en que buena parte de los instrumentos sobre ley aplicable en esa materia se hayan adoptado mediante la instauración de una cooperación reforzada entre una parte de los Estados miembros de la UE. Tal es el caso, en particular, del Reglamento (UE) 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III); Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y Reglamento (UE) 2016/1104 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

44. No obstante, cabe señalar que la no participación en esos instrumentos de ciertos Estados de la Unión carece de relevancia desde la perspectiva de la aplicación de las normas sobre ley aplicable de estos instrumentos por los tribunales y autoridades españolas. Como consecuencia del carácter universal de sus reglas sobre ley aplicable, éstas se aplican respecto de las situaciones internacionales vinculadas con Estados no participantes, e incluso cuando designan como aplicable la ley de un Estado no participante. En consecuencia, las normas sobre ley aplicable de esos instrumentos desplazan dentro de su ámbito material a las del sistema de fuente interno español (por ejemplo, el art. 9.2 Código Civil relativo a la ley aplicable a los efectos del matrimonio), con independencia de que ciertos Estados miembros de la Unión no participen en tales instrumentos.

3. Transformación del sistema español

45. Ha quedado ya señalado que, más allá de los instrumentos iniciales en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales, la unificación de las normas sobre ley aplicable en el marco de la cooperación judicial civil en el seno de la UE se ha ido expandiendo a otros ámbitos cubiertos por las normas del Capítulo Cuarto del Título Preliminar del Código Civil, incluyendo las sucesiones mortis causa, así como en materia matrimonial. Asimismo, mediante la interacción con convenios internacionales, la unificación se ha extendido a los ámbitos de protección de menores y obligaciones alimenticias entre parientes.³⁷

46. Esta intervención legislativa ha tenido lugar en circunstancias en las que no solo ha determinado que la eventual aplicación de las reglas de conflicto de fuente interna sea residual en la mayoría de las materias, lo que se vincula con el amplio alcance de los instrumentos adoptados, sino que, además, las normas preexistentes han sido sustituidas por otras basadas en criterios muy diferentes.³⁸ Esta constatación ha implicado una transformación profunda de elementos básico de nuestro sistema con-

³⁷ De cara a la evolución futura, reviste especial trascendencia la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de los adultos, COM/2023/281 final, de 31 de mayo de 2023

³⁸ Desde una perspectiva general, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, "El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: valores y principios regulativos", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, 2020, pp. 11-40.

flictual, Así, cabe hacer referencia a la expansión de la autonomía conflictual a nuevas materias que han propiciado las normas de conflicto europeas, su mayor flexibilidad con base en la importancia atribuida al principio de proximidad, así como al desplazamiento de la nacionalidad como punto de conexión en beneficio de otros criterios, incluido el de la residencia habitual

47. A modo de ejemplo, el desplazamiento de las normas de conflicto en materia contractual del Código Civil ha resultado en una apreciable evolución hacia reglas mejor adaptadas a las exigencias de la contratación internacional, que incluye un régimen específico para los contratos de consumo, así como una previsión de la posible eficacia de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. Además, esa transformación se aprecia de manera especial en los criterios generales de determinación de la ley aplicable.

48. Por una parte, el Reglamento Roma I no contempla ciertas restricciones a la elección de la ley aplicable impuestas en el art. 10.5.º Código Civil, que limita la eficacia de la elección a los supuestos en los que es expresa y además solo admite la elección de una ley «que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate». El sistema del RRI favorece que las partes puedan alcanzar un acuerdo acerca de la ley aplicable al suprimir esas limitaciones. Por otra parte, en relación con la ley aplicable a falta de elección, el RRI establece criterios basados en el principio de proximidad que contrastan con la rigidez de las reglas establecidas en el art. 10.5.º Código Civil.

49. En concreto, conforme al art. 10.5.º Código Civil, en defecto de elección por las partes, a las obligaciones contractuales se aplicará: «la ley nacional común a las partes, a falta de ella, la de la residencia habitual común y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato». La circunstancia de que en la contratación internacional no sea frecuente que las partes compartan nacionalidad o residencia habitual determina que en el art. 10.5.º Código civil el criterio básico para determinar la ley del contrato sea en la práctica el lugar de celebración del contrato. Para concretar el lugar de celebración en la legislación española resulta determinante que los arts. 1.262 Código Civil y 54 Código de Comercio establecen que los contratos entre ausentes se presumen celebrados en el lugar en que se hizo la oferta, si bien en materia de contratación electrónica se ha introducido una norma específica. De acuerdo con el art. 29 LSSI, las normas relativas a los contratos celebrados por vía electrónica fijan el lugar de celebración en el establecimiento del prestador de servicios, salvo cuando intervenga como parte un consumidor, supuesto en el que el lugar de celebración será el de la residencia habitual del consumidor. La inclusión de esta regla responde al objetivo de favorecer la tutela de la posición de los consumidores en la contratación electrónica internacional. No obstante, su utilidad para lograr ese objetivo resulta muy limitada, pues las disposiciones relevantes para determinar la legislación aplicable en materia de contratos internacionales de consumo —básicamente, el art. 6 RRI— no utilizan el lugar de celebración del contrato como punto de conexión.

50. El abandono del lugar de celebración del contrato como punto de conexión para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales en el RRI conduce a marginar un criterio de conexión poco apropiado, por su rigidez (no permite valorar otras circunstancias del contrato que pueden ser mucho más significativas para su localización) y por estar basado en un elemento que puede resultar circunstancial o casual, pues, además, en la contratación entre ausentes —tan frecuente ahora en las transacciones internacionales— el lugar de celebración constituye ante todo una ficción jurídica

51. También la entrada en vigor del Reglamento Roma II supuso una profunda evolución de la regulación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en nuestro ordenamiento. Desde la perspectiva española, resulta clave el dato de que sus soluciones para determinar con carácter general la ley aplicable a una obligación extracontractual se basan en buena medida en criterios distintos de los que inspiran el artículo 10.9 Código Civil que previamente regulaba la ley aplicable a todos los supuestos de responsabilidad para los que no existía una regla específica³⁹.

³⁹ Vid. M.A. AMORES CONRADI, “Artículo 10. Apartado 9”, M. ALBALADEJO Y S. DIAZ ALABART (dirs.) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 2ª ed., Madrid, 1995, t. I, vol. 2, pp. 729-769.

