

# El principio de subsidiariedad en la normativa europea para un mercado único digital

## The Principle of Subsidiarity in European Rules for a Digital Single Market

RICARDO PAZOS CASTRO\*

*Profesor Colaborador Asistente*

*Universidad Pontificia Comillas, Madrid (ICADE)*

ORCID ID: 0000-0003-0547-5788

Recibido: 14.06.2023 / / Aceptado: 04.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8079

**Resumen:** El presente trabajo hace una aproximación al principio de subsidiariedad en el Derecho de la Unión Europea, exponiendo sus características e implicaciones; para luego examinar en qué medida el legislador lo ha tenido en cuenta a la hora de proponer o adoptar normas de cara a la consecución de un mercado único digital, o en materia de protección de los consumidores. El objetivo es determinar si se han materializado tres riesgos: un escaso grado de atención sobre la subsidiariedad, una estandarización de las consideraciones efectuadas con independencia del tipo de acto normativo, del grado de armonización, o de la materia regulada; y una exhaustividad semejante en los textos más antiguos y en los más recientes, a pesar de la mayor extensión y detalle de estos últimos.

**Palabras clave:** Subsidiariedad, armonización, mercado único digital, protección de los consumidores, proporcionalidad.

**Abstract:** This paper presents the principle of subsidiarity in European Union law, outlining its main characteristics and implications, and then examines to which extent the legislator has taken it into account when proposing or adopting rules aimed at achieving a digital single market, or on consumer protection. The goal is to determine whether three risks have materialized. First, a low degree of attention paid to subsidiarity. Second, a standardization of the remarks made about such principle, regardless of the type of regulatory act, the level of harmonization sought, or the subject matter regulated. And third, similar exhaustiveness in the older and the more recent texts, despite the greater length and detail of the latter.

**Keywords:** Subsidiarity, harmonization, digital single market, consumer protection, proportionality.

**Sumario:** I. Introducción. II. Aproximación al principio de subsidiariedad. 1. Consideraciones generales. 2. Presupuestos que amparan la acción a nivel de la Unión Europea en el marco de

---

\*El autor desea agradecer a Paula García Andrade, Profesora Propia Adjunta de Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea en la Universidad Pontificia Comillas, sus valiosos comentarios y observaciones sobre el principio de subsidiariedad. En todo caso, la responsabilidad por las imprecisiones que puedan existir es única y exclusivamente del autor. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00), cuyos investigadores principales son Nieves Fenoy Picón y Máximo Juan Pérez García (Universidad Autónoma de Madrid), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España).

una competencia no exclusiva. A) La existencia de dos condiciones cumulativas. B) La insuficiencia de la acción a nivel estatal. C) El valor añadido de la acción a nivel europeo. D) La presunción a favor de la acción a nivel estatal: el principio de proximidad. E) La perspectiva dinámica de la subsidiariedad. 3. El estándar formal de motivación del cumplimiento del principio de subsidiariedad. III. Armonización, protección de los consumidores, y mercado único digital. IV. El principio de subsidiariedad en Directivas relacionadas con la protección de los consumidores y el mercado único digital. 1. Directivas de armonización mínima. 2. Directivas de armonización máxima. V. El principio de subsidiariedad en Reglamentos relacionados con la protección de los consumidores y el mercado único digital. VI. A modo de conclusión.

## I. Introducción

1. El artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE)<sup>1</sup> dice en su primer párrafo: «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión». Este principio ha sido objeto de interesantes estudios, incluso algunos recientes, tanto desde una perspectiva amplia como enfocada hacia ámbitos concretos. Sin embargo, tales estudios han sido efectuados principalmente por publicistas. La subsidiariedad no ha suscitado una gran atención entre la doctrina privatista que analiza la regulación armonizadora europea en materias como, por ejemplo, la protección de los consumidores y el mercado único digital. Sin duda, han existido y existen debates sobre la necesidad de acometer una determinada tarea regulatoria en esos ámbitos, pero se puede constatar un escaso interés por el principio de subsidiariedad y sus implicaciones. Los argumentos a favor de regular una materia a nivel de la Unión, ofrecidos por la doctrina o recogidos en las propuestas y en los textos normativos aprobados, no suelen encontrar un verdadero contrapeso: las observaciones que cuestionan tales argumentos a menudo parecen simples matices sin un efecto práctico apreciable. Por este motivo, hay razones para preguntarse si tales argumentos están respondiendo adecuadamente a las exigencias del principio referido.

2. Especialmente en los últimos tiempos, algunos políticos europeos han mencionado el principio de subsidiariedad de manera expresa, sobre todo en su crítica a la tendencia seguida por las instituciones de la UE. Con ello, defendían que no corresponde hacer a Bruselas lo que se puede hacer desde los Estados miembros, patrocinando una Europa que se ocupe de menos cuestiones pero que consiga una mayor eficacia en las tareas que asuma; y subrayando la importancia de mantener y respetar la soberanía nacional, así como la cercanía a los ciudadanos<sup>2</sup>. La cuestión no es baladí. A pesar de que en el espectro político-ideológico coexistan diferentes sensibilidades u opiniones relativas al proyecto europeo, de tal modo que la existencia de críticas no deba sorprender en absoluto, el hecho de aludir expresamente a un principio establecido en los tratados constitutivos añade un importante componente jurídico al debate social. Apelar sin más a los «intereses nacionales», o situar la «verdadera democracia» en la asamblea legislativa de cada país, nos mantiene en la retórica política. Por el contrario, recordar un principio recogido en los Tratados constitutivos, plenamente vigente, aparentemente dirigido a mantener una cierta descentralización, y que conecta con el propio lema de la Unión (*In varietate concordia*, Unida en la diversidad), supone incorporar al debate un enfoque distinto.

<sup>1</sup> DO C 202, de 7 de junio de 2016, p. 13 (versión consolidada).

<sup>2</sup> Como muestra: <https://www.theguardian.com/politics/blog/live/2016/feb/02/eu-renegotiation-donald-tusk-david-cameron-red-card-veto-eu-renegotiation-donald-tusk-publishes-draft-plan-to-address-camerons-concerns-politics-live?page=with:block-56b0a73ce4b0d8f6e767f133>;

<https://www.dailymail.co.uk/wires/reuters/article-5047877/Austrias-prospective-ruling-parties-agree-budget-discipline-cut-backs-migrants.html>; <https://www.europapress.es/nacional/noticia-vox-acusa-parlamento-europeo-prevaricar-pasarse-forro-separacion-poderes-soberania-espanola-20200106181437.html>;

<https://www.euronews.com/my-europe/2022/09/23/meloni-ready-to-break-taboo-and-become-italys-first-female-pm>.

3. En este contexto, conviene explorar en qué medida el legislador de la Unión presta atención al principio de subsidiariedad. Para mantener el estudio en límites razonables, se atenderá únicamente a algunas de las propuestas y textos normativos relacionados con el mercado único digital y con la protección de los consumidores<sup>3</sup>. La intención de acotar el objeto del estudio justifica no abordar el principio de proporcionalidad, pese a su conexión con aquel. Recordando que, según el artículo 5.4 del TUE, «en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados», baste decir ahora que este último principio exige tres cosas. En primer lugar, que el acto no rebase los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos. Segundo, la elección de la medida menos onerosa de entre aquellas que se consideren adecuadas. Y, por último, que las desventajas ocasionadas no resulten desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos<sup>4</sup>.

4. Una vez planteado el problema de investigación, el punto de partida debe fijarse en tres riesgos principales. El primero, un grado de atención sobre el principio de subsidiariedad por parte de la Unión Europea que pudiera calificarse como escaso. El segundo consiste en una posible «estandarización» de las consideraciones efectuadas, sin una clara diferenciación en función de si se trata de una Directiva o de un Reglamento, del grado de armonización buscado, o de la materia regulada. Y el tercero, que las observaciones sobre el citado principio tengan una exhaustividad semejante en los textos más antiguos y en los más recientes, a pesar de que estos últimos sean más detallados y extensos. La materialización de estos tres riesgos restaría solidez a las conclusiones del legislador europeo. Ahora bien, debe quedar claro que un resultado de la investigación que arrojase un deficiente tratamiento del principio de subsidiariedad no podría interpretarse en modo alguno, ya no como un respaldo implícito a los políticos que hacen alusión a él para criticar a la UE, sino tampoco como una afirmación de que la legislación propuesta o aprobada resulta *injustificable* por no satisfacer el estándar de la subsidiariedad. El reproche sería únicamente la insuficiencia de motivación con respecto al nivel deseable, con las consecuencias que ello tiene para el debate político y social<sup>5</sup>.

5. Para desarrollar el tema se utilizará la siguiente estructura. El apartado II se centra en el principio de subsidiariedad en abstracto, presentando su finalidad y contenido. A continuación, el apartado III recoge una serie de consideraciones generales sobre la armonización legislativa, la protección de los consumidores, y el mercado único digital; como paso previo necesario al estudio que le sigue. En este sentido, el apartado IV observa cómo se ha recogido la subsidiariedad en relación con diferentes Directivas. Finalmente, el apartado V hace lo mismo, pero con respecto a Reglamentos.

## II. Aproximación al principio de subsidiariedad

### 1. Consideraciones generales

6. Antes de abordar la manera en que el principio de subsidiariedad se encuentra reflejado en diferentes actos normativos o propuestas legislativas, es imprescindible hacer una aproximación suficiente al mismo. Solo un correcto entendimiento del citado principio permite examinar a continuación si, y hasta qué punto, el legislador de la Unión Europea ha tenido en cuenta sus implicaciones.

---

<sup>3</sup> Sobre el enfoque general de la Unión Europea en materia de Derecho de Contratos, de cara a la consecución de un mercado único digital, cfr. R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, «Introduction», en R. SCHULZE/ D. STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 1-9.

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1989, *Schröder/Hauptzollamt Gronau*, asunto 265/87, ECLI:EU:C:1989:303, apartado 21; de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, apartado 13; de 12 de marzo de 2002, *Omega Air y otros*, asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, ECLI:EU:C:2002:161, apartado 62; y de 23 de octubre de 2012, *Nelson y otros*, asuntos acumulados C581/10 y C629/10, ECLI:EU:C:2012:657, apartado 71.

<sup>5</sup> Cfr. P. CRAIG/ G. DE BÚRCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 132-133.

7. La consagración del principio de subsidiariedad tuvo lugar en 1992 con el Tratado de Maastricht (artículo B, en relación con el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea)<sup>6</sup>. Ciertamente, su idea de base podía encontrarse ya en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que hacía referencia a las «intervenciones limitadas» de la Comunidad para cumplir su misión; ejerciendo una acción directa sobre la producción y el mercado solo cuando las circunstancias así lo requiriesen, y con un aparato administrativo reducido. Y también en el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea, especialmente en su artículo 235, que aludía a la adopción de disposiciones pertinentes cuando una acción de la Comunidad resultase «necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad». A ello debe añadirse el «criterio de subsidiariedad» en un ámbito específico como el medio ambiente, recogido en el artículo 130 R del Tratado de la Comunidad Económica Europea, precepto añadido en 1986 por el Acta Única Europea<sup>7</sup>. De este modo, podría hablarse de una introducción «implícita» de la subsidiariedad en Derecho Comunitario, culminando en última instancia con su introducción «explícita»<sup>8</sup>. Tal y como declaró el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia *SPO y otros/Comisión*, «el principio de subsidiariedad no constituía, antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, un principio general de Derecho conforme al cual hubiera de controlarse la legalidad de los actos comunitarios»<sup>9</sup>.

8. La consagración del principio de subsidiariedad estaba relacionada con el cambio que supuso el Acta Única Europea para la toma de decisiones en el Consejo, dando un mayor juego a la mayoría (cualificada), con el consiguiente retroceso de la unanimidad. Por ejemplo, en el apartado 1 del artículo 100 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en materia de armonización legislativa que tuviese por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Esto suponía una reducción de la fuerza del control político que ejercían los Estados, surgiendo algunos riesgos como el alejamiento de los ciudadanos en la toma de decisiones, una centralización indirecta que afectaría al carácter descentralizado de ciertos países, o una pérdida de flexibilidad en la acción a escala nacional<sup>10</sup>. En definitiva, la codificación del principio intentaba ser un freno a la expansión competencial europea, si bien hay que subrayar que no solo contentó a los defensores de la proximidad, sino también a los federalistas, que veían positivamente la introducción de un principio clásico en los sistemas políticos federales en el Derecho primario de la Unión<sup>11</sup>.

9. La atención despertada por el principio de subsidiariedad llevó al Consejo Europeo a hacer la Declaración de Birmingham de 16 de octubre de 1992 («Una Comunidad cercana a sus ciudadanos»)<sup>12</sup>, antes incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (que se produciría el 1 de noviembre de 1993). En dicha declaración se decía, entre otras cosas, que la aplicación de ese principio debería ser una de las prioridades de todas las instituciones comunitarias (punto 6). Le seguiría el Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992, que elaboró un documento titulado «Enfoque general

<sup>6</sup> DO C 191, de 29 de julio de 1992, p. 1.

<sup>7</sup> DO L 169, de 29 de junio de 1987, p. 1.

<sup>8</sup> Así lo dice J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997, pp. 41-91, cuya exposición es indispensable. Cfr. también V. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ?», en *L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-37; J. P. JACQUÉ, «Rapport communautaire», en AA.VV., *FIDE : XVI<sup>e</sup> Congrès. Vol. I. Le principe de subsidiarité*, Rome, Fédération Internationale pour le Droit Européen, 1994, pp. 13-14; J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 2006, pp. 153-155; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 169-173; T. BLANKE, «The Principle of Subsidiarity in the Lisbon Treaty», en N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 235-236, 242-243; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11<sup>a</sup> ed., Paris, Sirey, 2018, pp. 113-114; K. SHAW, *The Court of Justice of the European Union: Subsidiarity and Proportionality*, Leiden, Brill Nijhoff, 2018, pp. 51-55.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, *SPO y otros/Comisión*, T-29/92, ECLI:EU:T:1995:34, apartado 331.

<sup>10</sup> JACQUÉ, «Rapport...», pp. 16-19; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 156-157.

<sup>11</sup> Así lo pone de relieve, por ejemplo, L. HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n<sup>o</sup> 19, 2004, pp. 788, 792 (nota 12), y 794. También se refiere a ello JACQUÉ, «Rapport...», p. 14.

<sup>12</sup> Boletín de las Comunidades Europeas, n<sup>o</sup> 10, 1992, p. 9.

de la aplicación por el Consejo del principio de subsidiariedad y del artículo 3 B del Tratado de la Unión Europea» (en adelante, Declaración de Edimburgo)<sup>13</sup>. Asimismo, debe mencionarse la celebración de una conferencia interinstitucional en Luxemburgo el 25 de octubre de 1993, de la que resultaron una «Declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad» y un acuerdo sobre los procedimientos de aplicación del principio de subsidiariedad<sup>14</sup>. Más adelante, con el Tratado de Ámsterdam<sup>15</sup>, se añadió como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (en adelante, Protocolo de 1997)<sup>16</sup>. Finalmente, el Tratado de Lisboa<sup>17</sup> dio una nueva redacción al precepto relevante, adoptándose también el Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (en adelante, Protocolo nº 2), que sustituía al anterior<sup>18</sup>.

**10.** Hechas las observaciones anteriores, en este momento conviene reproducir íntegramente el actual artículo 5.3 del TUE:

«En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo».

**11.** En relación con el párrafo primero, y antes de estudiar las condiciones que amparan la acción al nivel de la Unión Europea, debe destacarse la acotación del *ámbito de aplicación* del principio de subsidiariedad, más restringido que el del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 5.4 del mismo texto. Mientras que la subsidiariedad queda limitada a los ámbitos respecto de los cuales la Unión no ostenta una competencia exclusiva, la exigencia de proporcionalidad se extiende también a aquellos ámbitos en los que sí la tiene<sup>19</sup>.

