



**CONSEJO ECONÓMICO
Y SOCIAL ESPAÑA**

DICTAMEN SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO LEY POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 472/2021 POR EL QUE SE INCORPORA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL LA DIRECTIVA (UE) 2018/958, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 28 DE JUNIO DE 2018, RELATIVA AL TEST DE PROPORCIONALIDAD ANTES DE ADOPTAR NUEVAS REGULACIONES DE PROFESIONES

Sesión del Pleno de 24 de enero de 2024

I. ANTECEDENTES

El 2 de enero de 2024 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social un escrito del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en el que se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, que el CES emitiera dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 472/2021 por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

La solicitud fue trasladada a la Comisión de Trabajo de Salud, Consumo, Asuntos Sociales, Educación y Cultura para la elaboración de una propuesta de dictamen en el plazo de urgencia. El Anteproyecto se acompaña de la preceptiva Memoria de análisis de impacto normativo junto el Anexo I (alegaciones recibidas en la fase de audiencia e información pública).

La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, junto con la libertad de circulación de mercancías y la libre circulación de trabajadores, forman parte de los principios fundacionales del mercado interior europeo, reconocidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En concreto, en ejercicio de la libertad de establecimiento, los trabajadores por cuenta propia y los profesionales que operan en un Estado miembro podrán llevar a cabo una actividad económica de manera estable y continuada en otro Estado miembro (art. 49 TFUE). Asimismo, en aplicación de la libertad de prestación de servicios, podrán ofrecer y prestar estos últimos en otros Estados miembros de manera temporal sin abandonar su país de origen (art. 56 TFUE). Para que estas libertades sean efectivas, debe garantizarse el reconocimiento mutuo de los diplomas, certificados y otros títulos que prueben las cualificaciones profesionales expedidos en los diferentes Estados miembros, debiendo coordinarse y armonizarse las disposiciones nacionales que regulan el acceso a las diferentes profesiones.

Con el fin de garantizar la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, se desarrollaron los sistemas de reconocimiento mutuo. Actualmente, en las profesiones reguladas, coexisten en la Unión Europea diferentes modelos de reconocimiento. El primer sistema creado por la CEE se basaba en la exigencia de un periodo de ejercicio profesional previo. Posteriormente, se procedió a la coordinación de las condiciones mínimas de formación a través de Directivas de carácter sectorial enfocadas principalmente a las ocupaciones sanitarias u otras tales como el ejercicio de la arquitectura. Por último, basándose en el principio de confianza recíproca, se estableció un régimen general de reconocimiento de títulos aplicable para aquellas profesiones reguladas que no hubiesen experimentado un proceso de homogeneización y coordinación sectorial. No obstante, en el último caso, el principio de reconocimiento mutuo ha presentado un carácter más limitado. Por ejemplo, en algunas profesiones como la abogacía, el Estado de acogida puede establecer un régimen transitorio en el que el letrado debe actuar junto a un abogado local.

El Real Decreto 581/2017, cristalizando la jurisprudencia emanada del TJUE, ya establecía la obligación de las autoridades competentes españolas de elaborar un informe respecto de las profesiones reguladas existentes, que contemplase la valoración de la compatibilidad con la libertad de establecimiento y prestación de servicios de los requisitos que limitan el acceso a la profesión o su ejercicio a los titulares de un título de formación específica. Otras novedades del Real Decreto 581/2017 fueron la regulación del marco general de reconocimiento de cualificaciones, consolidando toda la normativa comunitaria vigente en esta materia hasta su aprobación y también se incorporaron importantes elementos novedosos, como la regulación del acceso a la Tarjeta Profesional Europea así como los principios comunes de formación, que debían adoptar la forma de “marcos comunes de formación”, la creación de los “Centros de Asistencia”, para el asesoramiento a los ciudadanos, así como la regulación de la coordinación de la información entre Estados miembros, incluyendo un “mecanismo de alerta”.

Sin embargo, el antecedente normativo más inmediato del Proyecto sometido a dictamen fue el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones. Cabe recordar que dicha Directiva tuvo su origen en la constatación por parte de la Comisión Europea de que tanto las empresas del sector servicios como los consumidores y usuarios seguían reportando sistemáticamente problemas relativos a requisitos para el acceso y el ejercicio en el caso de determinadas actividades o profesiones. Entre las novedades incorporadas por el Real Decreto 472/2021, destaca la introducción de la definición de “autoridades competentes para la regulación” que son aquellas con competencias para la elaboración, aprobación y modificación de disposiciones de rango legal o reglamentario que puedan restringir el acceso y/o el ejercicio de las profesiones reguladas”.