52. El efecto transformador del Reglamento Roma II es en primer lugar consecuencia de su ámbito de aplicación espacial y material. Como ha quedado ya señalado, el Reglamento tiene alcance universal y resulta de aplicación por los tribunales españoles con independencia de los vínculos que la obligación extracontractual presente con España o con la UE, pues ha de ser aplicado siempre que se trate de obligaciones extracontractuales en “situaciones que comportan un conflicto de leyes” –es decir que presentan conexiones con varios ordenamientos nacionales-, obviamente en la medida en que los tribunales españoles tengan competencia judicial internacional para conocer del litigio. Por consiguiente, cuando una situación se halla comprendida en el ámbito material del Reglamento resultan desplazadas las normas previamente aplicables del sistema español, en particular, el artículo 10.9 Código Civil, pero también otras como el artículo 10.4 Código Civil o, en su momento, el artículo 4 Ley 3/1991 de Competencia Desleal⁴⁰.

53. El amplio alcance material del Reglamento Roma II resulta, por lo tanto, decisivo de la medida en la que sus normas sustituyen a las del sistema español de fuente interna. Conforme a su artículo 1 el Reglamento se aplica al conjunto de las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, incluyendo las derivadas de un enriquecimiento injusto, la gestión de negocios ajenos y los tratos previos a la celebración de un contrato, con exclusión únicamente de las materias enumeradas en su apartado 2. Ahora bien, ese apartado 2 –muy próximo a la norma similar del Reglamento Roma I- hace referencia en su mayor parte a cuestiones relativas a sectores diversos del de la responsabilidad civil extracontractual y que típicamente quedan subsumidas en el supuesto de hecho de normas de conflicto diferentes, de modo que su exclusión del ámbito del Reglamento no tiene como consecuencia que resulte aplicable el artículo 10.9 Código Civil. Ese es el caso de la exclusión de las obligaciones extracontractuales derivadas de relaciones familiares; regímenes económicos matrimoniales; testamentos y sucesiones; letras de cambio, cheques, pagarés y otros instrumentos negociables; y del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas respecto de cuestiones como su constitución, capacidad jurídica, funcionamiento y disolución.

54. Especial trascendencia práctica –y difícil justificación- tiene la exclusión del ámbito material del Reglamento Roma II de “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación” –artículo 1.2.g)-. Es ahora muy habitual que este tipo de conductas se desarrollen a través de medios de comunicación difundidos en una pluralidad de países e incluso con potencial alcance global como es característico de Internet, lo que condiciona que la necesidad de determinar la ley aplicable sea muy frecuente y que la cuestión se plantee en términos especialmente complejos pudiendo dar lugar a que resulten simultáneamente aplicables un número muy elevado de leyes. Por ello, la unificación a escala comunitaria de la ley aplicable en esta materia resultaba especialmente oportuna, en un ámbito en el que la interpretación de los sistemas de los Estados miembros presenta una notable incertidumbre.

55. Es de lamentar, por lo tanto, la incapacidad del legislador comunitario para regular una materia en la que la unificación es especialmente necesaria. La ausencia de una regla sobre el particular es en gran medida consecuencia de la presión ejercida por los medios de comunicación y otros grupos de intereses afines que rechazaban una solución del tipo de la incluida en la Anteproyecto inicial de Reglamento presentado por la Comisión en 2002 cuyo artículo 7 establecía la aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima. Por lo tanto, desde la perspectiva española, continúa siendo de aplicación el artículo 10.9 Código Civil para determinar la ley aplicable en esta materia.

56. El ámbito material del Reglamento Roma II condiciona también que el desplazamiento de alguna de las reglas de conflicto de fuente interna afectadas por el Reglamento no sea total, en la medida

⁴⁰ La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (*BOE* núm. 315, de 31.12.2009) eliminó de la norma sobre el ámbito de aplicación espacial contenida en el artículo 4 Ley de Competencia Desleal, aclarando en su Exposición de Motivos que precisamente el Reglamento Roma II “permite suprimir cualquier referencia a su ámbito de aplicación territorial”.

en que el supuesto de hecho de la norma interna cubre materias que van más allá de la responsabilidad civil extracontractual. Así resulta en particular del contraste entre el supuesto de hecho del artículo 10.4 Código Civil y el artículo 8 Reglamento Roma II que desplaza parcialmente al anterior.

57. El modelo al que responde el artículo 10.4 Código Civil se caracteriza por regular de una manera unitaria la ley aplicable a todas las cuestiones relativas al régimen de los derechos de propiedad industrial e intelectual. De esta manera, la regla de conflicto en la materia, mediante el recurso a la *lex loci protectionis*, determina la ley aplicable, entre otros aspectos, a: la concesión de esos derechos y los requisitos a los que se subordinan su otorgamiento; la determinación de su titular originario; la duración, renuncia, caducidad y nulidad de los derechos; sus efectos y las facultades conferidas a su titular; así como su transmisibilidad; los actos que constituyen infracción de los mismos; las consecuencias de la infracción; y los efectos frente a terceros de los contratos de explotación. Por el contrario, el artículo 8 Reglamento Roma II, en coherencia con el ámbito de aplicación de ese instrumento, determina la ley aplicable en concreto a “la obligación extracontractual que se derive de la infracción de un derecho de propiedad intelectual”. Por lo tanto, su supuesto de hecho es limitado y no comprende importantes aspectos del régimen de esos derechos, que continúan regidos por el artículo 10.4 Código Civil tras la entrada en vigor del Reglamento Roma II.

58. Ahora bien, lo que interesa destacar en este momento es que el efecto transformador del Reglamento sobre el sistema español de Derecho internacional privado no resulta sólo del amplio alcance dentro del que desplaza a las normas del Título Preliminar previamente aplicables sino también del hecho de que responde en gran medida a un modelo de regulación basado en criterios distintos a los recogidos en el régimen de fuente interna. Sin perjuicio de la existencia de soluciones coincidentes, como ocurre precisamente con el recurso al criterio *lex loci protectionis* en el artículo 8 Reglamento Roma II y en el artículo 10.4 Código Civil, el Reglamento implicó una notable modernización de la regulación general de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales cuando se compara con la situación existente hasta entonces en el régimen de fuente interna, que se limitaba básicamente al artículo 10.9 Código Civil.

