



INFORME FUNCIÓN CONSULTIVA FC 1/2021: OBSERVACIÓNS DESDE O PUNTO DE VISTA DA COMPETENCIA AO PROXECTO DE REAL DECRETO POLO QUE SE INCORPORA AO ORDENAMENTO XURÍDICO ESPAÑOL A DIRECTIVA (UE) 2018/958, DO PARLAMENTO E DO CONSELLO, DO 28 DE XUÑO DE 2018, RELATIVA AO TEST DE PROPORCIONALIDADE ANTES DE ADOPTAR NOVAS REGULACIÓNS DE PROFESIÓNS.

Pleno:

D. Ignacio López-Chaves e Castro, Presidente.

D. Daniel Neira Barral, Vocal.

En Santiago de Compostela, a 12 de febreiro de 2021

Vista a solicitude de informe formulada pola Consellería de Economía e Industria, sobre o Proxecto de Real Decreto polo que se incorpora ao ordenamento xurídico español a Directiva (UE) 2018/958, do Parlamento e do Consello, do 28 de xuño de 2018, relativa ao test de proporcionalidade antes de adoptar novas regulacións de profesións (Proxecto de Decreto) o Pleno da Comisión Galega da Competencia, na súa reunión do 12 de febreiro de 2021, coa composición expresada e sendo relator D. Ignacio López-Chaves e Castro, acordou emitir o presente Informe, ao abeiro do disposto no art. 26.2 b) do Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e apróbanse os seus Estatutos.

I. ANTECEDENTES

1. Con data do 26 de xaneiro de 2021, a Consellería de Economía, Empresa e Innovación solicitou á Comisión Galega da Competencia opinión sobre o Proxecto de Real Decreto polo que se incorpora ao ordenamento xurídico español a Directiva (UE) 2018/958, do Parlamento e do Consello, do 28 de xuño de 2018, relativa ao test de proporcionalidade antes de adoptar novas regulacións de profesións.

O proxecto de Decreto consta de 8 artigos, dúas disposicións adicionais e tres disposicións finais.

II. PRECEDENTES NORMATIVOS E FINALIDADE DA NORMA

Como se recoñece expresamente na exposición de motivos, o presente proxecto de real decreto traspón a Directiva (UE) 2018/958, do Parlamento e do Consello, do 28 de xuño de 2018, relativa ao test de proporcionalidade antes de adoptar novas regulacións de profesións, que ten por obxectivo, establecer un marco común para efectuar as avaliacións de proporcionalidade antes de introducir novas disposicións legais, regulamentarias ou administrativas que restrinxan o acceso ás profesións reguladas ou o seu exercicio, ou de modificar as existentes, de forma que todos os Estados membros



utilicen o mesmo test ao realizar a avaliación a que lles obriga a normativa europea comunitaria sobre recoñecemento de cualificacións profesionais, todo iso coa finalidade de garantir o bo funcionamento do mercado interior, á vez que se garante a transparencia e un nivel elevado de protección dos consumidores.

Entre os principios fundamentais que establece o Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), e que constitúen alicerces básicos (“As Catro Liberdades Fundamentais”) para a consecución do mercado común e a unión económica, recóllense no Título IV (“Libre circulación de persoas, servizos e capitais”) os de libre circulación de traballadores¹, liberdade de establecemento² e a libre prestación de servizos³.

A execución deses dereitos está regulado en sucesivas Directivas, pero foi unha constante desde os inicios da Unión Europea (UE) a adopción de instrumentos para evitar a existencia de obstáculos inxustificadas que poidan establecer os Estados membros que imposibiliten ou obstaculicen o exercicio desas liberdades garantidas polo TFUE. Con iso trátase de evitar que, no ámbito das actividades profesionais, establézanse restricións aos nacionais doutros Estados membros que impliquen vetos á formación dun mercado único. Neste mesmo sentido pronunciouse, desde as sentenzas do Tribunal de Xustiza da Comunidades Europeas (TJCE), a Xurisprudencia europea de forma reiterada. O TJCE na súa sentenza do 28 de abril de 1977⁴ afirmou que:

“27. Considerando que, nestas circunstancias, procede responder á cuestión exposta que o feito de esixir a un nacional dun Estado membro que pretende exercer unha actividade profesional noutro Estado membro, como é a Avogacía, o título nacional previsto pola lexislación do país de establecemento, cando o título que o interesado obtivo no seu país de orixe foi obxecto de convalidación por parte da autoridade competente con arranxo á lexislación do país de establecemento e permitiulle, deste xeito, superar con éxito as probas especiais do exame de aptitude para a profesión de que se trata, constitúe, aínda en defecto das Directivas previstas no artigo 57, unha restrición incompatible coa liberdade de establecemento garantida polo artigo 52 do Tratado.”