Otro elemento novedoso del Real Decreto 472/2021 fue la introducción de criterios específicos que debían guiar la realización del test de proporcionalidad. La aprobación de la Directiva 2018/958 partía de la necesidad de adoptar un planteamiento común a escala de la Unión respecto a los criterios que cada Estado miembro debía utilizar para evaluar la proporcionalidad de los requisitos que restringen el acceso a las profesiones reguladas, o su ejercicio, con el fin de evitar la fragmentación del mercado interior y eliminar las barreras al acceso a determinadas actividades por cuenta propia o ajena. El artículo 7 del Real Decreto 472/2021 contiene los elementos a tener en cuenta tales como, entre otros, la naturaleza de los riesgos a evitar a través de la regulación introducida, el grado en que estos estaban adecuadamente protegidos por otras normas de carácter general o particular, la capacidad de la norma de lograr el objetivo perseguido o su impacto en las libertades fundamentales de la Unión.

Recientemente, según refiere la MAIN, la Comisión Europea ha emitido un dictamen motivado en el que considera que se ha producido un defecto en la transposición de la Directiva (UE) 2018/958 al estimar que los códigos deontológicos de los Colegios Profesionales no se someten a una evaluación objetiva e independiente en el marco del

test de proporcionalidad. Dicha obligación viene contenida en la consideración 14 de la Directiva (UE) 2018/958 por la cual los “estados miembros deben realizar evaluaciones de proporcionalidad de manera objetiva e independiente, incluso cuando una profesión esté regulada indirectamente por haberse atribuido a un determinado organismo profesional la potestad para regular”. La Directiva considera que la regulación indirecta puede ser positiva debido a los conocimientos acumulados por los operadores sectoriales en sus respectivos ámbitos. No obstante, afirma que “las decisiones de las organizaciones profesionales podrán resultar ventajosas para los operadores establecidos en detrimento de los que se incorporan al mercado”. Por otra parte, el artículo 7.3 indica que los Estados miembros evaluarán el efecto probable de las disposiciones nuevas o modificadas, en especial, entre otras, las “normas relativas a la organización de la profesión y la ética profesional”.

Como parte de su función consultiva, el CES ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre distintos proyectos normativos relacionados con el texto objeto de este dictamen, encaminados asimismo a garantizar el desarrollo del mercado único europeo a través de la eliminación de obstáculos a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios así como, más en concreto, a la mejora de los procedimientos administrativos conducentes al reconocimiento de titulaciones en el marco de la Unión Europea. Valga mencionar el Dictamen 8/2007, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, modificada por la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006; el Dictamen 2/2008, sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios; el Dictamen 2/2009, sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; el Dictamen 5/2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la unidad de mercado; el Dictamen 10/2013, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado; Dictamen 11/2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios y colegios profesionales; el Dictamen 2/2016, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, para la incorporación de la Directiva 2013/55/UE, de 20 de noviembre de 2013, el cual daría posteriormente lugar al Real Decreto 581/2017.

Por último, el antecedente más próximo a este dictamen fue el dictamen 01/2021 sobre el proyecto de real decreto por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa

al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones. El CES valoró positivamente el proyecto, si bien señalando, entre otras cuestiones, el carácter excesivamente literal de la transposición de la Directiva y llamando la atención sobre la necesidad de poner en valor la importante tarea de defensa de la correcta praxis profesional que llevan a cabo los Colegios Profesionales.

También en varios de sus informes de iniciativa propia, el Consejo ha puesto de relieve la importancia de profundizar en la mejora y agilización de los procedimientos administrativos, así como de los procedimientos de reconocimiento de las titulaciones adquiridas en otros países. Entre ellos, valga citar el Informe 3/2018, El futuro del trabajo, donde se resaltaba la persistencia de barreras administrativas que limitan a medio y largo plazo el potencial de la movilidad geográfica, señalando la necesidad de mayores esfuerzos de armonización y levantamiento de trabas administrativas para responder a las necesidades de los trabajadores y las empresas. Asimismo, en el Informe CES 2/2019, La inmigración en España: efectos y oportunidades, se destacaba la importancia de facilitar la homologación de los títulos formativos y la acreditación de las competencias profesionales de cara a la integración sociolaboral de las personas de origen extranjero.

II. CONTENIDO

El Proyecto de Real Decreto objeto de dictamen se compone de un único artículo y dos disposiciones finales, que modifican el Real Decreto 472/2021, con el fin de poner fin al procedimiento de incumplimiento iniciado por la Comisión Europea contra España.