59. Frente al carácter general, rígido, y excluyente de la autonomía de la voluntad del modelo resultante del artículo 10.9 Código Civil, el Reglamento responde a una mayor especialización, así como a una flexibilización respetuosa con el principio de proximidad, al tiempo que introduce, aunque con significativas restricciones, la libertad de las partes para seleccionar la ley aplicable. Ciertamente, en el sistema español de fuente interna la breve norma del primer párrafo del artículo 10.9 Código Civil (“Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”) agotaba la regulación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de hechos dañosos, sin perjuicio de la existencia de reglas específicas en materia de protección de la propiedad industrial e intelectual y de competencia desleal en la medida en que las obligaciones no contractuales en esos ámbitos quedaban sometidas a las reglas sobre ley aplicable propias de esos sectores del ordenamiento. El artículo 10.9 Código Civil se limitaba a añadir reglas específicas con respecto a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la gestión de negocios y del enriquecimiento sin causa.

60. El Reglamento Roma II incorpora una cierta especialización, como refleja el hecho de que incorpore reglas específicas sobre los daños causados por productos defectuosos, los daños medioambientales y los daños causados por una acción de conflicto colectivo. Por otra parte, frente al modelo rígido del artículo 10.9 Código Civil, la norma general del artículo 4 Reglamento Roma II si bien aparece configurada de un modo más estricto en lo que se refiere a la concreción del punto de conexión, pues precisa que la ley aplicable es “la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño”,⁴¹ introduce una cierta flexibilidad mediante la cláusula de correc-

⁴¹ STJUE de 17 de mayo de 2023, *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme y d’Autres Infractions*, C-264/22, EU:C:2023:417, apdo. 18.

ción basada en el principio de proximidad de su apartado 3. Otra diferencia importante frente al modelo de regulación del artículo 10.9 Código Civil, que no contempla la autonomía de la voluntad y ha sido tradicionalmente interpretado en el sentido de que excluye tal posibilidad, es que el Reglamento introduce en su artículo 14 la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable, siempre que se respeten ciertos límites.

61. Desde la perspectiva española y los límites a la transformación de nuestro sistema por las carencias de la unificación a escala de la Unión, tiene especial relevancia que, como ha quedado apuntado, la exclusión en el artículo 1.2.g) del Reglamento Roma II de las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, determina que en relación con esta importante categoría de ilícitos continúa siendo de aplicación el artículo 10.9 CC, pues nuestro sistema de no cuenta con un régimen diferenciado para esa categoría de ilícitos.

62. Conforme al artículo 10.9 CC, «(l)as obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven». Esta norma, que determina con carácter general la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales mediante la tradicional regla *lex loci delicti*, no precisa cuál es el lugar del daño en las situaciones en las que el hecho causal y el resultado lesivo se producen en distintos países, como es frecuente en Internet.

63. Ante la ausencia de criterios de solución sobre el particular en el artículo 10.9 Código civil, goza de amplio apoyo en nuestro sistema el empleo como criterio de base en tales situaciones de la regla de la ubicuidad, que permite al demandante fundar su reclamación bien en el ordenamiento del país donde se localiza el hecho causal bien en la ley del país donde se manifiesta el daño, salvo en supuestos en los que sea posible determinar objetivamente que entre los varios lugares «donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven» las obligaciones existen comparativamente niveles de proximidad dispares con la situación, de manera que el criterio de ubicuidad no se corresponde ya con el fundamento de la norma, sino que procede el recurso como *lex loci delicti* a la ley del país en el que realizándose alguna de esas circunstancias (hecho causal o manifestación del daño) quepa apreciar una mayor proximidad con la situación.⁴²

64. Ciertamente, la aplicación del artículo 10.9 CC en relación con este tipo de ilícitos reclama un análisis específico. Por una parte, aunque la actividad sea perceptible a nivel global debe rechazarse que cualquier lugar de recepción de los contenidos o la información transmitidos por Internet sea por esa simple circunstancia lugar del daño. Además, la aplicación de la ley de cada uno de los múltiples lugares de manifestación del daño, aunque sea solo con respecto al daño directo experimentado en el correspondiente territorio, puede conducir en los supuestos de violación de derechos de la personalidad a través de Internet a una excesiva fragmentación, que podría constituir una solución poco apropiada en situaciones en las que el lugar donde se encuentra el entorno vital principal de una persona –típicamente, su residencia habitual– sea lugar básico de recepción de la información en circunstancias que demuestren una vinculación significativa con ese lugar (en atención a la procedencia geográfica de las consultas de esos contenidos a través de Internet y a la configuración del sitio, que típicamente no aparezca específicamente dirigido a otro país).

65. En tales situaciones, puede resultar apropiado considerar que el lugar del daño a los efectos de determinar la ley aplicable a este tipo de ilícitos es el lugar de residencia de la víctima (o allí donde tiene su centro de vida), considerado como lugar del conjunto del daño derivado de la difusión de contenidos por Internet. De hecho, esa solución era la prevista en el Anteproyecto de 2002 del Reglamento Roma II en su regla especial para la responsabilidad civil derivada de la violación de derechos de la personalidad, que partía de la aplicación de la ley del lugar de residencia habitual de la persona cuyos derechos de la personalidad se reputan lesionados sin perjuicio de la eventual aplicación en situaciones

⁴² Poniendo de relieve cómo la aplicación de ese criterio en este ámbito puede resultar matizada por la repercusión de los derechos fundamentales constitucionales, *vid.* M. AMORES CONRADI Y E. TORRALBA MENDIOLA, “Difamación y Roma II”, *AEDI-Pr*, t. VII, 2007, pp. 251-265, pp. 264-265.

excepcionales de la ley de otro país que presente vínculos manifiestamente más estrechos, de acuerdo con la cláusula de excepción. Se trata, además, de un planteamiento que favorece la correlación entre la ley aplicable y el tribunal competente a la luz del criterio del fuero de centro de intereses de la víctima establecido en la sentencia *eDate Advertising*.⁴³