¹ Art. 45 TFUE “1. Quedará asegurada a libre circulación dos traballadores dentro da Unión. 2. A libre circulación supoñerá a abolición de toda discriminación por razón da nacionalidade entre os traballadores dos Estados membros, con respecto ao emprego, a retribución e as demais condicións de traballo (...)”.

² Art. 49 TFUE “No marco das disposicións seguintes, quedarán prohibidas as restricións á liberdade de establecemento dos nacionais dun Estado membro no territorio doutro Estado membro. Dita prohibición estenderase igualmente ás restricións relativas á apertura de axencias, sucursais ou filiais polos nacionais dun Estado membro establecidos no territorio doutro Estado membro.

A liberdade de establecemento comprenderá o acceso ás actividades non asalariadas e o seu exercicio, así como a constitución e xestión de empresas e, especialmente, de sociedades, tal como defínense no parágrafo segundo do artigo 54, nas condicións fixadas pola lexislación do país de establecemento para os seus propios nacionais, sen prexuízo das disposicións do capítulo relativo aos capitais.

³ Art. 56 TFUE “No marco das disposicións seguintes, quedarán prohibidas as restricións á libre prestación de servizos dentro da Unión para os nacionais dos Estados membros establecidos nun Estado membro que non sexa o do destinatario da prestación.

O Parlamento Europeo e o Consello, con arranxo ao procedemento lexislativo ordinario, poderán estender o beneficio das disposicións do presente capítulo aos prestadores de servizos que sexan nacionais dun terceiro Estado e se atopen establecidos dentro da Unión.

⁴ Sentenza do 28 de abril de 1977, asunto 71/76, Jean Thieffry contra Conseil de l'ordre deas avocats á a cour de Paris, parágrafo 27. Nela resolveuse unha decisión prexudicial sobre a interpretación das disposicións da Tratado CEE en materia de dereito de establecemento, en relación con determinados requisitos legais para a admisión ao exercicio da profesión de Avogado.



Con esa finalidade lograr a supresión dos obstáculos á libre circulación de persoas e servizos que significa a facultade de exercer unha profesión, por conta propia ou allea, nun Estado membro que non sexa aquel en que adquirisen os seus cualificacións profesionais ese cidadán europeo, aprobouse a Directiva 89/48 CEE, do 21 de decembro de 1989⁵ relativa a un sistema xeral de recoñecemento dos títulos de ensino superior que sancionan formacións profesionais dunha duración mínima de tres anos. Esta Directiva incluíu na súa art. 1 apartados c) e d) os conceptos de “profesión regulada” e de “actividade profesional regulada”, definindo á primeira como “a actividade ou conxunto de actividades profesionais reguladas que constitúen esta profesión nun Estado membro” e á segunda como “unha actividade profesional cuxo acceso, exercicio ou algunha das súas modalidades de exercicio nun Estado membro estean sometidas directa ou indirectamente, en virtude de disposicións legais, regulamentarias ou administrativas, á posesión dun título”. Esta Directiva foi complementada pola Directiva 92/51/CE, do Consello, do 18 de xuño de 1992⁶, relativa a un segundo sistema xeral de recoñecemento de formacións profesionais e modificadas pola Directiva 2001/19/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 14 de maio de 2001⁷.

De acordo con elas os Estados membros podería esixir a posesión dun determinado título para o exercicio de determinadas profesións reguladas, pero non poderían denegar a un nacional doutro Estado membro o acceso á devandita profesión ou ao seu exercicio nas mesmas condicións que os seus nacionais, por falta de cualificación:

a) se o solicitante estivese en posesión do título, tal e como se definía nesas directivas, prescrito por outro Estado membro para acceder á mesma profesión ou exercela no seu territorio, e que fose obtido nun Estado membro; ou b) se o solicitante exercese a tempo completo dita profesión durante dous anos, ou durante un período equivalente a tempo parcial, no curso dos dez últimos anos precedentes noutro Estado membro que non regule esta profesión, cumprindo as condicións que se establecían.