**12.** Ahora bien, existen competencias cuyo carácter exclusivo no deriva de una disposición atributiva de los Tratados, sino del modo en que la UE ha ejercido una competencia compartida —esto es, de las medidas adoptadas para darle una aplicación práctica<sup>20</sup>—. Siendo así, podría pensarse que el principio de subsidiariedad también sería aplicable en el contexto de las competencias compartidas con respecto a las cuales los Estados han perdido todo margen debido al grado de exhaustividad de la acción europea. De acuerdo con las observaciones de algunos autores, la incidencia de la subsidiariedad tendría entonces lugar a través de dos vías. Por un lado, cualquier acción nueva en el contexto de esa competencia devenida exclusiva en la práctica debería satisfacer los criterios derivados del principio. Y, por otro lado, se dice que tales competencias exclusivas dejarían de serlo —recuperando los Estados posibilidades de actuación— cuando, desde la óptica de la subsidiariedad, la exhaustividad de la acción

<sup>13</sup> Boletín de las Comunidades Europeas, nº 12, 1992, p. 13.

<sup>14</sup> Boletín de las Comunidades Europeas, nº 10, 1993, p. 120.

<sup>15</sup> DO C 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 1.

<sup>16</sup> DO C 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 105. Sobre los pasos dados entre el Tratado de Maastricht y la aprobación del Protocolo, cfr. CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 91-104.

<sup>17</sup> DO C 306, de 17 de diciembre de 2007, p. 1.

<sup>18</sup> DO C 202, de 7 de junio de 2016, p. 206 (versión consolidada).

<sup>19</sup> Por todos, A. WEBER, «Article 5. [Principles on the Distribution and Limits of Competences] (ex-Article 5 EC)», en H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Berlin, Springer, 2013, pp. 262-263, 266.

<sup>20</sup> Cfr. Dictamen del Tribunal de Justicia 2/91, de 19 de marzo de 1993 (Convenio nº 170 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo), ECLI:EU:C:1993:106, apartado 9.

de la UE ya no estuviese justificada (aspecto relacionado con el carácter dinámico del principio objeto de estudio, del que se hablará en un momento posterior)<sup>21</sup>.

Sin embargo, estas conclusiones distan de ser pacíficas, habiendo voces que dejan claro que el principio de subsidiariedad queda al margen no solo cuando se trata de una competencia exclusiva por naturaleza, sino de una competencia compartida que se ha convertido en exclusiva porque la UE ha hecho un ejercicio integral de la misma<sup>22</sup>. Así, la justificación de la normativa a la luz del principio de subsidiariedad no sería necesaria en competencias exclusivas, con independencia del fundamento de este carácter exclusivo; conclusión que cabría basar en el objetivo de no limitar excesivamente los efectos de la *preemption*. Desde esta óptica, los efectos derivados de la exclusividad se extenderían a cualquier acción nueva en el marco de una competencia devenida exclusiva. De manera coherente con lo anterior, la recuperación de un margen de actuación por parte de los Estados miembros no se debería a la aplicación del principio de subsidiariedad. Ello resultaría del juego de la *preemption*, y dependería de una eventual decisión de la UE de dejar de ejercer su competencia, por ejemplo, derogando total o parcialmente los actos normativos relevantes; todo ello en consonancia con el artículo 2.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>23</sup>: «Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros [...] Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya»<sup>24</sup>.

**13.** Las materias a las que se refiere el presente trabajo no están incluidas entre las competencias exclusivas previstas en el artículo 3 del TFUE, ni han devenido exclusivas por ejercicio. En particular, entre los ámbitos principales a los que se aplican las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros (artículo 4.2 del TFUE), figuran el mercado interior (letra a)) —con el que conecta el Derecho de Contratos<sup>25</sup>— y la protección de los consumidores (letra f)). De este modo, no hay dificultades para situarse en la órbita del principio de subsidiariedad.

**14.** Como último inciso, puede advertirse también que la *función* de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad es distinta. El primero permite determinar si la Unión puede actuar o no, aunque no es un criterio de delimitación de competencias, sino relativo al ejercicio de las mismas (artículo 5.1 del TUE); mientras que el segundo resuelve la extensión de la acción europea, hasta dónde puede llegar, lo que presupone tanto la atribución de una competencia como la facultad para ejercerla<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», pp. 27-29; HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», pp. 806-807.

<sup>22</sup> BLANQUET, *Droit général...*, pp. 114-115.

<sup>23</sup> DO C 202, de 7 de junio de 2016, p. 47 (versión consolidada).

<sup>24</sup> Las consideraciones efectuadas en este párrafo se basan en P. GARCÍA ANDRADE, «El principio de subsidiariedad en la acción exterior de la Unión Europea», en G. M. TERUEL LOZANO, A. PÉREZ MIRAS, E. C. RAFFIOTTA (dirs.), *Desafíos del constitucionalismo ante la integración europea*, Murcia, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2015, p. 164; P. GARCÍA ANDRADE, «La necesaria justificación del principio de subsidiariedad en la acción exterior de la Unión Europea», en A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO, E. C. RAFFIOTTA (dirs.), *Constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 289; así como en comentarios hechos al autor por la profesora citada.

<sup>25</sup> Cfr. S. WEATHERILL, *Contract Law of the Internal Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 4-6, 54-55, 59-60.

<sup>26</sup> Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», pp. 25-26; J. VERHOEVEN, *Droit de la communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 111-112, 114; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 158 y 164; WEBER, «Article 5...», pp. 262 y 266; BLANQUET, *Droit général...*, pp. 114 y 124; F. FABBRINI, «The Principle of Subsidiarity», en R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: Volume I. The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 224; CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, pp. 125-126, 583; A. MANGAS MARTÍN, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2020, pp. 83, 87-88. Sobre la subsidiariedad como criterio de ejercicio de competencias y no de atribución, introducen algún matiz BLANKE, «The Principle of Subsidiarity...», pp. 245-247; o F. BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 31, 2019, pp. 89-95; mientras que para D. J. LIÑÁN NOGUERAS («Rapport espagnol», en AA.VV., *FIDE : XVI<sup>e</sup> Congrès. Vol. I. Le principe de subsidiarité*, Rome, Fédération Internationale pour le Droit Européen, 1994, pp. 191-196) era un criterio de «limitación» del ejercicio de las competencias que no afectaba al sistema general de ejercicio de las mismas.

## 2. Presupuestos que amparan la acción a nivel de la Unión Europea en el marco de una competencia no exclusiva

### A) La existencia de dos condiciones cumulativas

15. Con relación a los presupuestos que facultan a la Unión Europea para ejercer una competencia no exclusiva, una lectura apresurada del artículo 5.3 del TUE podría hacer pensar que esta norma establece un criterio de mera eficacia: la acción europea estaría legitimada siempre que fuese más eficaz que la acción de los Estados miembros<sup>27</sup>. Sin embargo, no es así, y esto tiene importancia en el debate político y social. En ocasiones, las voces críticas con la Unión Europea a las que se ha aludido en el apartado introductorio han señalado que la acción europea solo debe llevarse a cabo cuando esta genere un valor añadido. Pues bien, probablemente tales voces quieran repasar su discurso, porque lo cierto es que un análisis en términos de pura eficacia posiblemente conduciría a una mayor centralización, considerando especialmente los grandes recursos con los que cuenta la UE<sup>28</sup>. Lo cual no impide que con la lectura acertada del principio de subsidiariedad quepa encontrar igualmente un gran margen para el camino centralizador, ya que la eficacia juega un papel significativo<sup>29</sup>.

16. Una construcción de la subsidiariedad basada en un criterio de pura eficacia o mayor valor es perfectamente plausible. De hecho, existió en el apartado cuarto del artículo 130 R del Tratado de la Comunidad Económica Europea, introducido por el Acta Única Europea. Este precepto, relativo —como ya se ha apuntado— al medio ambiente, establecía que la Comunidad actuaría en dicho ámbito «en la medida en que los objetivos [...] puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente»<sup>30</sup>. Semejante enfoque se inspiraba en el Proyecto Spinelli del año 1984, cuyo artículo 12.2 disponía que la Unión solo intervendría «para realizar aquellas funciones que puedan ser comprendidas en común de una manera eficaz que por los Estados miembros separadamente...»<sup>31</sup>. No obstante, el contenido del apartado cuarto del artículo 130 R, que llegó a ser calificado como un «banco de pruebas» de la subsidiariedad, desapareció de su ámbito específico para quedar integrado en la fórmula —de ámbito más amplio y sin duda distinta— del Tratado de Maastricht<sup>32</sup>.

17. Desde la codificación del principio de subsidiariedad, y por supuesto con el vigente artículo 5.3 del TUE, la actuación de la Unión requiere el cumplimiento de dos condiciones cumulativas: por un lado, la insuficiencia de la acción de los Estados miembros para alcanzar los objetivos del Tratado, y, por otro, una mejor situación para la consecución de tales objetivos si la actuación proviene de las instituciones europeas; mejora que debe tener por origen, bien la dimensión, bien los efectos, de la acción pretendida<sup>33</sup>. Una correcta comprensión del principio de subsidiariedad revela que no depende simplemente de determinar cuál es el mejor nivel de actuación<sup>34</sup>. Ya el Protocolo de 1997 sobre la aplicación

<sup>27</sup> Cfr. G. LE TALLEC, «Rapport général», en AA.VV., *FIDE : XVI<sup>e</sup> Congrès. Vol. I. Le principe de subsidiarité*, Rome, Fédération Internationale pour le Droit Européen, 1994, pp. 481, 484 y 487; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, pp. 19 y 22; WEATHERILL, *Contract Law...*, pp. 192 y 194.

<sup>28</sup> MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho...*, pp. 83-84. En el mismo sentido, cfr. GARCÍA ANDRADE, «La necesaria...», p. 285.

<sup>29</sup> Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, «Rapport...», pp. 188-199.

<sup>30</sup> BLANQUET, *Droit général...*, p. 114.

<sup>31</sup> Cfr. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité...», pp. 36-37, 41-42, y 44; CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 60-63.

<sup>32</sup> L. DUBOIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7<sup>a</sup> ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 254.

<sup>33</sup> Cfr. punto I.18 de la Declaración de Edimburgo; así como, entre otras, las sentencias del TJCE de 13 de mayo de 1997, *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-233/94, ECLI:EU:C:1997:231, apartados 26-27; y de 9 de octubre de 2001, *Paises Bajos/Parlamento y Consejo*, C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523, apartado 32.

<sup>34</sup> Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», pp. 20-21, 33; CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 69 y 71; M. Díez de Velasco Vallejo, J. M. Sobrino Heredia, «El control jurisdiccional del principio de subsidiariedad en la Unión Europea», en N. Colneric, et al., *Une Communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, p. 582; H. Bribosia, «La répartition des compétences entre l'Union et ses États membres», en M. Dony, E. Bribosia (eds.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 72; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 158-159; VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, p. 181; WEBER, «Article 5...», p. 263; BLANQUET, *Droit général...*, p. 114; FABBRINI, «The Principle...», p. 226; MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho...*, pp. 83-84.

de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se refería a ello en su párrafo 5, y la misma idea se recoge actualmente en la ficha técnica de la Unión Europea dedicada al principio objeto de estudio<sup>35</sup>, que señala tres condiciones previas para la actuación de las instituciones de la Unión (p. 2): tratarse de una competencia no exclusiva (elemento que constituye, más bien, un criterio definidor del ámbito de aplicación del principio), el hecho de que los objetivos «no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (necesidad)», y la constatación de que «la acción, debido a su dimensión o efectos, puede realizarse con más éxito a escala de la Unión (valor añadido)».

18. A las dos condiciones en sentido estricto se añade un tercer componente del principio de subsidiariedad, y que conecta con la proporcionalidad. El artículo 5.3 del TUE dice que la Unión intervendrá sólo «en la medida en que» se cumplan los dos presupuestos, lo que implica que la acción europea no debe exceder de lo que sea necesario para la consecución de los objetivos<sup>36</sup>. Así, ha podido apuntarse que la insuficiencia de la acción a nivel estatal actúa al mismo tiempo como condición previa y como medida de la acción europea en cuanto a amplitud e intensidad<sup>37</sup>. Aunque, en realidad, esa medida vendría dada por las dos condiciones *stricto sensu*, y no solo por la primera.

19. En definitiva, es correcto afirmar que la actuación de la UE en los ámbitos a los que afecta el principio de subsidiariedad requiere una demostración triple: «la insuficiencia de la acción estatal, la mayor eficacia de la acción común, [y] la dimensión supranacional de la acción pretendida»<sup>38</sup>. A continuación se abordarán los dos primeros elementos, mientras que el tercero aparecerá tangencial e implícitamente en la exposición.

## B) La insuficiencia de la acción a nivel estatal

20. La primera condición, consistente en la insuficiencia de la acción estatal —bien a nivel central, bien a nivel regional o local—, claramente reenvía a un criterio de necesidad. La propia ficha técnica sobre el principio estudiado utiliza expresamente este vocablo, aspecto a tener muy en cuenta, porque refuerza la idea de que no es suficiente con probar que la acción europea resulta más conveniente. Los elementos de comparación son la acción de la Unión y la acción estatal, debiendo considerarse insuficiente esta última, de modo que la primera deviene inevitable para lograr los objetivos del Tratado<sup>39</sup>.

21. Establecer la insuficiencia de la acción estatal no es, ciertamente, tarea sencilla. El Protocolo de 1997 ofrecía unas mínimas pistas en su párrafo 5, con dos referencias. Por un lado, el hecho de que la cuestión presentase aspectos transnacionales que no pudieran ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; escenario que algunos han podido definir como un «fallo del mercado de carácter transnacional»<sup>40</sup>. Por otro, que una acción exclusivamente a nivel estatal crease distorsiones de la competencia o restricciones encubiertas del comercio, que no permitiese reforzar la cohesión económica y social, o que perjudicase considerablemente de alguna forma los intereses de los Estados miembros. La combinación de ambos aspectos ha podido describirse como un «test de la acti-

<sup>35</sup> Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.2.2.pdf](https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf). Su más reciente actualización en el momento de escribir estas líneas es de abril de 2023.

<sup>36</sup> Cfr. sentencia del TJCE de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741, apartado 184; LE TALLEC, «Rapport...», pp. 481 y 484; CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 125; A. MARTIN, «L'instrumentalisation du principe de subsidiarité, un révélateur de la nature juridique de l'Union européenne», tesis defendida el 13 de noviembre de 2020, Université de Strasbourg, pp. 83-88 (disponible en <https://theses.hal.science/tel-03204074>).

<sup>37</sup> VERHOEVEN, *Droit de la communauté...*, p. 112.

<sup>38</sup> GARCÍA ANDRADE, «El principio...», p. 160.

<sup>39</sup> GARCÍA ANDRADE, «El principio...», p. 168.

<sup>40</sup> J. ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit to the Exercise of EU Competences», *Yearbook of European Law*, vol. 36, n° 1, 2017, pp. 392 y 396.

vidad transnacional» (*cross-border activity test*)<sup>41</sup>. Pero estas líneas directrices quedaron fuera del Protocolo nº 2 actualmente aplicable, cuyos elementos se relacionan más con el valor añadido de la acción europea y con el principio de proporcionalidad (artículo 5).

**22.** En relación con la insuficiencia de la acción a nivel estatal, cabe preguntarse si es posible tomar en consideración la acción potencial, esto es, las expectativas razonables de actuación de los Estados miembros en el futuro. Una respuesta afirmativa se impone, pues el artículo 5.3 del TUE no dice que los objetivos no hayan sido alcanzados ya de manera suficiente, sino que «no puedan ser alcanzados»<sup>42</sup>. Por consiguiente, no bastaría con llegar a la conclusión de que la acción europea permite alcanzarlos más rápidamente. Sería preciso, cuanto menos, concluir que los objetivos no se conseguirían lo suficientemente rápido con acciones a nivel estatal. En este sentido, conviene hacer una lectura atenta de la sentencia del TJCE de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos/Parlamento y Consejo*: primero dice que evitar o eliminar las divergencias legislativas «no hubiera podido alcanzarse mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros» (énfasis añadido), y posteriormente, «por otro lado», que la normativa europea «tiene efectos inmediatos en el comercio y, por consiguiente, en el comercio intracomunitario, es manifiesto que el objetivo de que se trata podía lograrse mejor, debido a la dimensión y a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario»<sup>43</sup>. En otras palabras, la mayor rapidez incide en el valor añadido de la acción europea, pero no puede obviarse el primer requisito.