66. La práctica española relativa a la aplicación del artículo 10.9 del Código civil a este tipo de situaciones, avala la aplicación de la ley del centro de intereses de la víctima, en particular cuando coincide con la ley española en tanto que ley del foro. En este sentido, para fundamentar la aplicación del Derecho español al interpretar el artículo 10.9 Código civil en relación con las vulneraciones de derechos de la personalidad en línea, el Tribunal Supremo ha destacado la importación de conjugar lo dispuesto en el artículo 10.9 Código civil con el fuero del centro de intereses de la víctima del artículo 7.2 Reglamento Bruselas I bis, cuando la competencia se funda en ese criterio de competencia, así como con la circunstancia de que el lugar de manifestación del daño es donde se produce la difusión del contenido lesivo.⁴⁴

67. Además, en relación con las reclamaciones relativas a derechos de la personalidad, la implicación directa de derechos fundamentales condiciona decisivamente el tratamiento de las cuestiones de ley aplicable. La concreción de los límites de la licitud de las conductas viene básicamente determinada por el alcance atribuido al derecho fundamental a la libertad de expresión y de información y la ponderación con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En tales circunstancias, la configuración de estos derechos fundamentales en la *lex fori* debe ser respetada en todo caso en este tipo de controversias, de modo que en el sector de la ley aplicable resulta de gran importancia el recurso al orden público, como correctivo de la aplicación de ordenamientos extranjeros. Además, lo señalado acerca del orden público como límite al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en esta materia limita en la práctica decisivamente la efectividad de tales decisiones.

4. Principios y libertades comunitarias

68. Al margen de la unificación de las normas sobre derecho aplicable mediante la adopción de reglamentos específicos, el proceso de integración europeo ha contribuido por otras vías a la uniformización de las reglas sobre ley aplicable. La exigencia de conformidad con el Derecho de la Unión se proyecta sobre el conjunto de los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros⁴⁵. Esa exigencia de conformidad implica la necesidad de que, en el ámbito de aplicación del TFUE, la configuración e interpretación de las normas de Derecho internacional privado del sistema español satisfagan las exigencias derivadas del principio de no discriminación, así como de las libertades comunitarias, como reglas especiales de no discriminación y de prohibición de restricciones no justificadas por motivos de interés general.

69. Ciertamente, la repercusión del Derecho de la UE sobre los sistemas nacionales de Derecho internacional privado no se limita a normas de contenidas en instrumentos de Derecho derivado, como es el caso de los reglamentos reseñados. De algunos principios establecidos en el propio TFUE derivan importantes límites a la configuración o aplicación de las normas nacionales sobre ley aplicable, incluidas ciertas disposiciones del Título Preliminar del Código civil, como sus artículos 9.1 y 9.11.

70. Así sucede, por ejemplo, con la repercusión de las normas en materia de no discriminación, ciudadanía de la Unión y libertad de circulación sobre la aplicación de la ley nacional al nombre de las

⁴³ STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685.

⁴⁴ STS (Sala de lo Civil) de 24 de junio de 2024, N° de Recurso:7054/2023, ES:TS:2024:3537, Fdto. Dcho. Segundo, apdo. 3

⁴⁵ Como se pusiera ya de relieve en E. BRÖDERMANN Y H. IVERSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1994, pp. 212-246.

personas físicas⁴⁶, la obligación de reconocer ciertos efectos a la parentalidad de personas del mismo sexo en Estados miembros que no la autorizan⁴⁷, o con respecto a las implicaciones de la libertad de establecimiento sobre la ley aplicable a las sociedades.⁴⁸

71. El que el principio de no discriminación, y, en particular, la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad establecida ahora en el artículo 18 TFUE condicione la configuración de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, no implica que excluya con carácter general el empleo de la nacionalidad como criterio de conexión de sus normas de conflicto, como sucede en ciertas materias en el Título Preliminar del Código civil.

72. En el sector de la competencia judicial internacional, el Tribunal de Justicia ha admitido que la nacionalidad pueda ser tenida en cuenta a los efectos de prever un plazo menor de residencia del demandante en el foro para atribuir competencia a sus tribunales. El Tribunal puso de relieve que la nacionalidad del demandante es un elemento objetivo de vinculación que, además, es conocido por el cónyuge demandado, de modo que podría esperar la presentación de una demanda de disolución matrimonial ante los tribunales de ese Estado una vez que el cónyuge en cuestión ha dejado la residencia habitual del matrimonio. El Tribunal avaló que al establecer los criterios atributivos de competencia se presuma que una persona mantiene con el Estado del que es nacional vínculos más estrechos que los que mantienen quienes no son nacionales del mismo.⁴⁹

73. Más allá de las cuestiones planteadas por las normas de competencia judicial internacional, en los últimos años se ha asistido a un progresivo abandono de la nacionalidad como punto de conexión en normas de Derecho aplicable, desplazado por la creciente relevancia de la autonomía de la voluntad y la preferencia de la residencia habitual como punto de conexión. Se trata de un proceso en gran medida condicionado por el contenido de los instrumentos sobre Derecho aplicable de la Unión que desplazan reglas de conflicto del Título Preliminar del Código civil, como los artículos 9.2 (efectos patrimoniales del matrimonio) y 9.8 (sucesiones). Si bien hay sólidas razones de política legislativa que avalan esa evolución y su consolidación de cara al futuro, la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-522/20 resulta coherente con la idea de que esa evolución no viene impuesta con carácter general por la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 18 TFUE.

74. Como alternativa (o complemento) a la intervención centralizada mediante normas de armonización de las legislaciones materiales para evitar la aplicación de medidas nacionales restrictivas, tiene particular relevancia en el ámbito de la UE el llamado principio de reconocimiento mutuo o criterio de origen. Este criterio favorece la libre circulación de bienes y prestación de servicios en un mercado integrado en situaciones en las que existen reglas diferentes en los diversos países implicados.⁵⁰ La existencia de reglas diferentes deja de ser un obstáculo en la medida en que las empresas establecidas en un Estado miembro que comercializan productos o servicios en cualquier Estado miembro pueden hacerlo libremente –sin tener en cuenta las reglas vigentes en los diferentes Estados de comercialización– siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley del país de origen (típicamente el Estado miembro de su establecimiento).

⁴⁶ *Vid.*, *v.gr.*, STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559.

⁴⁷ STJUE de 14 de diciembre de 2021, *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, C-490/20, EU:C:2021:1008.

⁴⁸ *Vid.*, con ulteriores referencias, STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126; de 25 de octubre de 2017, *Polbud — Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804; y de 25 de abril de 2024, *Edil Work 2 y S.T.*, C-276/22, EU:C:2024:348.