Para iso esas directivas dispuxeron un sistema de recoñecemento para facilitar ese exercicio da profesión cando o Estado membro de acollida esixise a posesión dun título. Todas esas Directivas foron derogadas pola Directiva 2005/36/CE⁸.

A Directiva 2005/36/CE, trasposta ao dereito español polo Real Decreto 1837/2008, do 8 de novembro⁹, recoñece aos Estados a posibilidade de establecer á persoa que exerza unha profesión no seu territorio requisitos específicos motivados pola aplicación das normas profesionais xustificadas polo interese xeral. Estas, sinalaba a Directiva 2005/36/CE, refírense, en particular, ás normas en materia de organización da profesión, ás normas profesionais, incluídas as deontolóxicas, e ás normas de control e de responsabilidade.

O Real Decreto 1837/2008, que tiña por obxecto establecer as normas que permitisen o acceso e exercicio dunha profesión regulada en España, mediante o recoñecemento das cualificacións profesionais adquiridas noutro ou noutros Estados membros da Unión Europea e que permitisen ao seu titular exercer nel a mesma profesión, estableceu a

⁵Diario Oficial nº L 019 de 24/01/1989

⁶Diario Oficial nº L 209 de 24/07/1992

⁷Diario Oficial nº L 206 de 31/07/2001

⁸Diario Oficial nº L 255 de 30/09/2005

⁹Real Decreto 1837/2008, do 8 de novembro, polo que se incorporan ao ordenamento xurídico español a Directiva 2005/36/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 7 de setembro de 2005, e a Directiva 2006/100/CE, do Consello, do 20 de novembro de 2006, relativas ao recoñecemento de cualificacións profesionais, así como a determinados aspectos do exercicio da profesión de avogado. (BOE núm. 280 do 20 de novembro de 2008)



enumeración de profesións reguladas (125) ás que se aplicaría esa Directiva 2005/36/CE.

A avaliación da aplicación desa Directiva acreditou que a mobilidade no ámbito profesional non se conseguiu sendo escaso o número de profesionais que traballaban en países distintos do de orixe, polo que a UE aprobou novas medidas para simplificar ese recoñecemento. Así se aprobou a Directiva 2013/55/UE¹⁰ que modificou a Directiva 2005/36/CE tratando de simplificar o procedemento de recoñecemento e incorporando a esixencia de transparencia e avaliación da regulación das profesións. Así establecía que a Comisión crearía e mantería actualizada unha base de datos de acceso público coas profesións reguladas, que incluíse unha descrición xeral das actividades cubertas por cada profesión. Introduce, ademais, a figura da Tarxeta Profesional Europea, sinalando nos considerandos da Directiva que:

(4) Co fin de reforzar o mercado interior e favorecer a libre circulación dos profesionais, á vez que se garante un recoñecemento máis eficaz e transparente das cualificacións profesionais, unha tarxeta profesional europea achegaría un valor engadido. En particular, esta tarxeta sería útil para facilitar a mobilidade temporal e o recoñecemento en virtude do sistema de recoñecemento automático, así como para promover un procedemento simplificado de recoñecemento no marco do sistema xeral. O obxectivo da tarxeta profesional europea é simplificar o procedemento de recoñecemento e gañar en eficiencia económica e operativa co fin de beneficiar a profesionais e a autoridades competentes. Ao introducir a tarxeta profesional europea, deben terse en conta as opinións da profesión correspondente e ha de realizarse previamente unha avaliación da súa idoneidade para a devandita profesión, así como do seu impacto nos Estados membros. Dita avaliación débese levar a cabo, en caso necesario, en colaboración cos Estados membros. É preciso que a tarxeta profesional europea expídase a petición dun profesional previa presentación dos documentos necesarios e cumpríndose os procedementos correspondentes de comprobación polas autoridades competentes.”

A transposición en España desta Directiva 2013/55/UE produciuse polo Real Decreto 581/2017, do 9 de xuño¹¹ que derroga o Real Decreto 1837/2008 pero mantén o número de profesións reguladas. O art. 81 crea a Comisión Interministerial integrada polos subsecretarios de todos os ministerios, así como por un representante da Oficina Económica do Presidente con rango, polo menos, de director xeral, e que será copresidida polos secretarios de Estado de Educación, Formación Profesional e Universidades, e de Economía e Apoio á Empresa, que tiña por obxectivo a revisión desa listaxe de profesións reguladas.