Por supuesto, el futuro no está escrito, y solo caben pronósticos que son siempre aventurados, especialmente en ámbitos como el mundo digital y las nuevas tecnologías<sup>44</sup>. Pero, a fin de cuentas, el Derecho siempre se mueve en el terreno de la incertidumbre, incluso en una ficción: se legisla con base en información de un pasado que ya no existe, pronosticando un futuro que todavía no ha llegado, creando un presente distinto que evolucionará de una manera diferente a como lo haría en ausencia de la legislación aprobada<sup>45</sup>. Y, además, esto afecta igualmente a la acción a nivel de la Unión Europea, cuyas consecuencias tampoco pueden ser conocidas de antemano.

**23.** Otra de las preguntas que se han planteado en relación con la subsidiariedad, es si la acción de los Estados que debe juzgarse como insuficiente tiene que valorar únicamente actuaciones individuales o independientes, o también la interacción de los países por medio de acuerdos y programas de cooperación<sup>46</sup>. Abordar este interrogante implicaría un estudio de las competencias de la UE y la relación entre esta y los Estados, superando los contornos del presente trabajo<sup>47</sup>. Sin embargo, sí considero necesario apuntar que, en mi opinión, el análisis debe incluir las *sinergias* derivadas de actuaciones nacionales no coordinadas. La competencia regulatoria permite utilizar la solución adoptada en cada país como un ensayo, observando sus beneficios y sus efectos colaterales negativos, erigiéndose así en una fuente de aprendizaje para los demás<sup>48</sup>. En otras palabras, la competencia regulatoria, al igual que la competencia en el mercado, favorece un «estado de alerta natural» para detectar ventanas de oportunidad y ámbitos de mejora<sup>49</sup>. Sea como fuere, lo que sí está claro es que la situación particular de un único Estado o de un grupo de ellos, en relación con la consecución de un objetivo del Tratado, no

<sup>41</sup> FABBRINI, «The Principle...», pp. 226-227.

<sup>42</sup> JACQUÉ, «Rapport...», p. 34; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 159-160.

<sup>43</sup> Sentencia *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, apartado 32.

<sup>44</sup> Cfr. F. H. EASTERBROOK, «Cyberspace and the Law of the Horse», *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1996, 1996, pp. 207-208, 210, 215-216; C. RAMBERG, «Digital Content – A Digital CESL II – A Paradigm for Contract Law via the Backdoor?», en S. GRUNDMANN (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, Intersentia, 2018, p. 326.

<sup>45</sup> R. PAZOS, «La nécessité de créer un nouveau régime ? Vers la reconnaissance d'une nouvelle personnalité juridique ? Rapport espagnol», en O. GOUT (coord.), *Responsabilité civile et intelligence artificielle*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 583-584.

<sup>46</sup> Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», p. 34; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, p. 160.

<sup>47</sup> VERHOEVEN (*Droit de la communauté...*, p. 112) respondía de manera negativa, argumentando que lo contrario supondría que una organización que pretende la integración favorecería su propia destrucción, cediendo ante mecanismos de cooperación intergubernamental fuera del marco de aquella.

<sup>48</sup> Cfr. H. WAGNER, «Is harmonization of legal rules an appropriate target? Lessons from the global financial crisis», *European Journal of Law and Economics*, vol. 33, nº 3, 2012, pp. 549-550.

<sup>49</sup> Cfr. I. M. KIRZNER, «Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach», *Journal of Economic Literature*, vol. 35, nº 1, 1997, pp. 67-74.

basta para impedir la acción a nivel de la Unión: la evaluación debe ser global. Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia<sup>50</sup>.

24. Igualmente, entiendo que procede dar una respuesta afirmativa a otra pregunta ligada a la anterior, como es si, para juzgar la suficiencia o no de la acción a un nivel inferior al de la Unión Europea, es posible valorar las acciones de las empresas privadas, los denominados agentes sociales, las organizaciones ciudadanas, etc.<sup>51</sup>. Indudablemente, todas estas entidades tienen un impacto mayor o menor en la vida social, pudiendo aumentar la consecución de objetivos europeos y fomentar los valores de la Unión. Al fin y al cabo, también se identifica una dimensión horizontal de la subsidiaridad que, traspasando la idea de federalismo o integración, incide más bien en la relación entre los poderes públicos y la libertad. Esto es, en la pregunta de si hay la necesidad de una intervención regulatoria en una determinada materia; observándose que esta perspectiva no se encuentra en el artículo 5.3 del TUE y que no ha sido acogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>52</sup>. A mi juicio, esta dimensión, no estando presente de manera explícita en los Tratados, existe al menos en un plano teórico por su propia esencia<sup>53</sup>, por lo que no puede obviarse<sup>54</sup>. Y es que la cuestión del nivel al que debe actuarse (cómo hacerlo) va ligada a la evaluación de la necesidad de acción (si se debe actuar o no).

### C) El valor añadido de la acción a nivel europeo

25. Una vez que se ha concluido que la acción a nivel estatal es insuficiente, el principio de subsidiariedad obliga a probar que la intervención de la Unión resulta mejor que la acción a un nivel inferior. Habitualmente, la doctrina utiliza la noción de «eficacia», explicando que la acción europea debe comportar un valor añadido desde este punto de vista; pero creo que sería más correcto hablar de «eficiencia». Según el Diccionario en línea de la Real Academia Española de la Lengua, el primer vocablo es la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera»<sup>55</sup>; mientras que el segundo es la «capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos»<sup>56</sup>. Pues bien, el estándar que marca el artículo 5.3 del TUE no es el de una mayor eficacia, sino el de un mejor nivel para alcanzar los objetivos del Tratado<sup>57</sup>. Siendo así, no parece bastar con conseguir los mayores objetivos en abstracto, con independencia de los recursos desplegados y de los efectos colaterales negativos; sino que debe conseguirse la mejor proporción entre objetivos, por un lado, y recursos y efectos negativos, por otro.

26. Esto guarda relación con una de las exigencias del principio de proporcionalidad, sin coincidir totalmente. En el marco de la subsidiariedad no sería suficiente demostrar que la medida adoptada es la menos onerosa de entre las adecuadas, y que las desventajas ocasionadas no son desproporcionadas

<sup>50</sup> Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2015, *Estonia/Parlamento y Consejo*, C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403, apartados 52-54, reiterado en la sentencia de 4 de mayo de 2016, *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, apartados 119-121.

<sup>51</sup> Cfr. JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 160-161.

<sup>52</sup> Cfr. MARTIN, «L'instrumentalisation...», pp. 379, 393-395. A esa dimensión también se refieren, entre otros, BLANKE, «The Principle of Subsidiarity...», p. 238; FABBRINI, «The Principle...», p. 229; o BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad...», p. 100.

<sup>53</sup> Esto nos conduciría a otro debate, como es el significado de la subsidiariedad según diferentes concepciones filosóficas, religiosas, y políticas; para lo cual también habría que examinar sus orígenes históricos. A este respecto pueden consultarse CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 7-39; y, más concisamente, LE TALLEC, «Rapport...», p. 476; BLANKE, «The Principle of Subsidiarity...», pp. 240-242, 257-258; o FABBRINI, «The Principle...», pp. 228-231. También resulta interesante el artículo de J.-P. FELDMAN, «La subsidiarité, indispensable mais oubliée», *Contrepoints*, 16 de enero de 2022, disponible en <https://www.contrepoints.org/2022/01/16/419301-la-subsidiarite-indispensable-mais-oubliee>.

<sup>54</sup> En contra se posicionaría probablemente LIÑÁN NOGUERAS, «Rapport...», p. 187, quien defendía la necesidad de interpretar la subsidiariedad «teniendo en cuenta exclusivamente el contexto específico en el que está llamada a operar», al tratarse de una noción abierta y de significado variable.

<sup>55</sup> <https://dle.rae.es/eficacia>.

<sup>56</sup> <https://dle.rae.es/eficiencia>.

<sup>57</sup> MARTIN, «L'instrumentalisation...», p. 343.

con respecto a los objetivos perseguidos, tal y como obliga la proporcionalidad. Resultaría necesario probar que la acción a nivel de la Unión Europea ofrece una mejor relación entre la consecución de objetivos y los costes, desventajas, y efectos colaterales negativos. La asimilación de la subsidiariedad a la proporcionalidad favorece la integración europea, cuando, a la vista del artículo 5.3 del TUE, esa integración no debe producirse siempre. A veces la conclusión será favorable a la regulación a nivel nacional, y en ocasiones al de la Unión. También es posible que una materia satisfaga los criterios de subsidiariedad, pero que determinadas áreas de la misma deban ser objeto de regulación por parte de los Estados miembros, o que estos deban tener discreción para concretar algunos aspectos<sup>58</sup>.

**27.** Si no resulta sencillo determinar la suficiencia o insuficiencia de la acción estatal, tampoco lo será establecer que la acción de la UE es mejor. Evaluar beneficios y costes, ventajas e inconvenientes, de cualquier proyecto es una ardua tarea. Por ello se comprende bien el artículo 5 del Protocolo nº 2 actualmente vigente, cuando alude al uso de «indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos» para sustentar la conclusión de que la acción europea es superior; como ya hacía el párrafo 4 del Protocolo de 1997. El referido artículo 5 también contempla la evaluación del impacto financiero y de los efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros; así como la necesidad de reducir tanto como sea posible la carga financiera y administrativa que se derive de la acción legislativa. Pero esto no proporciona genuinos criterios para determinar el nivel al que es preferible actuar. En este sentido, tampoco el Protocolo de 1997 era de gran ayuda. La tercera de las directrices recogidas en su párrafo 5 hacía referencia a que «la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros» (al igual que el punto I.18 de la Declaración de Edimburgo); sin mayores precisiones sobre cuáles podrían ser, o sobre qué áreas podrían proyectarse, esos beneficios. Quizás habría que remitirse a los objetivos ya señalados en la sección anterior, esto es, la promoción de una competencia no falseada, la eliminación o evitación de restricciones encubiertas del comercio, y el favorecimiento de la cohesión económica y social.

#### **D) La presunción a favor de la acción a nivel estatal: el principio de proximidad**

**28.** El artículo 5.3 del TUE no establece ninguna preferencia entre la insuficiencia de la acción a nivel nacional y la constatación de que la acción europea es mejor para el cumplimiento de objetivos. Ambas condiciones son cumulativas. La redacción del precepto relevante en el momento de la codificación del principio de subsidiariedad, el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, podía dar a entender que dicha insuficiencia otorgaba automáticamente a las instituciones europeas la facultad de ejercitar su competencia no exclusiva: «...la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario». El conector «por consiguiente» era desafortunado, ya que no existe necesariamente semejante relación consecencial<sup>59</sup>, por lo que el cambio en la redacción («sino que...») merece ser aplaudido<sup>60</sup>.

**29.** El carácter cumulativo de los presupuestos mencionados lleva a identificar una presunción de suficiencia de la acción de los Estados miembros, esto es, favorable a que la actuación se lleve a cabo a ese nivel<sup>61</sup>. En efecto, la subsidiariedad puede verse como un mecanismo de distribución de la carga de la prueba<sup>62</sup>. Coherentemente con lo anterior, debo discrepar de quien restringe el juego de dicha presunción al hipotético caso de que la acción centralizada y la descentralizada ofrezcan las mismas ventajas<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 129.

<sup>59</sup> VERHOEVEN, *Droit de la communauté...*, p. 113.

<sup>60</sup> WEBER, «Article 5...», pp. 262-263.

<sup>61</sup> VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, p. 181.

<sup>62</sup> CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité...», pp. 41-42; CLERGERIE, *Le principe...*, p. 71.

<sup>63</sup> Cfr. WEATHERILL, *Contract Law...*, p. 194.

Esta última opinión sería correcta con un principio de subsidiariedad basado en una mera comparación de la eficiencia de los diferentes niveles de acción. Pero no puede predicarse con la configuración actual de la subsidiariedad según el artículo 5.3 del TUE, cuyo tenor literal dice que la Unión intervendrá «sólo en caso de que...» se cumplan los dos presupuestos o condiciones estudiados. Cabría decir que la fórmula, más que plasmar una invitación a que la UE actúe, presenta un límite a esa acción<sup>64</sup>. Es más, existe otro elemento que refuerza la presunción comentada, ya que la mejor consecución de objetivos a nivel de la Unión no puede producirse por cualesquiera motivos, sino solo por la dimensión y los efectos de la acción pretendida<sup>65</sup>. Y si nos retrotraemos al Protocolo de 1997 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, igualmente es posible encontrar un apunte que va en la misma línea. Entre las directrices aplicables a la hora de estudiar el cumplimiento de las dos condiciones, su párrafo 5, siguiendo al punto I.18 de la Declaración de Edimburgo, se refería a si la actuación a nivel europeo proporcionaría «claros» beneficios en comparación con los otros niveles<sup>66</sup>.

**30.** El sentido de la presunción conecta con la idea de proximidad que subyace tras la subsidiariedad. En efecto, se da a entender que es preferible la actuación cuanto más pequeño y cercano al ciudadano sea el organismo o institución que la lleve a cabo<sup>67</sup>. El valor de la proximidad es enfatizado con carácter general en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, que habla de la resolución «a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad». Igualmente, aparece en el párrafo segundo del artículo 1 del mismo texto, así como en el artículo 10.3 del TUE, en las disposiciones sobre los principios democráticos. Tampoco el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se olvida de ello, pues en las observaciones preliminares puede leerse que las Altas Partes Contratantes desean «hacer lo necesario para que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos de la Unión». Por último, no está de más señalar que, además de reproducir una fórmula similar al inciso entrecomillado, el Protocolo de 1997 decía en su párrafo 7 que «...las medidas comunitarias deberían dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional»<sup>68</sup>.

**31.** A favor del principio de proximidad cabe interpretar la referencia expresa a los niveles regional y local en el actual artículo 5.3 del TUE, introducida por el Tratado de Lisboa<sup>69</sup>; si bien también es posible contemplarla como un intento por parte de las instituciones europeas de debilitar el nivel estatal central, lo que vendría a favorecer el proceso de integración<sup>70</sup>. Esta dualidad no sorprende. A fin de cuentas, mantener un nivel suficiente de proximidad, en combinación con la transparencia en la toma de decisiones, resulta imprescindible para conseguir el respaldo que permita el proceso de integración europea<sup>71</sup>, algo que ya decía el punto 5 de la Declaración de Birmingham de 16 de octubre de 1992: «Este principio —“subsidiariedad” o “cercanía”— es esencial si la Comunidad ha de desarrollarse con el apoyo de sus ciudadanos».

**32.** La referida dualidad debe ser puesta en relación con el carácter ambiguo de la propia subsidiariedad: esta puede servir para limitar la acción de la UE, pero también para favorecer la inte-

<sup>64</sup> JACQUÉ, «Rapport...», pp. 20-21.

<sup>65</sup> BLANQUET, *Droit général...*, p. 114.

<sup>66</sup> Cfr. JACQUÉ, «Rapport...», p. 35; ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», pp. 403-404.

<sup>67</sup> Entre otros, cfr. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité...», p. 38; CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 68, 106-108; HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», pp. 793-794; JACQUÉ, *Droit institutionnel...*, pp. 153-154, 157; WEBER, «Article 5...», p. 261; MARTÍN, «L'instrumentalisation...», p. 93.

<sup>68</sup> Relacionando la subsidiariedad con la presunción que se ha mencionado, con la distribución de la carga de la prueba, y con la idea de proximidad, cfr. LE TALLEC, «Rapport...», pp. 481 y 484.

<sup>69</sup> Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLESARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 296.

<sup>70</sup> MARTÍN, «L'instrumentalisation...», pp. 376-378. La misma idea era apuntada tangencialmente por CLERGERIE, *Le principe...*, p. 115.