⁴⁹ STJUE de 10 de febrero de 2022, *OE (Résidence habituelle d'un époux – Critère de nationalité)*, C-522/20, EU:C:2022:87, apdos. 35 y 37.

⁵⁰ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", *Pacis Artes. Obra homenaje al prof. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1786-1813.

75. Durante años existió un intenso debate con respecto a la pretensión de fundar en las libertades comunitarias una regla conflictual implícita que imponga la aplicación de la ley de origen en materias de Derecho privado⁵¹. Tal opción no resulta admisible con carácter general, pues cabe entender que las libertades comunitarias de circulación de mercancías y prestación de servicios repercuten sobre la regulación de las actividades transfronterizas no a través de la creación de una norma de conflicto específica para las actividades intracomunitarias sino como correctivo en la aplicación de la regla de conflicto, que puede exigir que la ley designada sea desplazada por la del Estado miembro de origen en la medida en que aquélla contenga restricciones contrarias a las libertades comunitarias⁵².

76. El criterio de origen establecido en el artículo 3 de la Directiva sobre el comercio electrónico⁵³ resulta de especial interés en este contexto. Entre las materias sobre las que se proyecta, al estar incluidas dentro de ese ámbito coordinado, figuran algunas, como la publicidad, respecto de las cuales el criterio general es que el régimen jurídico aplicable a las situaciones transfronterizas viene normalmente determinado por la ley del país de destino de la actividad –en línea con el significado del principio de los efectos en el mercado como criterio de aplicación de la normativa sobre competencia desleal (art. 6 RRII)–. Desde la perspectiva de la aplicación del Título preliminar del Código civil, cabe destacar que también se proyecta sobre la responsabilidad derivada de las vulneraciones en línea de derechos de la personalidad,⁵⁴ ámbito en el que continúa resultando de aplicación el artículo 10. 9 Código civil.

77. El Tribunal de Justicia ha confirmado que el criterio de origen del artículo 3.2 de la Directiva de comercio electrónico no exige una solución conflictual sino que solo impone la no aplicación de las normas de la ley designada por las reglas de Derecho internacional privado –por ejemplo, en su caso, el artículo 6 del Reglamento Roma II o el artículo 10.9 del Código civil en las infracciones de derechos de la personalidad– que restrinjan la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado.

78. En concreto, en la mencionada sentencia en el asunto *eDate Advertising*, el Tribunal de Justicia estableció que el artículo 3.1 de la Directiva de comercio electrónico impone principalmente a los Estados miembros la obligación de velar por que los servicios de la sociedad de la información suministrados por un prestador establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro y que formen parte del ámbito coordinado, sin que esa obligación presente las características de una norma de conflicto de leyes, destinada a zanjar un conflicto específico entre varios Derechos que deben ser aplicados (ap. 61). La prohibición impuesta por el artículo 3.2 Directiva a los Estados miembros de restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado tampoco requiere una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes (aps. 62 y 63). Ahora bien, el artículo 3 sí exige, por lo que se refiere al ámbito coordinado, que los Estados miembros garanticen que, sin perjuicio de las excepciones permitidas en el artículo 3.4 DCE, el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador (ap. 68).

79. Se trata de un planteamiento que facilita la coordinación entre la cláusula sobre mercado interior de la DCE y las normas del Reglamento Roma II, así como del artículo 10.9 del Código civil

⁵¹ *Vid.*, v. gr., W. DRASCH, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, Baden-Baden, 1997, pp. 209-361.

⁵² *Vid.*, v. gr., M. FALLON Y J. MEEUSEN, “Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition”, *Yearbook PIL*, vol. 4, 2002, pp. 37-66, pp. 50-65.

⁵³ Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L 178 de 17.7.2000, pp. 1-16.

⁵⁴ SSTJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685; y de 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209; así como las conclusiones del Abogado General Bobek de 23 de febrero de 2021, C-800/19, EU:C:2021:124, *Mittelbayerischer Verlag*, apdo. 81.

en la medida en que continúa siendo de aplicación en el ámbito de las vulneraciones de derechos de la personalidad, que con frecuencia conducen a la aplicación de la(s) ley(es) de destino.

V. Interacción con la normativa internacional

1. Competencias externas de la Unión

80. El desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia mediante la adopción de reglamentos relativos a los diversos sectores del Derecho internacional privado ha afectado de manera decisiva a la posición tanto de la UE como de sus Estados miembros en la negociación y celebración de convenios internacionales en ese ámbito, incluyendo aquellos que en los últimos años han desplazado normas de conflicto contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, como sus artículos 9.6 y 9.7 en materia de protección de menores y de obligaciones alimenticias. De cara al futuro, este desplazamiento puede extenderse a otras áreas, en particular como consecuencia de la eventual incidencia del Convenio de La Haya de 2000 relativo a la protección internacional de los adultos sobre las normas de conflicto en esa materia contenidas actualmente en el artículo 9.6 del Código Civil. Debido a la expansión de la competencia externa de la Unión en lo relativo a la cooperación judicial civil⁵⁵, la celebración de convenios internacionales por la Unión Europea se ha convertido en el siglo XXI en un componente de importancia creciente del Derecho internacional privado de la Unión, con repercusión sobre las reglas de conflicto contenidas en el Capítulo IV del Título preliminar del Código Civil.

81. En la evolución del alcance de la competencia externa de la Unión resulta clave la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular su planteamiento según el cual la competencia ha de ser exclusiva en la medida en que el convenio internacional pueda afectar a la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias o al buen funcionamiento del sistema que establecen. El artículo 3.2 TFUE introducido en el Tratado de Lisboa, según el cual la Unión, además de en los ámbitos mencionados en el apartado 1, dispondrá de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional “cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”, básicamente codifica los criterios establecidos previamente por el Tribunal de Justicia.

82. Además, conforme al artículo 216 TFUE, la Unión puede celebrar acuerdos con terceros Estados y organizaciones internacionales “cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”. En esa línea, ya a principios de la década de 1970 el Tribunal de Justicia había establecido que la competencia de la Comunidad –Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa- para celebrar acuerdos internacionales puede derivarse de manera implícita de disposiciones del Tratado y de actos adoptados por las instituciones de la Comunidad⁵⁶.