El apartado uno del artículo único modifica la disposición adicional primera del Real Decreto 472/2021 para establecer la evaluación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de las propuestas de códigos deontológicos de los colegios profesionales de ámbito nacional y de los Consejos Generales. Se establece un procedimiento, en virtud del cual, con carácter previo, el Colegio Profesional o Consejo General es el encargado de elaborar el informe de proporcionalidad, el cual remite junto con la propuesta de código deontológico o modificación de este a la CNMC. Si bien las observaciones de la Comisión no son vinculantes, en la letra d) del apartado uno se establece un régimen consistente en la obligación de adoptar las recomendaciones formuladas o explicar las razones por las cuales no se sigue su criterio. Dicha obligación de cumplir o explicar ya rige el funcionamiento de otras instituciones, aplicándose a recomendaciones tales como las de la AIREF y tiene como objetivo dar lugar a un diálogo transparente entre las instituciones y un proceso de seguimiento y contraargumentación por parte del organismo encargado de emitir las mismas.

El segundo apartado del artículo único, el cual reproduce y renumera la actual Disposición Adicional Primer del Real 472/2021, regula la actualización de la base de datos sobre profesiones reguladas y la puesta a disposición de la autoridad de coordinación de la evaluación de proporcionalidad por parte de la autoridad encargada de la regulación. El tercer apartado renumera y reproduce prácticamente en sus mismos términos la redacción vigente del Real Decreto 472/2021, salvo por lo que hace al órgano al que se refiere, que,

si en la redacción actual se denomina Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios, en el Proyecto se refiere a la Conferencia Sectorial para la Mejora regulatoria y el Clima de Negocios.

El Proyecto de Real Decreto concluye con la introducción de dos disposiciones finales. que hacen referencia al título competencial para la elaboración del Real Decreto y a su entrada en vigor.

III. OBSERVACIONES

De manera previa, es preciso recordar una vez más la dificultad que entraña para el apropiado ejercicio de la labor consultiva del Consejo Económico y Social el uso sistemático del trámite de urgencia. En el caso del proyecto de Real Decreto sometido a dictamen, en opinión del Consejo, la existencia de un procedimiento de infracción en curso por parte de la Comisión Europea no justificaría por sí sola el recurso al procedimiento de urgencia, teniendo en cuenta que el cronograma del procedimiento seguido hasta la fecha de remisión de la solicitud de dictamen al CES hubiera admitido una mayor anticipación de esta última. Es necesaria, en opinión del CES, una planificación más adecuada de la fase de consultas que proporcione un margen de tiempo razonable para su evacuación a este órgano consultivo.

En opinión del CES, tal y como ya señaló en su Dictamen 1/2021, las trabas innecesarias al ejercicio de las distintas profesiones actúan en detrimento de la libre competencia, aumentan la desigualdad de oportunidades, reducen las opciones disponibles para los consumidores y usuarios e impiden la mejora de la calidad de los servicios. Por ello, el CES comparte la necesidad que subyace a los objetivos del Proyecto de Real Decreto de eliminar las barreras al acceso a determinadas actividades por cuenta propia o ajena, allanando así la efectividad del derecho al trabajo; evitando la fragmentación del mercado interior y, al mismo tiempo, garantizando un nivel elevado de protección de las personas consumidoras y usuarias. No obstante, el texto objeto de Dictamen plantea a este Consejo varias consideraciones.

El contenido de la Memoria de Impacto Normativo (en adelante, MAIN) que acompaña al proyecto resulta ilustrativo de los principios e intereses en juego a la hora de articular un mecanismo externo de evaluación de las propuestas de códigos deontológicos de los Colegios Profesionales y Consejos Generales, como el que propone el Proyecto. En concreto, la inclusión como Anexo I de las alegaciones recibidas en la fase de audiencia e información pública y la agrupación de las mismas y su contestación por parte del ministerio proponente permite reflejar las posiciones de los agentes implicados en el proceso de elaboración del Real Decreto y contribuye a la adecuada comprensión de algunas de sus principales repercusiones.