<sup>71</sup> MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho...*, pp. 62-63.

gración<sup>72</sup>. Se distinguiría así la subsidiariedad como «principio», que fomenta la proximidad; y como «técnica de delimitación competencial» que, desde una perspectiva funcional, hace prevalecer la mejor consecución de objetivos, aunque para ello se introduzca un elemento de lejanía<sup>73</sup>. En efecto, la subsidiariedad no ha supuesto un freno real a la labor legislativa de la UE, y no ha tenido un impacto significativo a favor de la descentralización; al menos en determinados ámbitos como la protección de los consumidores<sup>74</sup>. Frente al significado clásico del principio de subsidiariedad en los sistemas federales, en los que sirve a fines descentralizadores, su caracterización en el Derecho europeo lo dota de una mayor flexibilidad, a pesar de la existencia de la presunción favorable a la acción a nivel estatal<sup>75</sup>.

### E) La perspectiva dinámica de la subsidiariedad

33. Expuesto lo anterior, más que incidir en las posiciones centralizadora y descentralizadora, que cuentan con un marcado componente político e ideológico, considero más conveniente subrayar la perspectiva dinámica o reversible de la subsidiariedad. Es decir, la conclusión a la que se llegue en un momento dado sobre la posibilidad de que las instituciones europeas ejerciten una competencia no es definitiva e inmutable. El principio permite una actualización de esa facultad de ejercicio en función de las circunstancias de cada momento<sup>76</sup>. En palabras de la Declaración de Edimburgo, y más tarde del párrafo 3 del Protocolo de 1997: «La subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada».

34. En suma, el principio de subsidiariedad obliga a que el ejercicio de una competencia no exclusiva se produzca al nivel más descentralizado que permita una consecución suficientemente satisfactoria de los objetivos del Tratado<sup>77</sup>. *In varietate concordia*, reza el lema de la Unión Europea desde el año 2000, evocando «la manera en que los europeos se han unido, formando la UE, para trabajar a favor de la paz y la prosperidad, beneficiándose al mismo tiempo de la gran diversidad de culturas, tradiciones y lenguas del continente»<sup>78</sup>.

### 3. El estándar formal de motivación del cumplimiento del principio de subsidiariedad

35. El artículo 5.3 del TUE cuenta con un segundo párrafo en el que se obliga a las instituciones de la Unión a aplicar el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo relevante; añadiendo que este último recoge el procedimiento mediante el cual los Parlamentos nacionales deben velar por aquel principio. Excedería de los márgenes del presente trabajo hacer un análisis teórico de los mecanismos de control político y jurisdiccional que aseguran el cumplimiento de la subsidiariedad<sup>79</sup>.

<sup>72</sup> CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 105-116. También lo advierten, entre otros, BLANKE, «The Principle of Subsidiarity...», pp. 248-249; SHAW, *The Court of Justice...*, pp. 55-57; y MARTIN, «L'instrumentalisation...», pp. 93-95, 342-346.

<sup>73</sup> BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad...», pp. 90-91.

<sup>74</sup> WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, pp. 21-22.

<sup>75</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», pp. 791-793.

<sup>76</sup> Por citar solo algunos autores, cfr. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité...», p. 38 (que se refiere al ámbito interno alemán); VERHOEVEN, *Droit de la communauté...*, p. 112; HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», p. 797; VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, p. 182; BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad...», pp. 97-98.

<sup>77</sup> BLANQUET, *Droit général...*, p. 114. De manera similar, cfr. J. M. SMITS, «Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity?», en R. BROWNSWORD, *et al.* (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 329.

<sup>78</sup> [https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/symbols/eu-motto\\_es](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/symbols/eu-motto_es).

<sup>79</sup> Sobre tales mecanismos, pueden consultarse con carácter general VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, pp. 174-180; WEBER, «Article 5...», pp. 263-265; BLANQUET, *Droit général...*, pp. 115-122; FABBRINI, «The Principle...», pp. 227-228, 232-242; CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, pp. 127-132; o MANGAS MARTÍN, LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho...*, pp. 85-87; así como la ficha técnica de la Unión Europea dedicada al principio de subsidiariedad (pp. 3-5).

El enfoque seguido también justifica dejar al margen observaciones de marcado carácter institucional, en relación con el trabajo del Grupo Operativo sobre Subsidiariedad, Proporcionalidad y «Hacer menos pero de forma más eficiente», la recepción de sus conclusiones por parte de la Comisión; o la presencia del principio de subsidiariedad en programas europeos, acuerdos interinstitucionales y resoluciones del Parlamento Europeo. Por el contrario, sí resulta imprescindible presentar brevemente el estándar formal requerido en cuanto a la motivación del cumplimiento del principio de subsidiariedad. Simplemente se trata de reflejar que, por exigentes que puedan parecer las consideraciones efectuadas en la sección anterior de esta contribución, el Tribunal de Justicia se ha mostrado bastante laxo al respecto, aligerando el deber de las instituciones europeas.

**36.** En primer lugar, destaca la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997, *Alemania/Parlamento y Consejo*, en la que se debatía la anulación de la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos<sup>80</sup>. Pues bien, en relación con el presunto incumplimiento de la obligación de motivar los actos, la sentencia dejó claro que no es preciso que estos contengan una mención expresa del principio de subsidiariedad, ni que expongan con detalle las consideraciones esenciales de hecho y de Derecho que justifican la acción europea desde el punto de vista de aquel. La obligación de motivar los actos, ciertamente, impone una exposición de las razones que han conducido a adoptarlos. Pero el requisito es satisfecho cuando de los considerandos del texto normativo pueden inferirse las razones por las cuales el legislador considera que el objetivo de la acción contemplada no puede conseguirse suficientemente a un nivel inferior de la Unión, y que puede alcanzarse mejor mediante una acción a nivel europeo<sup>81</sup>.

En esta misma línea, la jurisprudencia europea establece que, si bien la motivación de un acto debe revelar claramente el razonamiento seguido por la autoridad que lo emite, esto no significa que deba especificar todas las razones de hecho o de Derecho pertinentes, haciendo una exposición completa. Basta con que pueda identificarse lo esencial de los objetivos perseguidos, no pudiendo exigirse una motivación específica para cada una de las opciones de carácter técnico por las que se ha decantado<sup>82</sup>. Asimismo, el cumplimiento del deber de motivación no puede quedar circunscrito al tenor literal del acto normativo, sino que este debe ser puesto en contexto, mediante un enfoque caso por caso. Esto implica tener que tomar en consideración la Propuesta de acto normativo presentada y, en particular, la evaluación de impacto. Se cumple con el deber señalado cuando aparecen suficientes elementos que revelan «de manera clara e inequívoca las ventajas relacionadas con una acción emprendida a escala de la Unión», en comparación con una acción a nivel de los Estados miembros<sup>83</sup>.

**37.** Por otro lado, el análisis de principio de subsidiariedad es conectado en gran medida, incluso hasta cierto punto confundido, con la proporcionalidad. Es paradigmática en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido/Consejo*<sup>84</sup>, que giraba en torno a la posible anulación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo<sup>85</sup>. Ahora bien, hay que matizar que el Gobierno demandante no invocaba la violación del principio de subsidiariedad como motivo autónomo para censurar la Directiva controvertida; aunque sí reprochaba al legislador no haber efectuado un examen completo de la cuestión, ni haber demostrado la insuficiencia de la acción a nivel nacional o los perjuicios que semejante acción tendría de cara al cumplimiento de los objetivos del Tratado, como tampoco las ventajas claras ofrecidas por una acción emprendida a escala de la Unión<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> DO L 135, de 31 de mayo de 1994, p. 5.

<sup>81</sup> Sentencia *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-233/94, apartados 22-28. Cfr. también sentencia *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, apartado 33.

<sup>82</sup> Entre otras, sentencia *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartados 58-60.

<sup>83</sup> Por ejemplo, sentencias del TJUE *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartado 61; *Polonia/Parlamento y Consejo*, apartados 122-124; y de 4 de mayo de 2016, *Philip Morris Brands y otros*, C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, apartados 225-227.

<sup>84</sup> Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido/Consejo*, C-84/94, ECLI:EU:C:1996:431.

<sup>85</sup> DO L 307, de 13 de diciembre de 1993, p. 18.

<sup>86</sup> Sentencia *Reino Unido/Consejo*, apartados 46-47, 54-55. Díez DE VELASCO VALLEJO y SOBRINO HEREDIA («El control

**38.** Del Tribunal de Justicia se ha dicho que ha mantenido un enfoque «liger» a la hora de abordar la subsidiariedad, sin perjuicio de que se observe también una mayor atención en decisiones más recientes<sup>87</sup>. Ciertamente, hay resoluciones de los últimos años que dedican un número más o menos elevado de apartados a la subsidiariedad<sup>88</sup>. Resta por dilucidar, no obstante, si esa mayor atención tiene carácter sustantivo o es meramente formal; cuestión que exigiría un estudio detallado de la variedad y exhaustividad de las consideraciones efectuadas. En este sentido, un eventual énfasis en la disparidad regulatoria como un obstáculo para el mercado interior, sin más profundidad, permitiría justificar prácticamente cualquier tipo de acción a nivel de la Unión<sup>89</sup>. Semejante riesgo existe porque, de hecho, hay quien identifica un sesgo general a favor de la UE en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; tendencia que se evidenciaría sobre todo cuando se trata de cuestiones relacionadas con el mercado común<sup>90</sup>. Es un debate en el que ahora no puede entrarse, dadas sus múltiples aristas: tan cierto es que el Tribunal carece de los incentivos para ser estricto a la hora de evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad; como que un mayor rigor conllevaría fricciones desde el punto de vista institucional con el Parlamento y el Consejo<sup>91</sup>. Claro que, por otro lado, un examen más pormenorizado sería positivo tanto para los euroescépticos, que verían un límite al centralismo europeo, como para los partidarios de la integración, que tendrían en la exhaustividad un mecanismo de racionalización dirigido a evitar regulación innecesaria<sup>92</sup>; e incluso para el propio Tribunal de Justicia, cuyas resoluciones contarían con una robustez y legitimidad añadidas<sup>93</sup>.

**39.** En definitiva, aunque la motivación de los actos sea suficiente de acuerdo con los criterios jurisprudenciales, una autoexigencia más elevada redundaría en beneficio de todos, contribuyendo a un mejor debate político y social.

### III. Armonización, protección de los consumidores, y mercado único digital

**40.** El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dedica el Título XV de su Tercera Parte a la protección de los consumidores. El Título cuenta con un único precepto, el artículo 169, cuyo primer apartado dispone que «para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses». El segundo apartado presenta los dos mecanismos a través de los cuales se produce esa contribución. El primero consiste en medidas adoptadas en virtud del artículo 114 del TFUE, mientras que el segundo se refiere a medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. Centrándonos en la primera de las líneas de acción, el artículo 114 evoca en su primer párrafo «la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior». Además, su tercer apartado establece que la aproximación legislativa en materia de

---

jurisdiccional...», p. 585) subrayaban que el Tribunal había analizado la subsidiariedad también en cuanto a su dimensión material, sin mencionar ninguna conexión con la proporcionalidad, aunque sí el carácter «genérico» del examen por parte del TJCE (p. 586).

<sup>87</sup> CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 131. Díez DE VELASCO VALLEJO y SOBRINO HEREDIA («El control...», p. 588) hablaban en 2003 de «una interpretación flexible de corte integracionista».

<sup>88</sup> Cfr. sentencias del TJUE de 8 de junio de 2010, *Vodafone y otros*, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, apartados 72-80; de 12 de mayo de 2011, *Luxemburgo/Parlamento y Consejo*, C176/09, ECLI:EU:C:2011:290, apartados 76-84; *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartados 44-55; *Polonia/Parlamento y Consejo*, apartados 111-126; *Philip Morris Brands y otros*, apartados 213-228; de 22 de noviembre de 2018, *Swedish Match*, C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938, apartados 64-76.

<sup>89</sup> Cfr. WEATHERILL, *Contract Law...*, p. 200; ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», pp. 396-397.

<sup>90</sup> Cfr. SHAW, *The Court of Justice...*, pp. 128-142. En un sentido similar, comentando la tendencia del Tribunal a la extensión de las competencias comunitarias, cfr. CLERGERIE, *Le principe...*, pp. 55-59, 61.

<sup>91</sup> FABBRINI, «The Principle...», pp. 234 y 236.

<sup>92</sup> Cfr. L. NIGLIA, «Of Jurisdictional Balancing in European Private Law», en R. BROWNSWORD, *et al.* (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 315.

<sup>93</sup> SHAW, *The Court of Justice...*, pp. 141-142.

consumidores se basará en un nivel de protección elevado; en consonancia con el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>94</sup>.

41. A la vista de los artículos 114 y 169 del TFUE, la conexión entre la protección de los consumidores y el fomento del mercado interior es evidente. Si no se promueve este segundo efecto, no cabe la armonización legislativa en aquel ámbito, sino solo un apoyo o complemento de las políticas nacionales. Así, no sorprende que la doctrina europea especializada en Derecho contractual y en la protección de los consumidores haya incidido en los perjuicios de la fragmentación normativa. Establecer y desarrollar el mercado interior, por un lado, y la protección de los consumidores, por otro, son objetivos complementarios. Avanzando en el primero puede conseguirse aumentar la competencia y la oferta de bienes y servicios, precios más competitivos, e incentivar la innovación. Para la consecución del mercado interior, es preciso eliminar los obstáculos creados por la diversidad normativa, pues la existencia de regulaciones diferentes puede, en particular, crear distorsiones en el plano de la competencia y disuadir a empresarios y consumidores de actuar en países diferentes al suyo<sup>95</sup>. Los costes de transacción microeconómicos derivados de la inseguridad jurídica, cuyo resultado último es un menor número de intercambios económicos, tienen consecuencias negativas también en el plano macroeconómico<sup>96</sup>.

42. El enfoque seguido de manera general se predica, igualmente, cuando se trata del mercado único digital. Por ejemplo, en su comunicación de 6 de mayo de 2015 «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa»<sup>97</sup>, la Comisión apunta a la fragmentación normativa como una de las principales razones por las cuales los consumidores y las pequeñas empresas no participan más en el comercio electrónico transfronterizo (pp. 4-5). Lo mismo sucede en su Comunicación de 25 de mayo de 2016 «Las plataformas en línea y el mercado único digital: Retos y oportunidades para Europa»<sup>98</sup>: de la existencia de normativas diferentes se dice que genera incertidumbre para los agentes económicos, limitando la disponibilidad de servicios digitales, y dando lugar a un entorno más confuso para usuarios y empresas (p. 5). También la doctrina ha subrayado el obstáculo que constituye la fragmentación normativa en materia de plataformas, enfatizando la naturaleza global de la economía digital<sup>99</sup>. Y la misma idea aparece con relación a aspectos más concretos, como los sistemas reputacionales en línea a través de los cuales los usuarios comentan y evalúan sus experiencias de consumo; resaltándose la necesidad de crear un entorno que asegure una competencia en igualdad de condiciones para las plataformas<sup>100</sup>.

43. Incidiendo en la confianza de los consumidores, se advierte que un verdadero desarrollo del mercado único no puede conseguirse si no se genera una suficiente disposición por parte de aquellos a contratar bienes y servicios en otros países<sup>101</sup>. Ciertamente, las diferencias regulatorias no carecen de re-

<sup>94</sup> DO C 202, de 7 de junio de 2016, p. 389 (versión consolidada). Nótese que el umbral necesario de protección es descrito como «elevado», por lo que no se obliga a establecer el mayor grado de protección posible, bastando uno lo suficientemente alto (S. GRUNDMANN, «The EU Consumer Rights Directive: optimizing, creating alternatives, or a dead end?», *Uniform Law Review*, vol. 18, nº 1, 2013, p. 120). Esto parece lógico, porque no existe necesariamente una relación de causalidad entre un incremento de la protección dispensada a los consumidores y un aumento de su bienestar (R. A. EPSTEIN, «Harmonization, heterogeneity and regulation: CESL, the lost opportunity for constructive harmonization», *Common Market Law Review*, vol. 50, Chicago conference special issue, 2013, p. 212). Los beneficios resultantes de una mayor protección pueden ser completamente eliminados, e incluso ir más allá, si se reduce la competencia por el aumento de costes empresariales, disminuye la oferta, aumentan los precios, empeoran otras condiciones de los bienes o servicios, etc.