83. La jurisprudencia posterior ha confirmado el criterio de que en la medida en que las instituciones de la Unión han adoptado normas comunes los Estados quedan privados de la facultad de concluir convenios internacionales que afecten a tales normas, al corresponder a la competencia exclusiva

⁵⁵ *Vid.* “Declaración de competencia de la Comunidad en la que se especifican las materias en las que sus Estados miembros le han transferido competencias”, incluida como Anexo II de la Decisión del Consejo 2006/719/CE de 5 de octubre de 2006 sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (DO 2006 L 297/1).

⁵⁶ STJCE de 31 de marzo de 1971, C-22/70, *AETC*, EU:C:1971:32, apdos. 16-31.

de la Unión. Cabe recordar que en el Dictamen 1/03⁵⁷ del Tribunal de Justicia determinó que la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil era exclusiva, habida cuenta de que el Convenio afecta a las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones del Reglamento 44/2001⁵⁸.

84. En relación con el potencial de este criterio en el futuro próximo resulta ilustrativa la complementariedad entre la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos y la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección internacional de los adultos. Ambas propuestas fueron adoptadas conjuntamente el de 31 de mayo de 2023.⁵⁹

85. La aplicación práctica del criterio básico según el cual la Unión tiene competencia exclusiva externa cuando la celebración de un acuerdo internacional pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas no está exento de dificultades en el ámbito de la cooperación judicial civil. En particular, la concreción de las normas comunes de la Unión susceptibles de ser afectadas por el acuerdo internacional puede resultar incierta. Como se pone de relieve en el apartado 8 de la Declaración de competencia de la Comunidad formulada con motivo de la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el alcance de las competencias que los Estados miembros han transferido a la Comunidad “está sujeto, por su propia naturaleza, a una evolución constante”⁶⁰.

86. Ciertos acuerdos internacionales no se hallen comprendidos en su totalidad sino sólo parcialmente dentro de esa competencia, lo que supone un elemento adicional de complejidad. Puede suceder así cuando parte de las disposiciones del convenio internacional de que se trate no afectan a la aplicación de normas de la UE. En tales circunstancias, los Estados miembros conservan sus competencias externas respecto de las partes del acuerdo que no afectan a normas comunes. En la medida en que los Estados miembros mantienen su competencia en las áreas cubiertas por un convenio que no afectan al Derecho de la Unión, la Unión y los Estados miembros comparten la competencia para ser parte en el convenio en cuestión.

87. Así, se establece, por ejemplo, en el Preámbulo de las Decisiones 2003/93/CE y 2008/431/CE al Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños⁶¹, destacando que determinados artículos del Convenio afectaban al Derecho comunitario derivado en materia de competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, en concreto a las normas del Reglamento (CE) no 1347/2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Ese Reglamento, al igual que el Reglamento (UE) 2201/2003 y el Reglamento (UE) 2019/1111, que lo han sustituido, no tienen normas sobre ley aplicable, a diferencia del Convenio de La Haya de 1996.

⁵⁷ Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006.

⁵⁸ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I) (*DO* 2001 L 12 L/1).

⁵⁹ COM/2023/280 final y COM/2023/281 fina

⁶⁰ *Vid.* Anexo II de la Decisión del Consejo 2006/719/EC, antes citada.

⁶¹ Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firma, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (*DO* 2003 L 48/1); y Decisión del Consejo 2008/431/CE, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario (*DO* 2008 L 151/36).

El alcance universal de las normas sobre ley aplicable de este Convenio se vincula con la ausencia de normas de conflicto de la Unión en ese ámbito y resulta también determinante del desplazamiento de las normas internas una vez que el Convenio resulta de aplicación, como establece expresamente el artículo 9.6 Código Civil tras su reforma por el art. 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

2. Participación de la Unión en convenios internacionales

88. La práctica de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha evolucionado con el propósito de superar las dificultades prácticas para la participación de la Unión en aquellos convenios internacionales que carecen disposiciones específicas sobre la eventual participación en los mismos de organizaciones de integración como la Unión Europea. A falta de disposiciones específicas, únicamente los Estados soberanos pueden normalmente ser parte de un convenio, de modo que en tales circunstancias la UE no puede firmar, ratificar o adherirse a un convenio internacional incluso aunque se halle comprendido total o parcialmente en el ámbito de exclusiva competencia de la Unión. En situaciones de ese tipo la UE necesita recurrir a la adopción de una Decisión que autoriza, por vía de excepción, a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse en interés de la Unión al convenio de que se trate.

89. Resultan ilustrativas de lo anterior las Decisiones del Consejo en las que se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, antes reseñada. De cara al futuro, resulta ilustrativa la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a determinados Estados miembros a convertirse en parte o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, en el Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección internacional de los adultos

90. En la práctica reciente de la Conferencia de La Haya resulta habitual la inclusión de disposiciones específicas sobre Organizaciones Regionales de Integración Económica entre las cláusulas finales de los convenios internacionales. Su redacción ha respondido básicamente a la necesidad creada por la expansión de las competencias de la Unión en este ámbito. Tales disposiciones contemplan la posibilidad de que las Organizaciones Regionales de Integración Económica constituidas únicamente por Estados soberanos y que tengan competencia sobre las materias reguladas por el convenio de que se trate puedan firmarlo, aceptarlo, aprobarlo o adherirse al mismo. Se trata de disposiciones que básicamente equiparan a dichas Organizaciones con los Estados.

91. En el ámbito de las obligaciones alimenticias cabe encontrar ejemplos significativos de convenios internacionales a los que la Unión Europea ha decidido adherirse en solitario por ejercer competencia sobre todas las materias objeto del convenio. No obstante, los desarrollos en esa materia ponen también de relieve cómo debido a la complejidad inherente al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia incluso en estas situaciones se mantiene una significativa fragmentación en el seno de la Unión Europea, que se proyecta sobre instrumentos que han condicionado la reforma reciente de normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, como su artículo 9.7, que tras su reforma mediante el artículo 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, se limita a establecer que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias “o texto legal que lo sustituya”.