No obstante, el CES entiende que hubiera sido deseable asimismo acompañar a la solicitud de dictamen la Carta de emplazamiento remitida a España por parte de la Comisión Europea para comunicar la apertura de un procedimiento de infracción y la respuesta a la misma. Esta omisión dificulta en gran medida valorar el alcance concreto

de los requerimientos del organismo europeo, así como ponderar la idoneidad del procedimiento que articula el Proyecto para darles satisfacción. Se trata de documentos fundamentales para la adecuada realización de la labor consultiva del CES en este caso, puesto que constituyen la principal justificación en que se ampara la creación del mecanismo de evaluación de los códigos deontológicos de los Colegios profesionales y Consejos generales que introduce el texto objeto de Dictamen, encomendado a la CNMC. Cabe recordar que ni la Directiva (UE) 2018/958 apunta directamente a la implantación de este tipo de evaluación, ni el texto en vigor del Real Decreto 472/ 2021 hace mención explícita alguna a los Colegios Profesionales o a los códigos deontológicos. En la MAIN se afirma que dicha solución es el camino sugerido por parte de la Comisión Europea en la carta de emplazamiento para concluir con el procedimiento de infracción, afirmación que el CES no se encuentra en disposición de contrastar.

Sin perjuicio de ello, en opinión de este Consejo, los colegios profesionales, desde el conocimiento profundo de la casuística inherente a cada profesión de que disponen, llevan a cabo una serie de relevantes funciones reguladas en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios profesionales. El proyecto de Real Decreto busca aprovechar el conocimiento acumulado de carácter sectorial propio de los Colegios Profesionales con la independencia exigida por la Comisión Europea en la elaboración de los test de proporcionalidad ante las modificaciones normativas de los requisitos necesarios para el acceso y ejercicio de las profesiones reguladas. A este respecto, el CES estima necesario poner en valor la tarea de defensa de la correcta praxis profesional que mayoritariamente llevan a cabo estas corporaciones de Derecho Público a través de los códigos deontológicos, especialmente necesaria en el caso de una serie de profesiones reguladas a las que es de aplicación la regulación del test de proporcionalidad objeto del Real Decreto 472/2021.

El CES considera conveniente recordar que los Colegios Profesionales disponen de competencias en la ordenación de la profesión si bien carecen de ellas en su regulación, en la medida en que no tienen capacidad para formular normas de rango legal o reglamentario para el acceso a la profesión o su ejercicio. Hay que tener en cuenta que la ordenación de las profesiones que llevan a cabo estos entes debe desarrollarse siempre dentro de los límites marcados por la ley que, según jurisprudencia constitucional, deben ser objeto de una interpretación estricta. Por su parte, los códigos deontológicos no pueden establecer limitaciones ajenas a los deberes éticos de la praxis profesional.

Es importante, por ello, encontrar el equilibrio entre la salvaguarda del principio de autonomía de los Colegios Profesionales y los Consejos generales en la ordenación de las profesiones reguladas y la garantía de supresión de barreras injustificadas a su ejercicio, garantizando siempre los derechos de las personas trabajadoras, consumidoras y usuarias.

Con carácter general, el CES estima que este tipo de mecanismos, como el que se propone, basado en un informe de carácter no vinculante bajo el principio de “cumplir o explicar”, pueden contribuir a una mayor transparencia de las actuaciones de los organismos y entes de Derecho Público. No obstante, su idoneidad aplicada al supuesto

contemplado en el Proyecto suscita algunas dudas al Consejo que, además de la ausencia de la mencionada carta de emplazamiento de la Comisión Europea, tienen su origen en la propia inconcreción en el Real Decreto del concepto de “autoridades competentes para la regulación”, lastrando el contenido de la norma.

Dado que el test de proporcionalidad, según el Real Decreto 472/2021 y la propia Directiva (UE) 2018/958 solo son exigibles a las “autoridades encargadas de la regulación” persiste incluso la duda, en opinión de este Consejo sobre la exigibilidad de este requisito a los Colegios Profesionales y Consejos Generales. No resulta suficiente, por ello, la justificación del Ministerio proponente en el sentido de que “los Consejos Generales y Colegios Profesionales pueden actuar como autoridades regulatorias -sin serlo en ningún caso– a la luz de las previsiones que de hecho redactan en sus códigos deontológicos”.

Con todo, el CES aprecia todo esfuerzo de mejora de la transparencia y de difusión de las evaluaciones de proporcionalidad y la inclusión en la base de datos de profesiones reguladas, de carácter público, de aquellas disposiciones legales o reglamentarias que introduzcan requisitos que restrinjan el acceso a una profesión o su ejercicio, tal y como contempla la Disposición Adicional Segunda (que reproduce la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 472/2021). El Consejo valora positivamente esta previsión que, en su opinión, amplía la información a disposición de las personas trabajadoras, consumidoras y usuarias y guarda coherencia con los principios de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

IV. CONCLUSIONES

El Consejo se remite en sus conclusiones a las que se desprenden de las observaciones realizadas en el cuerpo de este Dictamen.

Vº. Bº El Presidente

Antón Costas Comesaña

La Secretaria General

María Soledad Serrano Ponz