<sup>95</sup> Por todos, cfr. WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, pp. 10-13, 23-27, 34, 63-66, 69-70, 74-75, 161.

<sup>96</sup> Sobre tales costes, cfr. WAGNER, «Is harmonization of legal...», pp. 541-542, 546-548.

<sup>97</sup> COM(2015) 192 final.

<sup>98</sup> COM(2016) 288 final.

<sup>99</sup> T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU», *Italian Law Journal*, vol. 3, nº 1, 2017, pp. 155 y 175-176.

<sup>100</sup> C. BUSCH, «Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy», en A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 224 y 243.

<sup>101</sup> S. A. DE VRIES, «The Court of Justice's 'Paradigm Consumer' in EU Free Movement Law», en D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 401.

levancia, lo que recomienda un nivel mínimo de coordinación entre los Estados<sup>102</sup>; pero es importante no sobredimensionar su efecto<sup>103</sup>. Aparentemente, los consumidores no tienen preferencias excesivamente marcadas en cuanto a quién dicta la regulación aplicable, de modo que las empresas serían las principales interesadas en reemplazar numerosas estructuras regulatorias por solo una<sup>104</sup>.

44. Sin embargo, la armonización también entraña costes que, en última instancia, asumen las empresas y los consumidores, aunque no sean conscientes de ello. En particular, pero no solo, a través de un incremento de los precios: la armonización, sin duda, tiene efectos redistributivos<sup>105</sup>. Entre tales costes aparecen también los relacionados con el estudio y la elaboración de las normas, su implementación, la adaptación al cambio, o el control de su cumplimiento<sup>106</sup>. A ello se añadiría la imposibilidad de comparar diversos conjuntos normativos, al faltar un entorno de competencia regulatoria; así como la insatisfacción de algunas preferencias de consumo o modelos de negocio<sup>107</sup>.

45. El argumento de la protección de los consumidores es susceptible de ser utilizado por los Estados como pretexto para adoptar una regulación con objetivos proteccionistas, haciendo que las normas se adapten bien a sus empresas nacionales<sup>108</sup>. La armonización europea podría paliar este problema, pero también simplemente camuflarlo. Por un lado, aquel pretexto puede servir para llevar a cabo una actividad proteccionista a nivel europeo<sup>109</sup>. Por otro, en la práctica no todos los Estados miembros tienen la misma influencia, y algunos pueden conseguir que las normas y estándares comunes se correspondan con aquellos que más les interesan a sus empresas. También es posible que los costes operativos se incrementen como consecuencia de la regulación. Esto favorece a los modelos de negocio basados en ofrecer una mayor calidad aun si el precio es superior, y no la mejor relación calidad-precio. Por consiguiente, es lógico pensar que esas empresas intentarán promover programas regulatorios que establezcan altos estándares, con el fin de eliminar a los competidores que no puedan asumirlos. Aumentar los costes de los rivales por esa vía es un instrumento eficaz, a la vez que discreto, para obtener más beneficios<sup>110</sup>. Pues bien, parece más fácil capturar al regulador cuando los esfuerzos se concentran en un único nivel supranacional, que cuando tales esfuerzos deben distribuirse en una pluralidad de autoridades, cada una con sus propios intereses y peculiaridades.

46. En definitiva, quizás sean otras circunstancias de carácter práctico, como el desarrollo de las nuevas tecnologías o la reputación conseguida por ciertas empresas, las más directas responsables del notable desarrollo del mercado europeo experimentado en los últimos años. Sin olvidar que la disparidad normativa es solo una de las muchas dificultades, y posiblemente no la de mayor entidad, que encuentran las pequeñas empresas para ofrecer sus bienes y servicios en otros países<sup>111</sup>. Las distancias geográficas, las diferencias lingüísticas, y el acceso a la Justicia pueden constituir barreras más importantes para el desarrollo del mercado único que el Derecho contractual, sin negar la incidencia de las disparidades en esta rama del ordenamiento<sup>112</sup>.

<sup>102</sup> K. LILLEHOLT, «European Private Law: Unification, Harmonisation or Coordination?», en R. BROWNSWORD, *et al.* (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 353.

<sup>103</sup> Este es el núcleo del trabajo de C. TWIGG-FLESNER, «The Importance of Law and Harmonisation for the EU's Confident Consumer», en D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 183-202.

<sup>104</sup> CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law...*, pp. 129-130.

<sup>105</sup> WEATHERILL, *Contract Law...*, p. 198.

<sup>106</sup> F. GÓMEZ, J. J. GANUZA, «An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?», *European Review of Contract Law*, vol. 7, nº 2, 2011, p. 281.

<sup>107</sup> Cfr. SMITS, «Plurality of Sources...», p. 328.

<sup>108</sup> J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2015, p. 214.

<sup>109</sup> Cfr. WAGNER, «Is harmonization of legal...», p. 550.

<sup>110</sup> Cfr. S. C. SALOP, D. T. SCHEFFMAN, «Raising Rivals' Costs», *American Economic Review*, vol. 73, nº 2, 1983, pp. 267-268.

<sup>111</sup> Cfr. R. PAZOS CASTRO, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 150-152.

<sup>112</sup> Cfr. WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, p. 163; J. STUYCK, «Setting the Scene», en H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY, N.

47. Considerando ventajas e inconvenientes, la existencia de una fragmentación normativa no conduce necesariamente a una peor situación general. En ocasiones sí habrá una situación subóptima transnacional que requiera soluciones comunes, pero en otros casos no será así, y el principio de subsidiariedad conlleva una presunción en este segundo sentido<sup>113</sup>. Esta presunción, paradójicamente, incluso podría ser más fuerte cuanto peor sea la situación de partida. Si los mercados digitales no pueden generar todo su potencial sin un buen entorno regulatorio que genere confianza y sea suficientemente protector de los consumidores, aceptando que ese potencial es enorme, y asumiendo que los Estados miembros quieren dinamizar al máximo su economía y que sus ciudadanos se beneficien de ello; en un entorno de competencia regulatoria ningún país tiene incentivo alguno para no descubrir el conjunto normativo que ofrezca el mejor equilibrio entre la protección de los consumidores, por un lado, y la flexibilidad que atrae a empresas y emprendedores, por otro<sup>114</sup>. De aceptarse este razonamiento, resultaría más complicado concluir que la acción a nivel nacional es insuficiente cuanto mayor fuese el fallo del mercado o regulatorio, porque habría más incentivos para su corrección, y todos los Estados tenderían a ir aproximándose de manera espontánea.

48. Partiendo de las observaciones efectuadas en el apartado II, y teniendo en cuenta que el legislador europeo no solo debe pretender la protección de los consumidores y el desarrollo de un mercado único, sino también el mantenimiento de la mayor variedad posible de Derechos nacionales<sup>115</sup>; el principio de subsidiariedad debería recibir una atención especial, y ser objeto de análisis más o menos exhaustivos que no olviden las múltiples caras del fenómeno.

#### IV. El principio de subsidiariedad en Directivas relacionadas con la protección de los consumidores y el mercado único digital

##### 1. Directivas de armonización mínima

49. Las Directivas que solo pretenden fijar estándares mínimos cuentan con la ventaja de que alcanzar consensos resulta más sencillo, porque los Estados miembros conservan un mayor margen de maniobra. Sin embargo, si la fragmentación normativa es un problema serio para el mercado interior, los efectos positivos de este tipo de armonización serán necesariamente limitados; sobre todo, si la armonización solo afecta a determinados aspectos de una materia<sup>116</sup>.

50. No está de más retrotraerse a un momento inmediatamente anterior a la codificación del principio de subsidiariedad, y citar la Directiva 90/314/CEE sobre viajes combinados<sup>117</sup>. Ninguna referencia expresa a tal principio se encuentra en ella, pero sus considerandos 1 a 3 y 7 a 9 recogen ideas frecuentes en textos posteriores. Inciden en la necesidad de fomentar el mercado interior, en que el turismo es un aspecto esencial de este, en la disparidad normativa existente, y en que esto supone un obstáculo a la libre prestación de servicios que genera distorsiones en la competencia entre operadores de países diferentes. Armonizando las normas en el ámbito correspondiente, se dice, más consumidores contratarán viajes combinados, y más operadores ofrecerán sus servicios, en Estados distintos al suyo<sup>118</sup>.

---

*Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 19-20; WEATHERILL, *Contract Law...*, pp. 80 y 213. Cfr. también Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 18 de junio de 1996, COM(95) 520 final (apartado I.A, punto 3).

<sup>113</sup> Cfr. ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», pp. 396-398, 400-402, 405.

<sup>114</sup> Cfr. R. PAZOS, «The Case for a (European?) Law of Reputational Feedback Systems», *InDret*, nº 3, 2021, p. 208.

<sup>115</sup> GRUNDMANN, «The EU Consumer Rights...», p. 120.

<sup>116</sup> Cfr. RAMBERG, «Digital Content...», pp. 326-327.

<sup>117</sup> Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, de 23 de junio de 1990, p. 59).

<sup>118</sup> Sobre las diferencias que existían en las legislaciones nacionales en materia de viajes combinados, cfr. H. SCHULTE-NÖLKE, L. MEYER-SCHWICKERATH, «Package Travel Directive (90/314)», en H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, Munich, Sellier, 2008, pp. 112-114.

Estas observaciones aparecían ya en la Propuesta de Directiva de 23 de marzo de 1988<sup>119</sup>. Para vislumbrar elementos adicionales sobre la conveniencia de una armonización legislativa, habría que acudir a textos previos más generales, como la Comunicación de la Comisión al Consejo «Nuevo Impulso para la Política de Protección del Consumidor», de 27 de junio de 1985<sup>120</sup>. Sin embargo, se trataría de un texto genérico, no enfocado directamente a la Propuesta referida, y que tampoco ofrece muchas pistas susceptibles de un análisis en los términos del principio de subsidiariedad.

**51.** Algo muy similar puede decirse de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas<sup>121</sup>. Sus considerandos 1 a 8 aluden a la necesidad de promover el mercado interior, a las distorsiones de la competencia derivadas de la disparidad normativa, al hecho de que estas divergencias pueden disuadir a los empresarios de ofrecer sus bienes y servicios, y a los consumidores de contratar, en otros países, etc. Así, el mercado interior y la protección del consumidor son dos objetivos que solo se verían facilitados con normas armonizadas. Estas mismas ideas eran desarrolladas en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 24 de julio de 1990<sup>122</sup>. Además, el Anexo Técnico que acompaña al proyecto de texto articulado en un documento de la Comisión fechado el 19 de septiembre de 1990<sup>123</sup> contiene una exposición general sobre la contratación en masa y la problemática de las cláusulas abusivas, así como una extensa exposición de la respuesta que han dado los diferentes países ante ella, resaltando la diversidad normativa y la diferente protección que reciben los consumidores europeos. En dicho Anexo llega a decirse (pp. 12-13) que «en un mercado interior que abiertamente pretende operar como un mercado único, el Derecho [en materia de cláusulas abusivas] debería ser el mismo en todos los Estados miembros», ya que de lo contrario empresarios y consumidores actuarían en un escenario de incertidumbre<sup>124</sup>. Nuevamente, textos anteriores servirían para completar el análisis, pudiendo citar el Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea sobre política de protección e información de los consumidores (de 1975)<sup>125</sup>, o el segundo programa al respecto (1981)<sup>126</sup>. Pero no responderían a las cuestiones de fondo cuyo tratamiento recomienda el principio de subsidiariedad, expuestas en el apartado II del presente trabajo.

**52.** En la Directiva 1999/44/CE sobre venta de bienes de consumo<sup>127</sup>, los considerandos 1 a 6 van en la misma línea que las Directivas anteriores. Aquí destacaría, además, la referencia a las nuevas tecnologías de comunicación como elemento que aumenta las opciones de consumo. Otra idea que recuerda a la subsidiariedad —aunque también a la proporcionalidad— es la constatación de que la principal fuente de conflictos entre vendedores y consumidores se refiere a la falta de conformidad del bien; motivo por el cual la aproximación de las legislaciones nacionales debe enfocarse en ello, sin afectar a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual.

La Propuesta de Directiva en la materia, de 18 de junio de 1996<sup>128</sup>, incluía varias alusiones a la subsidiariedad. El apartado I.B de la Exposición de Motivos justificaba en ese principio el no contemplar las prestaciones de servicios relativas a la utilización, el mantenimiento y la reparación de bienes. Por su parte, el apartado II ofrecía una justificación de la Propuesta a la luz del principio de subsidiariedad que, pese a lo genérico de sus apreciaciones, en realidad puede competir perfectamente con la justificación de actos posteriores, más extensos, y que pretenden un nivel superior de aproximación de las legisla-

<sup>119</sup> COM(88) 41 final.

<sup>120</sup> COM(85) 314 final.

<sup>121</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29).

<sup>122</sup> COM(90) 322 final (DO C 243, de 28 de septiembre de 1990, p. 2).

<sup>123</sup> COM(90) 322 final/2; disponible en <http://aei-dev.library.pitt.edu/5704/1/5704.pdf>.

<sup>124</sup> Analizando la posición común adoptada por el Consejo el 22 de septiembre de 1992 sobre la Propuesta de Directiva de cláusulas abusivas, P. DUFFY («Unfair contract terms and the draft E.C. Directive», *Journal of Business Law*, 1993, pp. 67-70) sintetizaba los principales enfoques de los países europeos ante la problemática abordada.

<sup>125</sup> DO C 92, de 25 de abril de 1975, p. 1.

<sup>126</sup> DO C 133, de 3 de junio de 1981, p. 1.

<sup>127</sup> Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171, de 7 de julio de 1999, p. 12).

<sup>128</sup> COM(95) 520 final.

ciones. Los principales objetivos de la acción prevista son, una vez más, mejorar el funcionamiento del mercado interior, reducir las distorsiones de la competencia, reforzar la confianza de los consumidores asegurándoles una protección mínima uniforme, y facilitar las compras transfronterizas. Las exigencias del principio de subsidiariedad harían que la Directiva se limitase a ciertos aspectos esenciales. La subsidiariedad vuelve a aparecer en la evaluación de las repercusiones, afirmando la insuficiencia de la acción estatal y el valor añadido de la acción a nivel europeo; aunque la explicación es más bien escasa: una mejora de la calidad de los productos, el incremento de la competitividad de la economía europea, y una mayor duración de los productos que beneficiaría al medio ambiente y al empleo —en este último caso, por la mano de obra que se necesita en los servicios de reparación y control—.

**53.** El siguiente acto normativo que merece ser destacado es la Directiva 97/7/CE sobre protección de los consumidores en contratos a distancia<sup>129</sup>. Los considerandos 1 y 2 reiteran el objetivo del mercado interior y la voluntad de que los consumidores accedan a bienes y servicios en otros Estados; y el considerando 3 dice que la venta transfronteriza a distancia es una de las principales manifestaciones de dicho mercado. El considerando 4 contiene dos ideas. La primera, que las nuevas tecnologías son instrumentos que facilitan el acceso a ofertas hechas en otros países. La segunda, que los países han reaccionado de manera dispar, por lo que la introducción de normas comunes se hace necesaria, en particular para asegurar una adecuada competencia entre las empresas<sup>130</sup>. La Propuesta de Directiva de 20 de mayo de 1992<sup>131</sup> abre la exposición en la ficha de evaluación de impacto mencionando el principio de subsidiariedad; y lo que allí se dice está relacionado con el contenido de lo que más tarde sería el considerando 4. Asimismo, cita la Comunicación de la Comisión «Hacia un mercado único de la distribución», de 11 de marzo de 1991<sup>132</sup>, que insistía en el carácter multinacional del mercado y manifestaba que, de precisarse un marco jurídico, este debía elaborarse desde el principio a nivel europeo (p. 17)<sup>133</sup>. Volviendo a la Propuesta, las referencias a la dimensión transfronteriza de la actividad económica merecen ser destacadas, por su relación con la noción de «fallo del mercado de carácter transnacional» a la que se ha hecho alusión en un momento anterior del trabajo.