Ese art. 81 tamén impoñía a obrigación, a cada unha das diferentes autoridades competentes españolas, de elaborar un informe respecto das profesións reguladas existentes no seu respectivo ámbito de competencia, que contemplaría a valoración da compatibilidade coa liberdade de establecemento e prestación de servizos dos requisitos que limitan o acceso á profesión ou o seu exercicio aos titulares dun título de formación específica. Ese informe debería de ser actualizado cada dous anos.

Con posterioridade a dicha Directiva 2013/55/UE, en 2015 a Comunicación da Comisión

¹⁰Diario Oficial n.º L 354 de 28/12/2013

¹¹Real Decreto 581/2017, do 9 de xuño, polo que se incorpora ao ordenamento xurídico español a Directiva 2013/55/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 20 de novembro de 2013, pola que se modifica a Directiva 2005/36/CE relativa ao recoñecemento de cualificacións profesionais e o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 relativo á cooperación administrativa a través do Sistema de Información do Mercado Interior (Regulamento IMI). (BOE núm. 138 do 10 de xuño de 2017)



ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións, titulada “Mellorar o mercado único: máis oportunidades para os cidadáns e as empresas”¹² recoñeceuse que:

“A Directiva de servizos de 2006 deu lugar a unha necesaria modernización da economía en diversos sectores. Os Estados membros adoptaron máis de mil medidas para suprimir barreiras inxustificadas á prestación de servizos por parte de empresas e profesionais.

A pesar diso, as empresas e os profesionais aínda se atopan con demasiados problemas cando operan máis aló das fronteiras. Atopan obstáculos derivados das diferenzas —e, ás veces, incoherencias— na regulación das profesións e «actividades reservadas» nos distintos países da UE, barreiras regulamentarias innecesarias á prestación de servizos e unha falta de claridade e previsibilidade en determinados sectores crave para quen quere prestar un servizo noutros Estados membros.

Poñer remedio ás restricións máis problemáticas tería un efecto positivo no emprendemento e o emprego e daría lugar a unha redución dos prezos e a unha asignación máis eficaz dos recursos en Europa. Iso significa intervir tanto no ámbito das profesións como no da prestación de servizos”.

Nesta mesma liña, en 2018 o Tribunal de Contas Europeo (TCE) elaborou o Informe Especial 6/2018 (“Libre circulación de traballadores: a liberdade fundamental está asegurada, pero unha mellor orientación dos fondos da UE contribuiría á mobilidade dos traballadores”) onde se volvíu a destacar o problema do recoñecemento dos títulos profesionais como un obstáculo para a libre circulación de profesionais. Neste sentido o TCE constatou que

“IV. Os obstáculos para trasladarse e traballar noutro país, como o recoñecemento dos títulos profesionais, son constantes. Aínda que a Comisión e os Estados membros emprenderon distintas accións para abordar estes obstáculos, estes aínda persisten.”

A norma cuxa transposición constitúe o obxecto desta Informe, a Directiva (UE) 2018/958, do Parlamento e do Consello, do 28 de xuño de 2018, relativa ao test de proporcionalidade antes de adoptar novas regulacións de profesións, responde a esa finalidade que non é outra que a de facilitar a formación efectiva e real dun verdadeiro mercado único en materia de profesións reguladas ou tituladas profesional. Así trata de harmonizar a forma na que se executen as probas de proporcionalidade nos distintos estados da UE. A avaliación que supón o test de proporcionalidade, de acordo co art. 4, deberá realizarse antes de introducir novas disposicións legais, regulamentarias ou administrativas, ou de modificar as existentes, que restrinxan o acceso ás profesións reguladas, ou o seu exercicio.