92. La peculiar posición de Dinamarca e Irlanda (así como del Reino Unido mientras fue miembro de la Unión) en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia determina que estos Estados puedan no quedar vinculados por las decisiones de la UE en virtud de las cuales ésta decide firmar o adherirse a un convenio internacional en el ámbito del Derecho internacional privado, incluso aunque se trate de una materia respecto de la que la Unión tenga competencia externa con carácter exclusivo. Así, conforme al Artículo 3 de la Decisión de 2009 relativa al Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley

aplicable a las obligaciones alimenticias⁶², la Comunidad Europea declaró que ejerce su competencia en todas las materias reguladas por el Protocolo y que los Estados miembros de la Comunidad estarán vinculados por el Protocolo en virtud de su firma por la Comunidad Europea. Sin embargo, seguidamente precisó que a los efectos de esa declaración el término “Comunidad Europea” no incluían a Dinamarca ni al Reino Unido.

3. Coordinación internacional y desplazamiento de las normas nacionales sobre ley aplicable

93. La conclusión por la UE de convenios internacionales puede, en función del ámbito de aplicación de tales convenios, tener como consecuencia que la normativa de la UE quede por completo desplazada, típicamente en situaciones en las que el convenio internacional tiene un ámbito de aplicación universal y sus normas resultan aplicables a todas las situaciones relativas a la materia objeto del convenio⁶³. Si bien resulta excepcional la inclusión en la legislación de Derecho internacional privado de la UE de una mera remisión que incorpore por referencia normas de un convenio internacional como la normativa de la Unión Europea, cabe reseñar que esa ha sido la opción seguida en la norma sobre determinación de la ley aplicable del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias⁶⁴.

94. Al regular la ley aplicable a esa materia, el artículo 15 Reglamento 4/2009 se limita a establecer que en los Estados miembros que estén vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias debe determinarse la ley aplicable de acuerdo con ese instrumento. Ahora bien, este ejemplo ilustra cómo incluso la conclusión de un Convenio por la UE con un ámbito de aplicación universal puede no evitar por completo la fragmentación en el seno de la Unión. En concreto, debido a la especial posición, ya reseñada, de algunos Estados miembros en relación con el Espacio de seguridad, libertad y justicia, no todos los Estados miembros quedan vinculados como consecuencia de la celebración del Protocolo por la Unión⁶⁵.

95. Asimismo, desde la perspectiva internacional y global, el logro de un elevado nivel de armonía y uniformización con terceros Estados sólo es posible mediante la participación en convenios que han alcanzado una significativa aceptación internacional, pudiendo resultar cuestionable la sustitución de la legislación de la UE como consecuencia de la remisión por referencia a convenios que gozan de una muy escasa aceptación internacional. Esta constatación parece resultar especialmente apropiada con respecto al Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. El papel central que desempeña dicho Protocolo en el sistema de Derecho internacional privado de la Unión no tiene que ver con el empleo por la UE de convenios internacionales con terceros Estados como mecanismo de coordinación internacional esencial en el ámbito del Derecho internacional privado,⁶⁶ sino con la tendencia de la UE a negociar y, en su caso, celebrar en ocasiones convenios internacionales como alternativa ante las dificultades encontradas para legislar en la materia en el seno de la Unión (y no como complemento al desarrollo por la Unión de sus propias normas de Derecho internacional privado).⁶⁷

⁶² Decisión del Consejo 2009/941/CE, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DO 2009 L 331/17).

⁶³ Vide. K. KREUZER, “Gemeinschaftskollisionsrecht und universales Kollisionsrecht (Selbstopolation, Koordination oder Integration?)”, *Die richtige Ordnung (FS J. Kropholler)*, Tübingen, 2008, p. 129-150, pp. 147-148.

⁶⁴ Reglamento (CE) no 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO 2009 L 7/1).

⁶⁵ El artículo 3 de la mencionada Decisión 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias prevé que al ratificar el Protocolo la Comunidad declare que, si bien sus Estados miembros quedan vinculados en virtud de la firma del Protocolo por la Comunidad, el término “Comunidad Europea” no incluye a esos efectos a Dinamarca ni al Reino Unido.

⁶⁶ Cabe apreciar, además, que se trata de una opción que no ha ido unida en este caso a un gran progreso en la coordinación con terceros Estados, pues los únicos Estados no miembros de la UE vinculados actualmente por el Protocolo de La Haya de 2007 son Albania, Brasil, Ecuador, Georgia, Kazajstán, Serbia y Ucrania.

⁶⁷ Vid. las conclusiones del Abogado General Szpunar de 7 de junio de 2018, C-83/17, EU:C:2018:46, donde se afirma en su

96. En el caso de la ley aplicable a los alimentos esa opción adoptada por el legislador de la UE (ante la falta de alternativa) implica que no existan reglas comunes de la propia Unión en la materia, más allá de la remisión del artículo 15 del Reglamento 4/2009 al Protocolo de La Haya. De este modo, para regular una situación sólo vinculada con Estados de la Unión, como es el litigio principal en el asunto *KP*,⁶⁸ resultan aplicables las normas del Protocolo.

97. Semejante opción asegura la unificación de la ley aplicable entre los Estados miembros en el seno de la Unión, lo que se ve garantizado por la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar el Protocolo de La Haya de 2007, en tanto que instrumento ratificado por la Unión y que vincula a sus instituciones y Estados miembros. Ahora bien, entre otras carencias, ese planteamiento puede menoscabar la adecuada coordinación entre las normas de los instrumentos que regulan los diversos sectores del Derecho internacional privado, como consecuencia de los criterios que han de guiar la interpretación de los tratados internacionales.

98. En la respuesta a la primera cuestión prejudicial en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-83/17 se atribuye relevancia al análisis conjunto de las disposiciones del Protocolo de La Haya con las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento (CE) 4/2009. El apartado 49 de la sentencia al interpretar las reglas de conflicto del Protocolo de La Haya destaca las estrechas relaciones existentes entre ese instrumento y el Reglamento n.º 4/2009, habida cuenta de que el artículo 15 del Reglamento se remite al Protocolo de La Haya. La coordinación entre la interpretación de las normas de competencia judicial y derecho aplicable de la Unión no puede equipararse a la existente cuando la UE establece en sus propios actos -y no por remisión- el contenido tanto de las normas sobre competencia judicial como de ley aplicable.