**54.** Otro ámbito que debe traerse a colación es el de la publicidad. En este sentido, los considerandos 1 a 4 de la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa<sup>134</sup> constatan la disparidad normativa, la distorsión de la competencia derivada de ello, así como el hecho de que la publicidad rebasa las fronteras de los Estados: las divergencias normativas obstaculizan la realización de campañas publicitarias en otros países, con el consecuente efecto negativo sobre la libre circulación de las mercancías y la prestación de servicios<sup>135</sup>. Más adelante, en la Directiva 97/55/CE sobre publicidad comparativa<sup>136</sup>, cuyo objetivo era incluir este tipo de publicidad en la Directiva anterior, el considerando 23 afirma que el texto resulta acorde al principio de subsidiariedad, pero sin argumentarlo verdaderamente<sup>137</sup>. Los considerandos 1 a 3 ofrecen alguna idea adicional, pero siempre en el mismo sentido que la Directiva 84/450/

<sup>129</sup> Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, de 4 de junio de 1997, p. 19).

<sup>130</sup> Una presentación concisa de las diferencias entre la respuesta de los Estados miembros antes de la aprobación de la Directiva se encuentra en H. SCHULTE-NÖLKE, A. BÖRGER, «Distance Selling Directive (97/7)», en H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, M. EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, Munich, Sellier, 2008, pp. 310-311.

<sup>131</sup> COM(92) 11 final.

<sup>132</sup> COM(91) 41 final.

<sup>133</sup> La Comunicación continuaba diciendo: «Lo que queda abierto a discusión es si se precisa o no tal regulación». Se trata de un inciso que conecta con la dimensión horizontal del principio de subsidiariedad, mencionada solo tangencialmente en este trabajo.

<sup>134</sup> Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa (DO L 250, de 19 de septiembre de 1984, p. 17).

<sup>135</sup> Aceptando el contenido esencial de los considerandos 1 a 5 de la Propuesta de Directiva, enviada por la Comisión al Consejo el 1 de marzo de 1978 (DO C 70, de 21 de marzo de 1978, p. 4).

<sup>136</sup> Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (DO L 290, de 23 de octubre de 1997, p. 18).

<sup>137</sup> Así lo constata WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, p. 22.

CEE<sup>138</sup>. Igualmente, resulta imprescindible mencionar la Propuesta modificada de Directiva sobre publicidad comparativa, de 21 de abril de 1994<sup>139</sup>, ya que la Propuesta inicial de 1991 fue revisada justamente a la luz del principio de subsidiariedad<sup>140</sup>. No sorprende entonces la presencia de un apartado bastante completo dedicado a la motivación desde la subsidiariedad, así como la mención del principio en la ficha revisada de evaluación del impacto. A pesar de que se sustente en la subsidiariedad la reducción del alcance del texto y el descarte de algunas opciones, lo cierto es que todo sigue girando a la fragmentación normativa como un obstáculo al mercado interior, en particular por la distorsión de la competencia; perjudicando a los consumidores en cuanto a su derecho a la información. La dimensión europea del problema se establece en el hecho de que algunos países permiten la publicidad comparativa, mientras que en otros se prohíbe. El valor añadido se sitúa en la mejora de la información de los consumidores y de la competencia, y en la adaptación a las nuevas técnicas de comunicación.

**55.** Por último, hay que dar un salto en el tiempo para referirse a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (IA), de 28 de septiembre de 2022<sup>141</sup>. El apartado relativo a la base jurídica, la subsidiariedad y la proporcionalidad, incide en que la fragmentación jurídica supone un obstáculo significativo al comercio transfronterizo de productos y servicios basados en la IA. Esto se debe, especialmente, a la inseguridad derivada del desconocimiento de los regímenes de responsabilidad civil aplicables a los daños causados, lo que puede disuadir a las empresas del sector de dar el paso a otros mercados nacionales. También aparece el riesgo de que las normas específicas que dicten los Estados sigan caminos distintos, manteniendo la disparidad normativa, los costes de transacción que van con ella, y el establecimiento de varios niveles de protección para los consumidores, falseando la competencia. Estas consideraciones se plasmarían especialmente en los considerandos 4 a 9, de los cuales deben resaltarse el 7 y el 8. El primero de estos dice expresamente que el objetivo no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, sobre todo por el riesgo de una evolución dispar en cuanto a las normas sobre responsabilidad civil por daños derivados de la IA; insistiendo en la naturaleza digital de la materia, lo que se traduce en una dimensión transfronteriza. Por su parte, el considerando 8 retoma la idea expuesta en el anterior y afirma que «por tanto, el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y evitar las discrepancias en la indemnización en aquellos casos en que medien sistemas de IA puede lograrse mejor a escala de la Unión».

## 2. Directivas de armonización máxima

**56.** La armonización máxima o plena resulta más coherente con el argumento de que la fragmentación normativa supone un obstáculo al establecimiento del mercado interior, y que esto perjudica a los consumidores. Lo cual no impide, por supuesto, que puedan persistir diferencias entre los países a la hora de interpretar y aplicar la normativa, sobre todo si el texto europeo se sirve de fórmulas o conceptos generales, y todo ello a pesar de la importante labor del Tribunal de Justicia<sup>142</sup>. El principal riesgo que se identifica en la armonización máxima es la eventual reducción del nivel de protección reconocido en determinados países, como única forma de alcanzar consensos en el plano político europeo. Eventualmente, tal reducción podría ampararse en la conveniencia de dar un margen algo más amplio a los empresarios, observando que el riesgo de desprotección de los consumidores no es excesivo porque, en todo caso, la legislación resultante deberá reconocer un nivel «elevado» de protección<sup>143</sup>.

<sup>138</sup> Igualmente, cfr. considerandos 1 a 6 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, y que deroga la Directiva 84/450/CEE (DO L 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 21).

<sup>139</sup> COM(94) 151 final.

<sup>140</sup> Cfr. punto I.23 de la Declaración de Edimburgo; WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, p. 178.

<sup>141</sup> COM(2022) 496 final.

<sup>142</sup> STUYCK, «Setting...», p. 61.

<sup>143</sup> Cfr. WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, pp. 25, 27, 64-65; LILLEHOLT, «European Private Law...», pp. 355-356; GRUNDMANN, «The EU Consumer Rights...», pp. 114-115, 123.

**57.** Como primer acto normativo en esta sección debe destacarse la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales<sup>144</sup>; al ser considerada la referencia que marca el cambio de enfoque de la Unión en materia de protección de los consumidores, ganando terreno la armonización máxima en detrimento de la armonización mínima<sup>145</sup>. En sus considerandos 1 a 5, 12 y 13, aparecen las ya conocidas ideas de promoción de las actividades transfronterizas, fragmentación normativa, distorsión de la competencia, incertidumbre, y falta de confianza. Indudablemente, hay paralelismos con los textos en materia de publicidad que han sido mencionados en la sección anterior, ya que, a fin de cuentas, todo va en la línea de la atracción de clientes<sup>146</sup>. Tales ideas se complementan con una mención de la subsidiariedad para justificar que no se aborden las disposiciones nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican únicamente a los intereses económicos de los competidores, o que se refieren a transacciones entre empresarios. La aproximación solo afecta a las normas relativas a las prácticas directamente perjudiciales para los intereses de los consumidores, sin perjuicio de que también puedan serlo, indirectamente, para los intereses de los competidores legítimos (considerando 6). Finalmente, el considerando 23 afirma que los objetivos de la Directiva «no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor a nivel comunitario», sin profundizar más en ello.

La Propuesta de Directiva de 18 de junio de 2003<sup>147</sup> solo contenía una referencia expresa a la subsidiariedad, en el considerando 17 proyectado (análogo al 23 del texto aprobado). Ciertamente, su Exposición de Motivos refleja aspectos que conectarían con la subsidiariedad, como son el efecto de la publicidad en la circulación transfronteriza de bienes y servicios, las divergencias normativas que obstaculizan el mercado interior y la distorsión de la competencia; pero se echan en falta, por ejemplo, referencias expresas a la insuficiencia de la acción a nivel nacional.

**58.** Hablando de un cambio de enfoque para favorecer la armonización plena, y habiendo mencionado en la sección anterior la Directiva sobre viajes combinados de 1990, necesariamente hay que comentar la Directiva 2015/2302 sobre la misma materia<sup>148</sup>. Los considerandos 1 a 6 de esta última vuelven a subrayar la importancia del turismo para el mercado interior y la necesidad de infundir confianza y seguridad jurídica. Además, constatan que la Directiva de 1990 dejó un amplio margen de apreciación a los Estados miembros, por lo que las disparidades normativas subsisten, y con ellas los costes de transacción y el efecto disuasorio para las operaciones transfronterizas<sup>149</sup>. Así, el objetivo de la nueva Directiva es doble: el buen funcionamiento del mercado interior, y conseguir un nivel de protección de los consumidores elevado y lo más uniforme posible. A este respecto, el considerando 51 sentencia que «Dado que el objetivo de la presente Directiva [...] no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a su dimensión, puede lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad». En cuanto a la Propuesta de Directiva, de 9 de julio de 2013<sup>150</sup>, incluye estudios de impacto y resultados de las consultas efectuadas. Pero el apartado 3.3 de la Exposición de Motivos, sobre el principio de subsidiariedad, es más bien escueto:

<sup>144</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 149, de 11 de junio de 2005, p. 22).

<sup>145</sup> H.-W. MICKLITZ, «Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising», en H.-W. MICKLITZ, N. REICH, P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009, p. 79.

<sup>146</sup> Cfr. MICKLITZ, «Unfair Commercial...», pp. 64-72; H.-W. MICKLITZ, G. HOWELLS, «Commercial Practices and Advertising», en H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 71-74.

<sup>147</sup> COM(2003) 356 final.

<sup>148</sup> Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (DO L 326, de 11 de diciembre de 2015, p. 1).

<sup>149</sup> Sobre las diferencias entre las legislaciones nacionales después de la transposición de la Directiva de 1990, así como los aspectos que podían obstaculizar el comercio transfronterizo, y planteando la posible conveniencia de una armonización máxima como la que finalmente tuvo lugar, cfr. SCHULTE-NÖLKE, MEYER-SCHWICKERATH, «Package Travel...», pp. 108-112.

<sup>150</sup> COM(2013) 512 final.

proclama que la Propuesta respeta el principio, y a continuación afirma que el objetivo perseguido «no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros actuando de una manera descoordinada. Por consiguiente, la Unión está en mejores condiciones de resolver los problemas detectados con una medida legislativa que aproxime las normas nacionales».

**59.** En cuanto a la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores<sup>151</sup>, la voluntad de respetar el principio de subsidiariedad se proclama en el considerando 4, mientras que el considerando 65 insiste en que el objetivo perseguido («contribuir, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, al buen funcionamiento del mercado interior») no puede alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros, por lo que se puede lograr mejor a nivel de la Unión. Por su parte, los considerandos 1 a 7 giran en torno a la ya habitual fragmentación normativa como un obstáculo para el mercado interior. La Propuesta de Directiva presentada el 8 de octubre de 2008<sup>152</sup> recoge una Exposición de Motivos bastante extensa, destacando también la extensión de la parte dedicada a la subsidiariedad en el apartado 3. Lamentablemente, esto no se traduce realmente en un incremento de la motivación sustancial. Su lectura vuelve a revelar la insistencia en que la fragmentación normativa, resultante de la armonización mínima contemplada en varias directivas entonces vigentes, no puede ser resuelta por los estados individualmente. Solo la acción coordinada de la UE, al reemplazar múltiples conjuntos normativos por uno solo, reduciría suficientemente las cargas administrativas y los costes de cumplimiento para los empresarios, garantizando al mismo tiempo a los consumidores un elevado nivel de protección. Igualmente, se deja constancia de que solo se armonizan con carácter pleno «todos los aspectos de protección de los consumidores que resultan pertinentes para el comercio transfronterizo, es decir, los aspectos que los comerciantes consideran fundamentales».

**60.** Acercándonos en mayor medida al mercado digital, es imprescindible tratar la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales<sup>153</sup>. Indudablemente, la dimensión digital de los consumidores está fuertemente relacionada con dos derechos fundamentales recogidos en la Carta de la Unión Europea, a saber, el respeto a la vida privada y familiar (artículo 7) y la protección de datos de carácter personal (artículo 8). De hecho, el artículo 38 de la Carta, dedicado a la protección de los consumidores, está recogido en un Título IV rubricado «Solidaridad», lo que añade una visión de la política europea de consumo que va más allá del plano económico en sentido estricto<sup>154</sup>.

Pues bien, la Directiva sobre protección de datos personales no hace referencia a la subsidiariedad. Pero sí expresa la necesidad de reconocer un alto nivel de protección en materia de datos personales, el avance de la economía basada en la información, la disparidad entre las legislaciones nacionales, y cómo la armonización garantizará la libre circulación de datos y el desarrollo del mercado interior (considerandos 1 a 9). También resulta interesante consultar un documento general de la Comisión que agrupa varios textos relacionados con el tratamiento de datos y la seguridad de la información, de 24 de septiembre de 1990<sup>155</sup>. La Comunicación de la Comisión que abre el documento constata la existencia de diferentes enfoques nacionales (apartado 2), constituyendo esta diversidad un obstáculo para el mercado interior, especialmente, porque el intercambio transfronterizo de datos podría verse entorpecido (apartado 6). Son observaciones muy similares a las que aparecen en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 27 de julio de 1990<sup>156</sup>. El principio de subsidiariedad no es

---

<sup>151</sup> Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011, p. 64).

<sup>152</sup> COM(2008) 614 final.

<sup>153</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31).

<sup>154</sup> DE VRIES, «The Court of Justice's...», pp. 417, 426-428.

<sup>155</sup> Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51990DC0314>.

<sup>156</sup> COM(90) 314 final.

mencionado expresamente, aunque sí aparece en la Propuesta de Decisión del Consejo en el ámbito de la seguridad de la información (p. 104, apartado 17), incluida en el documento general.

**61.** La exposición puede continuarse con la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico<sup>157</sup>, cuyo objeto era garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información mediante la aproximación de determinadas disposiciones nacionales aplicables a tales servicios (artículo 1). Su artículo 3 contiene el denominado «principio del país de origen», mientras que el artículo 4 prohíbe el establecimiento de regímenes de autorización previa u otros requisitos que se apliquen específica y exclusivamente a los prestadores de dichos servicios; definiendo después el marco jurídico aplicable. Como viene siendo habitual, los primeros considerandos (en particular, 1 a 8) conectan el mercado interior, la necesidad de desarrollar el comercio electrónico en el marco de la sociedad de la información, y los obstáculos jurídicos cuyo origen último se encuentra en la disparidad de legislaciones. La plena coherencia con el principio de subsidiariedad es afirmada en el considerando 6, «al no tratar [la Directiva] sino algunos puntos específicos que plantean problemas para el mercado interior»; sin intentar justificarlo seriamente<sup>158</sup>. También la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 23 de diciembre de 1998<sup>159</sup> afirmaba el cumplimiento del principio de subsidiariedad y, del mismo modo, la argumentación era que el texto solo incluía las cuestiones imprescindibles (apartado 4.1 de la ficha de financiación). Para obtener más información sobre la necesidad de abordar tales cuestiones, habría que adentrarse en la Comunicación de la Comisión «Iniciativa europea de comercio electrónico» de 16 de abril de 1997<sup>160</sup>. Baste ahora observar que la Comunicación, sin mencionar en ningún momento la subsidiariedad de manera expresa, decía que «sólo se requerirá una actuación comunitaria cuando el reconocimiento mutuo no baste para eliminar los obstáculos en el mercado o proteger objetivos de interés general» (apartado 39)<sup>161</sup>.