III. CONSIDERACIÓNS DE CARÁCTER XERAL

Primeira.- A transposición ao ordenamento xurídico español da Directiva (UE) 2018/958, do Parlamento e do Consello, do 28 de xuño de 2018, relativa ao test de proporcionalidade antes de adoptar novas regulacións de profesións tramítase fóra do prazo previsto na propia Directiva. Así o art. 13 da mesma sinala que:

“Os Estados membros poñerán en vigor, como moi tarde o 30 de xullo de 2020, as disposicións legais, regulamentarias e administrativas necesarias para dar cumprimento ao establecido na presente Directiva. Informarán diso

¹² COM (2015) 550 Final. Bruxelas, 28.10.2015



inmediatamente á Comisión”

A Comisión Europea sinala que a incorporación das directivas europeas ao ordenamento xurídico nacional dos Estados membros nos prazos fixados permite gozar aos cidadáns e ás empresas dos Estados membros dos beneficios que lles achega o Dereito da UE, polo que é esencial que a transposición se realice no prazo previsto nesa directiva. No ano 2018 a Comisión levou a España ante o Tribunal de Xustiza da UE por tres asuntos (C-430/18, C-165/18 e C-164/18), e solicitou que se impuxesen sancións económicas. Nos tres casos a transposición produciuse despois de que a Comisión presentase o recurso e a Comisión desistiu do mesmo, pero houbo condena en costas a España.

Segunda.- A norma a traspor enmárcase na aplicación real e efectiva de algunhas das Liberdades Fundamentais consagradas desde un principio no proceso de integración europeas, e refírese de forma directa tanto á libre prestación de servizos (profesionais) como á libre circulación de traballadores.

A cuestión ten unha relevancia esencial non só no marco do proceso de creación do mercado interior de dimensión europea senón tamén na súa dimensión nacional onde o problema expónse esencialmente á mantenta da “reserva de actividade” máis que respecto de a homologación de títulos, que sería o obxecto inmediato da norma a traspor.

A íntima relación entre ambas as cuestións exporíaa conveniencia de acometer de forma máis ambiciosa a transposición asumindo o compromiso de modernizar tamén os colexios profesionais, regulados con rango de lei formal, e desenvolver adecuadamente a normativa regulamentaria necesaria para garantir unha razoada determinación das competencias dos mesmos, así como unha correcta definición do carácter de corporación de dereito público respecto das asociacións profesionais, ao obxecto de delimitar cales delas e baixo que condicións deben ostentar tal condición coas obrigacións e atribucións que tal consideración atribúelles.

O Proxecto de Decreto, con todo, limítase no seu articulado a unha mera transcripción, practicamente literal da normativa contida da Directiva (UE) 2018/958, obxecto da preceptiva transposición. Non debemos esquecer que as directivas e a súa transposición supoñen alcanzar un “mínimo común denominador” europeo nas materias que se someten a elas, pero que dita transposición non impide que os respectivos Estados membros poidan adoptar posicións máis ambiciosas. Na materia na que se insire a presente Directiva é moito aínda o que queda por facer a España para achegarse a unha regulación eficiente e verdadeiramente procompetitiva.

En efecto, non se aproveita a transposición da Directiva para achegar novidades na lexislación española, tendo en conta que parte das disposicións que restrinxen o acceso a unha profesión regulada ou o seu exercicio, e que serán obxecto de avaliación de proporcionalidade, serán aprobadas, por ter competencias para iso, por entidades ou colexios profesionais que se regulan por normativas previas non só á lexislación da UE e a lexislación española aplicable a esta materia, senón que son anteriores á Constitución. Por iso deberíase de aproveitar esta transposición da Directiva (UE) 2018/958, para actualizar a normativa das entidades que serán xeradores de disposicións que afecten a profesións reguladas e que, por tanto, deberán ser obxecto do test de proporcionalidade.

Terceira.- Xa no aspecto formal no artigo 2 deberíase de completar o termino Unión coa palabra europea, omisión que quizais sexa motiva pola repetición case literal do precepto contido na Directiva, xa que esta, loxicamente, non fala ese termo.



IV.- RECOMENDACIÓNS E CONSIDERACIÓNS FINAIS

Primeira: A incorporación das directivas europeas ao ordenamento xurídico nacional dos Estados debe de executarse nos prazos fixados xa que iso permite gozar aos cidadáns e ás empresas membros dos beneficios que lles achega o Dereito da UE.

Segunda. Debería de aproveitarse a transposición da Directiva para actualizar a normativa das entidades ou colexios profesionais que serán xeradores de disposicións que afecten as profesións reguladas e serán obxecto do test de proporcionalidade