99. La relevancia que puede atribuirse al Reglamento 4/2009 en la interpretación del Protocolo de La Haya debe estar condicionada por la circunstancia de que ese Reglamento es sencillamente la legislación de una organización (y, por ello, de varios Estados) parte del Protocolo de La Haya, pero, obviamente, no se trata de un instrumento aceptado por las demás partes en el Protocolo. En consecuencia, su empleo como elemento determinante de la interpretación del Protocolo, si bien podría ser muy conveniente desde la perspectiva de la adecuada coordinación entre los diversos sectores del Derecho internacional privado de la UE en materia de obligaciones alimenticias, puede no resultar compatible con los criterios de interpretación de los tratados internacionales y poner en riesgo la aplicación uniforme del Protocolo más allá de la UE.

100. La circunstancia de que conforme a su artículo 2 el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias tenga aplicación universal, de modo que se aplica incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante, determina que la participación en el mismo de la UE implica que las normas españolas de fuente interna sobre ley aplicable en esa materia resulten desplazadas para todas las situaciones internacionales, incluso si están conectadas con Estados que no participan en ese instrumento. Esta constatación se vincula con la opción seguida por el legislador español al reformar el artículo 9.7 Código Civil mediante el artículo 2.1 de la Ley 26/2015, limitándose a establecer una remisión a las normas sobre ley aplicable del Protocolo de 2007.

apartado 22 que: “(i)nicialmente se pretendió incluir las normas de conflicto que señalan la ley aplicable para las obligaciones de alimentos en el propio Reglamento n.º 4/2009... (e)sto podía, sin embargo, dificultar la adopción del Reglamento, dado que algunos Estados miembros no estaban dispuestos a adoptar un reglamento que incluyera normas de conflicto. Por ello, durante los trabajos sobre el Reglamento se estimó que la unificación de las normas de conflicto se podría llevar a cabo por medio de un Convenio en la forma del Protocolo de La Haya de 2007. La coherencia de los instrumentos legislativos se alcanzó, por una parte, con la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de La Haya de 2007 y, por otra, con la inclusión en el Reglamento n.º 4/2009 de una disposición conforme a la cual la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos se determina de acuerdo con este Protocolo” [citas omitidas].

⁶⁸ STJUE de 7 de junio de 2018, *KP*, C-83/17, EU:C:2018:408.

VI. Reflexión final

101. La atribución de competencias a la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado a partir del Tratado de Ámsterdam ha dado lugar a la adopción de un conjunto de instrumentos -reglamentos y ciertos convenios internacionales con participación de la Unión- que unifican en el seno de la Unión las normas sobre ley aplicable en un conjunto muy amplio de materias y mediante disposición que presentan alcance universal. Se trata de una evolución que ha resultado determinante del desplazamiento de buena parte de las reglas de conflicto del Título Preliminar del Código Civil, incluyendo, entre otras las relativas a obligaciones contractuales y extracontractuales, alimentos, sucesiones, regímenes económicos matrimoniales, alimentos y protección de menores.

102. Además, en el plano cualitativo esta evolución ha implicado una profunda transformación de nuestro sistema en materia de Derecho aplicable. Las normas preexistentes del Título Preliminar del Código Civil han sido desplazadas por otras fundadas en criterios muy diferentes. Así, cabe hacer referencia a la expansión a nuevas materias de la autonomía conflictual en las normas de la Unión, la mayor flexibilidad de las soluciones conflictuales retenidas mediante una formulación moderna del principio de proximidad, así como al desplazamiento de la nacionalidad como punto de conexión en beneficio de la residencia habitual.

103. De cara al futuro, más allá de la eventual expansión de la intervención a nuevos ámbitos con repercusión sobre normas del Título Preliminar del Código Civil, como la filiación, la protección de adultos, los derechos reales o incluso el Derecho de sociedades, la europeización del Derecho internacional privado parece ir unida a la exigencia de adaptación, por lo menos parcial, de otros elementos de nuestro sistema. Así, cabe hacer referencia a que en el seno de la Unión no existe uniformidad acerca de si las reglas de conflicto deben ser aplicadas de oficio -como prevé el art. 12.6 Código Civil- ni tampoco en lo relativo al tratamiento procesal de Derecho extranjero cuando resulta designado por la norma de conflicto ⁶⁹

104. Ciertamente, el proceso de unificación durante los últimos lustros de las normas sobre Derecho aplicable en el seno de la Unión no ha ido acompañado de reglas uniformes sobre aplicación judicial o tratamiento procesal del Derecho extranjero. Los criterios sobre alegación y prueba del Derecho extranjero, así como el tratamiento de la imposibilidad material de aplicación del Derecho extranjero, continúan siendo una cuestión regida por el Derecho de cada Estado miembro, como es el caso en España del artículo 281 de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil -cuya disposición derogatoria única.2.1 derogó el párrafo segundo del apartado 6 del artículo 12 del Código civil- y del artículo 33 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil.

105. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve que cuando la ley aplicable viene designada por una regla de conflicto del Derecho de la Unión el efecto útil de tales normas uniformes exige respetar su esencia, lo que reclama un examen de la demanda en cuanto al fondo con base en la ley designada por la regla de conflicto ⁷⁰

106. La constatación de que el efecto útil de las normas de conflicto uniformes exige salvaguardar el contenido esencial de esas normas y decidir sobre el fondo del asunto con base en la ley designada por las mismas, como puso de relieve el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto C249/19, debe llevar a limitar la autonomía procesal de los Estados miembros en relación con la aplicación del Derecho extranjero en la medida en que tal aplicación sea consecuencia de las normas de conflicto contenidas en instrumentos de la Unión. Cabe recordar la necesidad de respetar el principio de efectividad -además del de equivalencia- en el marco de la autonomía procesal de los Estados miembros, de conformidad

⁶⁹ Vid. M. REQUEJO ISIDRO, "The Application of European Private International Law and the Ascertainment of Foreign Law", J. VON HEIN, E.M. KIENINGER Y G. RÜHL (eds), *How European is European Private International Law? (Sources, Court Practice, Academic Discourse)*, Intersentia, 2019, pp. 139-175.

⁷⁰ Vid. STJUE de 16 de julio de 2020, *JE (Ley aplicable al divorcio)*, C-249/19, EU:C:2020:570, apdo. 40.

con la jurisprudencia del TJUE. En el caso español, esa exigencia de salvaguardar el efecto útil de las normas de conflicto de la Unión refuerza el carácter excepcional de la imposibilidad de acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable a la pretensión de que se trate y la consiguiente aplicación subsidiaria del Derecho español, en aquellos casos en los que el recurso al Derecho extranjero resulta de una norma de conflicto de la Unión.