**62.** Finalmente, dos textos del año 2019 que pueden ser tratados conjuntamente son la Directiva 2019/770 sobre suministro de contenidos y servicios digitales<sup>162</sup>, y la Directiva 2019/771 sobre contratos de compraventa de bienes<sup>163</sup>. Entre los considerandos 1 a 11 de la primera, y 1 a 10 de la última, se observan notables paralelismos. En ambos se reitera el potencial del mercado interior o del mercado único digital, el cada vez mayor componente tecnológico de la economía, la importancia del Derecho contractual para incitar a los consumidores a adquirir bienes y servicios en otros países, o los efectos de la disparidad de las legislaciones sobre las empresas. Como pequeña diferencia cabe observar que la fragmentación normativa es una realidad ya en el caso de la compraventa de bienes, porque el tipo de armonización ha sido mínimo y no pleno en aspectos importantes (considerando 6); mientras que en el caso del suministro de contenidos y servicios digitales es un riesgo que, comenzando ya a aparecer, más bien podría materializarse en el futuro, si los Estados responden de manera diferente ante los desafíos planteados (considerando 7)<sup>164</sup>. Sus respectivos considerandos núm. 2 afirman la voluntad de garantizar el respeto del principio de subsidiariedad, y ambos textos señalan que «dado que» sus respectivos objetivos no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ya que estos no pueden asegurar la evitación de la fragmentación jurídica y mantener la coherencia de sus normas, tales obje-

<sup>157</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (DO L 178, de 17 de julio de 2000, p. 1).

<sup>158</sup> Así lo dice WEATHERILL, *EU Consumer Law...*, p. 21.

<sup>159</sup> COM(1998) 586 final.

<sup>160</sup> COM(97) 157 final.

<sup>161</sup> Cfr. también la Resolución del Parlamento Europeo A4-0173/98, relativa a la Comunicación sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico (DO C 167, de 1 de junio de 1998, p. 203).

<sup>162</sup> Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO L 136, de 22 de mayo de 2019, p. 1).

<sup>163</sup> Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DO L 136, de 22 de mayo de 2019, p. 50).

<sup>164</sup> Sobre el contexto y los objetivos de la Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales, cfr. R. SCHULZE, «Digital Content Directive (2019/770). Article 1», en R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 33-36.

tivos pueden lograrse mejor a escala de la Unión (considerandos 86 de la Directiva sobre contenidos y servicios digitales, y 70 de la Directiva sobre compraventa de bienes).

De la misma manera, pueden citarse simultáneamente las Propuestas que dieron lugar a las dos Directivas, ambas de 9 de mayo de 2015. En un caso se abordaban los contratos de suministro de contenidos digitales<sup>165</sup>, mientras que el otro proyecto versaba sobre contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes<sup>166</sup>. En sus respectivos apartados sobre el principio de subsidiariedad, las dos Propuestas comentan que la fragmentación normativa, eventual o ya efectiva, no puede ser evitada por los Estados miembros. Las dos iniciativas pretenden la coordinación de los derechos reconocidos a los consumidores, la seguridad jurídica de las empresas que desean realizar operaciones en otros Estados, y, en definitiva, eliminar o evitar los obstáculos derivados de las diferencias regulatorias. Solo una acción a nivel de la UE puede lograrlo.

## V. El principio de subsidiariedad en Reglamentos relacionados con la protección de los consumidores y el mercado único digital

**63.** Dedicarle un apartado propio a la subsidiariedad en Reglamentos de la Unión Europea podría parecer superfluo, porque se trata de un principio con el que dilucidar *si* la Unión puede ejercer una competencia compartida, más que *cómo* hacerlo. Además, en numerosas ocasiones las Directivas de armonización plena tienen el mismo resultado práctico que un texto unificador, quedándoles a los Estados miembros poco margen de maniobra<sup>167</sup>. No obstante, el interés de este apartado viene dado por que regular o no una materia, y cómo hacerlo, no son cuestiones independientes. A veces, responder a la primera exige haber presumido que sí es necesario una actividad regulatoria, y haber respondido a la pregunta de cómo se llevaría a cabo eventualmente<sup>168</sup>.

Además de la dimensión horizontal de la subsidiariedad, que ya ha sido mencionada en algún momento, refleja bien esa interrelación el artículo 5.3 del TUE cuando subraya que la Unión Europea intervendrá sólo en caso de que, y *en la medida en que*, se cumplan las dos condiciones establecidas, a saber, la insuficiencia de la acción a nivel estatal y el valor añadido de la acción a nivel europeo. Así, estas dos condiciones acotan la intensidad que puede alcanzar la acción de la UE, cuestión no desligada completamente del principio de proporcionalidad<sup>169</sup>. Desde esta óptica, la subsidiariedad no estaría actuando tanto para excluir la regulación a nivel de la UE, como para hacerla «menos densa»<sup>170</sup>. En esta misma línea, cabe recordar el párrafo 6 del Protocolo de 1997 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad: «La forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz. La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas»<sup>171</sup>.

**64.** Puesto que en el apartado anterior se ha hecho referencia a Directivas relacionadas con el turismo, puede abrirse el análisis con el Reglamento nº 261/2004 sobre compensación y asistencia a los

<sup>165</sup> COM(2015) 634 final.

<sup>166</sup> COM(2015) 635 final.

<sup>167</sup> LILLEHOLT, «European Private Law...», p. 355.

<sup>168</sup> GÓMEZ, GANUZA, «An Economic Analysis...», p. 280. Sobre las observaciones efectuadas en este párrafo, y refiriéndose a la relación entre la subsidiariedad y la proporcionalidad, cfr. también JACQUÉ, «Rapport...», pp. 22-24 (situando el análisis desde la óptica del primer principio en un momento anterior al estudio de la cuestión desde el punto de vista del segundo, sin negar la influencia mutua de ambos).

<sup>169</sup> Cfr. sentencia *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, apartado 184; JACQUÉ, «Rapport...», pp. 21-22.

<sup>170</sup> WEATHERILL, *Contract Law...*, p. 198.

<sup>171</sup> Sentencias *Vodafone y otros*, apartado 73; *Luxemburgo/Parlamento y Consejo*, apartado 77; así como VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel...*, pp. 182-183. La relación entre la voluntad de acotar la intensidad de la acción de la UE, la consagración del principio de subsidiariedad, y el enfoque plasmado en el párrafo 6 del Protocolo de 1997, es reflejada por D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 11-12, 19-20.

pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso<sup>172</sup>. Insistiendo en la necesidad de proteger a los pasajeros y a los consumidores, lamentando el número de interrupciones en el transporte aéreo de pasajeros, y la necesidad de garantizar una competencia en igualdad de condiciones para los transportistas (considerandos 1 a 4); el Reglamento viene a plasmar ideas muy próximas a las que aparecen en las Directivas. Conviene señalar que existe una Propuesta para la modificación de este Reglamento, y que se remonta al 13 de marzo de 2013<sup>173</sup>. El principio de subsidiariedad es analizado en el apartado 3.2 de la Propuesta, aunque de manera extremadamente breve. Por un lado, se constata el poco margen de los Estados miembros para actuar solos en el ámbito de la protección de los consumidores en el transporte aéreo, dada la existencia de normas uniformes que les impiden establecer requisitos adicionales a los transportistas aéreos que operan dentro de la UE. Y, por otro lado, se dice que «la mayor parte de los problemas que plantean los derechos de los pasajeros aéreos están vinculados a las divergencias de aplicación o cumplimiento del Reglamento (CE) n° 261/2004 y del Reglamento (CE) n° 2027/97 entre los Estados miembros, que debilitan los derechos de los pasajeros y comprometen la igualdad de condiciones entre transportistas aéreos. Estos problemas solo puede resolverlos la intervención coordinada de la UE». La Propuesta también presenta los resultados de las consultas efectuadas y de las evaluaciones de impacto, pero las observaciones ahí recogidas tienen mejor encaje en la proporcionalidad.

Con respecto a las citadas normas uniformes, se trata en particular del Reglamento n° 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad<sup>174</sup>. Su considerando 18 afirma el cumplimiento de las dos exigencias del principio de subsidiariedad, en la medida en que el objetivo perseguido es «la aplicación más homogénea de la legislación comunitaria en relación con el mercado interior de la aviación». La Propuesta de Reglamento de 18 de julio de 2006<sup>175</sup> ya dejaba constancia del carácter transnacional de los problemas detectados, a saber, las divergencias en la interpretación y aplicación de los Reglamentos que culminaban el proceso de liberalización del transporte aéreo («tercer paquete»), y la falta de homogeneidad en la que operaban las compañías aéreas, con sus repercusiones en materia de competencia. Por ello, la cuestión solo podía abordarse mediante una acción de la UE (apartado 3 de la Exposición de Motivos).

**65.** En el apartado anterior también se incluyó la protección de datos personales, por lo que en esta sección hay que tratar el Reglamento General de Protección de Datos<sup>176</sup>. La afirmación de que pueden adoptarse medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad porque se cumplen las dos condiciones enunciadas en el artículo 5.3 del TUE, aparece en el considerando 170. La fórmula, introducida por «Dado que...», coincide con otras que aparecen en Directivas ya presentadas, cambiando únicamente (por motivos obvios) el enunciado de los objetivos del texto articulado. Resaltando que la protección de datos personales es un derecho fundamental, los considerandos 1 a 13 del Reglamento recuperan ideas bien conocidas ya. Entre ellas, la importancia de los datos en la economía actual, la necesidad de un marco jurídico sólido que aporte confianza a las personas y empresas, y que la fragmentación normativa no ha podido ser eliminada con la Directiva 95/46/CE: sus objetivos y principios siguen siendo válidos, pero han permitido algunas diferencias que han dado lugar a niveles de protección no uniformes. Todo ello afecta al desarrollo del mercado interior.

En la Propuesta de Reglamento sobre protección de datos de 25 de enero de 2012<sup>177</sup>, el apartado que la contextualiza incide en la persistencia de una fragmentación en cuanto la aplicación de la protección de datos de carácter personal en el seno de la UE. Por ello, y dada la evolución tecnológica, se

---

<sup>172</sup> Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (DO L 46, de 17 de febrero de 2004, p. 1).

<sup>173</sup> COM(2013) 130 final.

<sup>174</sup> Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (DO L 293, de 31 de octubre de 2008, p. 3).

<sup>175</sup> COM(2006) 396 final.

<sup>176</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119, de 4 de mayo de 2016, p. 1).

<sup>177</sup> COM(2012) 11 final.

dice que ha llegado el momento de un marco «más sólido y coherente [...] con una aplicación estricta», alertando de que «la falta de confianza hace que los consumidores vacilen a la hora de adquirir productos en línea y adoptar nuevos servicios, con lo que se corre el riesgo de que se ralentice el desarrollo de usos innovadores de las nuevas tecnologías». El principio de subsidiariedad es tratado en el apartado 3.2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta, argumentándose la necesidad de una normativa común a nivel de la UE en los siguientes aspectos. Primero, siendo el derecho a la protección de datos un derecho fundamental, es necesario que haya el mismo nivel de protección en toda la Unión. Segundo, la unidad de aplicación del Derecho de la Unión requiere una respuesta común, sobre todo ante el creciente número y entidad de las transferencias internacionales de datos. Tercero, los Estados miembros no están en disposición de mitigar los problemas debidos a la fragmentación de las legislaciones nacionales. Y, finalmente, y en relación con lo anterior, la naturaleza y magnitud de los problemas va más allá de las fronteras de solo de uno o varios Estados miembros, de modo que las iniciativas de la Unión son más efectivas que las adoptadas a nivel nacional.

**66.** Al igual que en el apartado anterior del presente estudio, hay dos textos que pueden ser comentados simultáneamente, en este caso, del año 2022. Se trata del Reglamento 2022/1925 de Mercados Digitales<sup>178</sup>, por un lado, y del Reglamento 2022/2065 de Servicios Digitales<sup>179</sup>, por otro. Dentro de los considerandos, solo hay una referencia expresa a la subsidiariedad. Se trata de los respectivos considerandos 107 y 155, que no hacen más que proclamar que los objetivos perseguidos no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, pudiendo lograrse mejor a escala de la Unión Europea. En el caso del Reglamento de Mercados Digitales, esto se debe «al modelo de negocio y las operaciones de los guardianes de acceso, y a las dimensiones y efectos de estas». En el Reglamento de Servicios Digitales, se explica por su «ámbito de aplicación territorial y personal».

Los dos considerandos citados enuncian de manera sintética cuáles son esos objetivos, pero, para conocer algo más sobre el enfoque, hay que ir a los primeros (especialmente los números 1 a 8 del Reglamento de Mercados Digitales; y los números 1 a 4, y 6 del Reglamento de Servicios Digitales). En el caso de los mercados digitales, el punto de partida es la concentración de los servicios básicos de plataforma en un reducido número de prestadores, que son grandes empresas. Así, se trata de garantizar la disputabilidad y la equidad, promover la innovación y productos y servicios digitales de alta calidad, pero manteniendo los precios en niveles razonables. En cuanto a los servicios digitales, se observa una clara transformación digital y una proliferación de aquellos. Pero, como con cualquier desarrollo tecnológico, aparecen nuevos riesgos y desafíos. Por ello, hay que garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la Carta, creando un entorno en línea seguro, predecible y fiable. Tanto en un ámbito como en otro se enfatiza el potencial del mercado interior y la voluntad de contribuir a su desarrollo, para lo que se revela imprescindible evitar la fragmentación normativa y el aumento de costes de transacción. La fragmentación ya empieza a existir, habiendo el riesgo de que se acreciente en el futuro ante los proyectos legislativos de los Estados miembros.

Acudiendo a las Propuestas de Reglamento sobre mercados digitales<sup>180</sup> y sobre servicios digitales<sup>181</sup>, las dos presentadas el 15 de diciembre de 2020, la subsidiariedad es tratada en el apartado 2 de la Exposición de Motivos de cada una. Se le dedican tres párrafos en ambos casos, aunque más extensos en la primera de las propuestas, que principalmente vienen a exponer lo que aparece en los primeros considerandos. Las dos resaltan el carácter transfronterizo del sector digital y los servicios de plataformas básicos, o de Internet en general, respectivamente. Además, la Propuesta sobre mercados digitales enuncia varios tipos de servicios prestados por actores digitales que suelen tener implantación en varios Estados miembros, cuando no en toda la Unión Europea. Se presenta así el carácter transnacional de la

<sup>178</sup> Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (DO L 265, de 12 de octubre de 2022, p. 1).

<sup>179</sup> Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (DO L 277, de 27 de octubre de 2022, p. 1).

<sup>180</sup> COM(2020) 842 final.

<sup>181</sup> COM(2020) 825 final.

problemática. A continuación, los dos textos aluden a la ineficacia de las leyes nacionales: en cuanto a los mercados digitales se asevera sin precisar más por qué, advirtiendo la fragmentación normativa emergente; mientras que en los servicios digitales se dice que no pueden garantizar «la seguridad y la protección uniforme de los derechos de los ciudadanos y las empresas de la Unión en línea». La Propuesta sobre mercados digitales incluye una referencia a las dificultades de las empresas emergentes y las pequeñas empresas para crecer, acceder a nuevos mercados, ofrecer mejores y más variados productos a precios más competitivos, e incluso competir con los grandes actores del sector digital. En este escenario general, la acción a nivel de la Unión Europea mejora el funcionamiento del mercado interior y aporta claridad y seguridad jurídicas, así como un nivel de protección uniforme para los ciudadanos.

67. Para cerrar este apartado, se abre una ventana al futuro con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial), de 21 de abril de 2021<sup>182</sup>. El apartado 2.2 de la Exposición de Motivos defiende la propuesta desde el punto de vista de la subsidiariedad, justificando la insuficiencia de la acción a nivel de los Estados en la naturaleza de la inteligencia artificial, susceptible de integrarse en cualquier producto o servicio que se beneficia de la libre circulación por el mercado interior. También alerta de la incipiente fragmentación normativa, debido a que los Estados están comenzando a adoptar o proyectar normas en materia de IA, con el consiguiente efecto colateral de crear inseguridad jurídica y obstaculizar el mercado interior. Igualmente, el Reglamento garantizará la igualdad, tanto en relación con la competencia como en el nivel de protección de las personas, reforzando la competitividad y la base industrial de Europa, además de proteger la soberanía digital de la UE. En el texto proyectado, es el considerando 87 el que proclama el cumplimiento del principio de subsidiariedad, simplemente afirmando la insuficiencia de la acción nacional y el valor añadido de la acción a nivel de la Unión.

## VI. A modo de conclusión

68. A la vista de los textos presentados en las páginas anteriores, podrían tener cierta dosis de razón las voces que afirman que, desde la óptica del principio de subsidiariedad, la motivación de las propuestas normativas es a veces «ritual e insignificante»; siendo escasa la motivación explícita en los actos legislativos propiamente dichos<sup>183</sup>. En estos últimos, se dice, hay más una aseveración rutinaria del cumplimiento del principio de subsidiariedad, que una explicación o justificación<sup>184</sup>.

69. Ciertamente, los considerandos permiten deducir los motivos que han llevado al legislador a concluir que la acción a nivel europeo resulta necesaria para cumplir suficientemente con los objetivos del Tratado, generando un valor añadido con respecto a una acción a nivel nacional. Se satisface así el estándar de motivación exigido por el Tribunal de Justicia. Ahora bien, para conocer verdaderamente esos motivos, habría que adentrarse en las Propuestas, cuyo contenido, evidentemente, no puede ser reflejado de manera completa en solo unas páginas. Los elementos directa o indirectamente relacionados con la subsidiariedad aparecen con mayor frecuencia en las Propuestas más recientes y que pretenden una armonización plena, lo cual es positivo. No obstante, incluso acudiendo a las más o menos extensas explicaciones en las propuestas, la sensación es que la justificación del cumplimiento del principio de subsidiariedad permanece en la superficie. Sin duda, suelen ofrecerse análisis de impacto y datos de consultas cuyo resultado es que una parte de los consumidores y empresarios europeos manifiesta que realizaría más operaciones transfronterizas si la legislación estuviese armonizada. Pero esto tampoco son datos *decisivos*. El número de personas y entidades que responden a las consultas resulta en general muy bajo, teniendo en cuenta el impacto de la regulación proyectada<sup>185</sup>. El porcentaje de opiniones que

<sup>182</sup> COM(2021) 206 final.

<sup>183</sup> BLANQUET, *Droit général...*, p. 117.

<sup>184</sup> WEATHERILL, *Contract Law...*, pp. 196-197.

<sup>185</sup> Cfr. la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre viajes combinados de 2013 (apartado 2.1); de la Pro-

dan importancia a la disparidad normativa no siempre refleja una mayoría amplia<sup>186</sup>. Y las manifestaciones, no respaldadas por hechos o compromisos, no sirven para calibrar cuantitativamente la mayor inversión o gasto que se haría<sup>187</sup>.

**70.** La justificación debe huir de abstracciones y ser lo más concreta posible, con análisis económicos y de mercado que consideren diferentes escenarios<sup>188</sup>. Las Propuestas intentan hacerlo, pero, al insistir sobre todo en los aspectos más evidentes del problema, el razonamiento termina siendo circular. El énfasis en la fragmentación normativa, la competencia, y la confianza de los consumidores con reflexiones más bien generales, posiblemente sea excesivo. Recuérdese que la jurisprudencia europea ha dicho que «si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición [...] de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase [...] el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia»<sup>189</sup>. En relación con el objetivo de evitar distorsiones concurrenciales, la jurisprudencia también observa que estas deben ser sensibles; porque de lo contrario la competencia del legislador de la Unión se expandiría prácticamente sin límites, socavando el principio de atribución (artículo 5.1 del TUE)<sup>190</sup>. Tampoco basta con insistir en el carácter transfronterizo de las operaciones comerciales o de Internet, para justificar que la acción debe ser llevada a cabo a nivel de la Unión Europea. Recluírse en ese aspecto no solo conllevaría una inversión de la presunción a favor de la acción a nivel de los Estados, sino que, de hecho, generaría la impresión de que las instituciones europeas ven muy poco sentido a la acción nacional en un mundo interconectado como el de hoy en día; lo que sería tanto como desdeñar la idea de proximidad que subyace tras el principio de subsidiariedad.

En suma, la acción a nivel de la Unión Europea debe tener un efecto directo sobre el funcionamiento del mercado interior, eliminando obstáculos más o menos importantes a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios, o suprimiendo o evitando distorsiones de la competencia de las que pueda decirse que sus consecuencias son considerables<sup>191</sup>.

**71.** Sería deseable que el legislador ofreciese un análisis más completo sobre aspectos de fondo que parecen relevantes, pero que rara vez son estudiados. Y también que dejase constancia de los elementos contraintuitivos o menos evidentes. Como ilustración cabe apuntar a la Propuesta de Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, cuando dice que la promoción de productos más duraderos es una acción positiva para el medio ambiente y para el empleo. En cuanto a lo primero, es correcto como conclusión general por motivos obvios. Pero no debería olvidarse que, cuantos más

---

puesta de Reglamento general de protección de datos (apartado 2); y de la Propuesta de Directiva sobre contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (apartado 3).

<sup>186</sup> Cfr. la Exposición de Motivos de la Propuesta de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo (apartado I.A, punto 3); de la Propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales desleales (puntos 10 y 15); y de la Propuesta de Directiva sobre contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (apartado 1).

<sup>187</sup> Por ofrecer solo un ejemplo con algo más de detalle, en el punto 27 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales desleales se hace constar: que el 38 por ciento de las empresas «esperaba» incrementar su presupuesto de publicidad y comercialización transfronterizas como consecuencia de la armonización, que el 46 por ciento de las compañías «espera» que la proporción de sus ventas transfronterizas aumente con la armonización plena de varias normativas de protección de los consumidores, que 10 millones de consumidores realizarían «muchas más» compras transfronterizas si tuviesen la misma confianza en los empresarios de otro país de la UE, y que 70 millones de consumidores podrían comprar «un poco más» con esa misma confianza homogénea.

<sup>188</sup> ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», p. 398.

<sup>189</sup> Por todas, sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, apartado 84.

<sup>190</sup> Sentencia del TJCE *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98, apartados 106-107, en relación con la sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión/Consejo*, C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244, apartado 23.

<sup>191</sup> Cfr. sentencias *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98, apartados 83 y 95; *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, apartado 17; de 22 de mayo de 2003, *Comisión/Alemania*, C-103/01, ECLI:EU:C:2003:301, apartado 47; de 12 de diciembre de 2006, *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-380/03, ECLI:EU:C:2006:772, apartado 37; de 10 de febrero de 2009, *Irlanda/Parlamento y Consejo*, C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68, apartados 63; *Vodafone y otros*, apartado 32; y WEATHERILL, *Contract Law...*, pp. 61-62, 71.

incentivos tenga un consumidor para mantenerse con un producto ya adquirido (efecto que se potencia si el precio que ha pagado es alto), son menos las probabilidades de que adquiera un producto nuevo más eficiente y sostenible que el antiguo; operación de reemplazo que, si va acompañada de un correcto reciclaje de este último o de su ofrecimiento en mercados de segunda mano, a veces podría arrojar un saldo medioambiental positivo<sup>192</sup>. Y, con respecto a la mano de obra necesaria en servicios de reparación y control, no puede obviarse el hecho de que esa mano de obra no está disponible en otros sectores en los que, quizás, sería más productiva.

**72.** Otro aspecto que debe resaltarse es la ocasional llamada a actuar antes de que exista una fragmentación normativa, como sucedía por ejemplo en los contratos a distancia. Esto podría entrar en conflicto con la necesidad de demostrar la insuficiencia de la acción a nivel estatal. Pero no porque haya que esperar a que el problema se manifieste para poder llevar a cabo la armonización, sino porque, si no se ha verificado ya esa insuficiencia, la argumentación debe ser mucho más exhaustiva. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es posible justificar la armonización apelando al objetivo de evitar que aparezcan en el futuro obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales; pero esa aparición debe ser «probable» y, por supuesto, el acto normativo debe estar dirigido a evitar que se materialice ese riesgo<sup>193</sup>. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, por ejemplo, incide acertadamente en ese riesgo potencial. Sin embargo, comete un error que, pudiendo ser meramente técnico o formal, adquiere gran relevancia cuando se analiza desde la subsidiariedad. El considerando 7 proyectado alude a la insuficiencia de la acción a nivel nacional, y el 8 dice que, «por tanto», los objetivos pueden alcanzarse mejor con una actuación a nivel de la Unión. El uso de semejante conector es incorrecto, porque dicha insuficiencia no implica necesariamente que la UE pueda hacerlo mejor.

**73.** Un ejemplo relacionado con los dos tipos de reflexiones efectuadas viene dado por la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos y servicios digitales. En ella se afirma que los Estados miembros no pueden eliminar adecuadamente los obstáculos que supone la disparidad entre sus legislaciones nacionales «de forma individual». Al mismo tiempo, se observa que varios Estados ya han adoptado normas en la materia o han comenzado los trabajos para ello, de modo que la fragmentación ya existe en cierta medida, pero también es un riesgo de cara al futuro. Pues bien, si el suministro de contenidos y servicios digitales es una cuestión relativamente novedosa, no parece posible definir dónde está el equilibrio entre la protección de los consumidores y la flexibilidad que permite varios modelos de negocio y que fomenta la innovación. En este contexto, no cabe descartar los beneficios de la competencia regulatoria y la posibilidad de que, a través de un proceso de comparación, en no demasiado tiempo los países se acerquen progresiva y espontáneamente a una normativa más o menos similar.

**74.** Hay quien ha puesto de relieve cómo las instituciones europeas favorecen la acción a nivel de la Unión sobre la acción estatal, privilegiando la mayor eficiencia de la primera, sin detenerse en exceso a evaluar la insuficiencia de la segunda<sup>194</sup>. Alguna resolución del Tribunal de Justicia, en efecto, enuncia las dos condiciones, pero luego el control efectuado parece llevarse a cabo en términos de estricta mayor eficacia<sup>195</sup>. Evidentemente, quien define e interpreta los objetivos a conseguir, y esta es la UE, tenderá a considerar que su acción es mejor; otorgando una mayor importancia a la eficiencia que a

---

<sup>192</sup> Cfr. R. PAZOS, «Sustainability, the Circular Economy and Consumer Law in Spain», *Journal of European Consumer and Market Law*, nº 5, 2020, p. 214.

<sup>193</sup> Sentencias *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-376/98, apartado 86; *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, apartado 61; *Países Bajos/Parlamento y Consejo*, apartado 15; *Alemania/Parlamento y Consejo*, C-380/03, apartados 38 y 41; *Irlanda/Parlamento y Consejo*, apartado 64; *Vodafone y otros*, apartado 33.

<sup>194</sup> Cfr. MARTIN, «L'instrumentalisation...», pp. 92-95, 352, 354, 362-375.

<sup>195</sup> Cfr. sentencias *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartados 45, 48, 53-54; y *Philip Morris Brands y otros*, apartados 218-219, 222, 226.

la proximidad<sup>196</sup>. Pero ambas dimensiones reflejan exigencias cumulativas impuestas por el artículo 5.3 del TUE, por lo que ninguna merece más atención que la otra. Descuidos como el descrito con relación a la Propuesta sobre responsabilidad en materia de IA llevarían a la conclusión de que, a veces, la mayor eficiencia de la acción a nivel europeo se da por sentada<sup>197</sup>.

75. Todo esto no significa que las opciones escogidas por el legislador de la Unión sean erróneas. Simplemente, estas lagunas o deficiencias deberían evitarse porque, de lo contrario, resultará más difícil contradecir a quien afirme que ninguna institución europea está verdaderamente interesada en respetar el principio de subsidiariedad<sup>198</sup>. Aun así, podría alegarse que los Estados miembros son parcialmente responsables de esa falta de interés, y que un eventual exceso en el ejercicio de competencias por parte de la Unión sería de alguna forma consentida por aquellos<sup>199</sup>. En realidad, tampoco debería llamar la atención este consentimiento. A fin de cuentas, el debate político y social de una norma aprobada por la UE no es tan exigente como el de una norma aprobada al nivel de un Estado miembro: aquella recibe menos atención por parte del público y de los medios de comunicación<sup>200</sup>. Este hecho aconseja que se discuta con más cercanía a los ciudadanos todo aquello que no sea estrictamente necesario regular al nivel de la Unión.

76. En conclusión, parecen materializarse en cierta medida los tres riesgos a los que se aludía en la introducción del presente trabajo, retroalimentándose entre sí. En primer lugar, las consideraciones relacionadas con el principio de subsidiariedad son bastante escuetas en los textos aprobados, y las Propuestas de las que parten ofrecen algunos elementos adicionales, pero sin llegar a una gran exhaustividad. La sensación general es que la subsidiariedad no está entre los elementos que más preocupan al legislador europeo. En segundo lugar, las explicaciones ofrecidas por este no evitan la estandarización. Dejando a un lado la ocasional utilización de fórmulas similares, el propio desarrollo sigue una estructura más o menos definida. Como no podía ser de otra manera, la materia regulada conlleva alusiones a aspectos específicos en cada caso. Pero la idea de fondo se repite: la existencia de normas diferentes genera inseguridad y costes de transacción, desincentiva las operaciones transfronterizas y distorsiona la competencia, y por lo tanto solo una armonización legislativa orientada desde la Unión Europea permite alcanzar los objetivos de los Tratados. Rara vez se evalúan las desventajas y riesgos de la armonización. Por último, en general puede decirse que las propuestas de actos normativos más recientes dedican una mayor extensión a comentar extremos directa o indirectamente relacionados con el principio de subsidiariedad. Pero la estandarización referida hace que esa mayor extensión tenga una dimensión más formal que sustantiva. Existen propuestas más antiguas que, llevando a cabo una armonización mínima, contienen una justificación a la luz de la subsidiariedad que está al mismo nivel, si no por encima, de la efectuada en textos más recientes y de armonización máxima o en Reglamentos. Desde luego, la profundidad del análisis de las iniciativas desde la óptica de la subsidiariedad no avanza en la misma medida que el detalle de la legislación aprobada<sup>201</sup>.

<sup>196</sup> BALAGUER CALLEJÓN, «La subsidiariedad...», pp. 99-100, 103.

<sup>197</sup> Una impresión similar podría generarse con fórmulas como las de los considerandos número 23 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, y número 65 de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

<sup>198</sup> Así lo expresó Alain Lamassoure, miembro del Parlamento Europeo, tal y como se recoge en las columnas 1209 y 1210 del 9º informe del Comité Europeo del Parlamento Escocés *EU Governance and the Future of Europe* (con respecto a la sesión celebrada el 30 de octubre de 2001), disponible en <https://www.parliament.scot/api/sitecore/CustomMedia/OfficialReport?meetingId=1371>.

<sup>199</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, «La regulación...», pp. 796-797; así como las sentencias *Estonia/Parlamento y Consejo*, apartado 62; y *Polonia/Parlamento y Consejo*, apartado 125.

<sup>200</sup> LILLEHOLT, «European Private Law...», pp. 356-357; ÖBERG, «Subsidiarity as a Limit...», pp. 404-405. También aludía a ello Alain Lamassoure, algo de lo que deja constancia el ya citado informe *EU Governance and the Future of Europe* (columna 1210).

<sup>201</sup> En los inicios de la construcción europea, la necesidad de establecer normas uniformes que evitasen distorsiones concurrenciales llevó a la adopción de directivas bastante detalladas que iban más allá de una simple fijación de los resultados u objetivos perseguidos, reduciendo el margen de apreciación de los Estados miembros. Sin embargo, esa tendencia cambió posteriormente para favorecer directivas más generales y flexibles. En este sentido, cfr. SIMON, *La directive...*, pp. 4-5, 18-19. De manera en cierta forma curiosa, actualmente cabría identificar un retorno a la perspectiva inicial.

77. Por todo ello, existe un margen de mejora en el tratamiento de la subsidiariedad en las normas de protección de los consumidores o relacionadas con el mercado único digital. No se está diciendo que los actos normativos y las propuestas presentadas sean injustificables, ni que infrinjan el deber de motivación. Sencillamente, cuanta mayor atención (genuina) recaiga en la subsidiariedad, más fácil será evitar normas innecesarias y poner el foco en las cuestiones más relevantes, mejorando el proceso de integración y favoreciendo el debate constructivo en los planos político y social.