

Administración Pública

Real Decreto 472/2021: aplicación del principio de proporcionalidad a las denominadas *profesiones reguladas*

El Real Decreto 472/2021 tiene por objeto, en transposición del derecho de la Unión Europea, que cualquier norma, legal o reglamentaria, que restrinja el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio se someta previamente a un test de proporcionalidad conforme a sus criterios.

YAGO FERNÁNDEZ DARNA

Abogado

Área de Derecho Público de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El pasado 3 de julio se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* 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 del 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

La citada directiva tiene como objetivo establecer un marco común para que todos los Estados miembros de la Unión Europea evalúen la proporcionalidad de las nuevas disposiciones (legales o reglamentarias) que

restrinjan el acceso a las denominadas *profesiones reguladas* o su ejercicio.

El real decreto presenta muy pocas diferencias con la directiva que transpone (su transposición es «eminentemente literal», como señaló el Consejo de Estado en su dictamen relativo al proyecto de real decreto).

Este real decreto no es la primera norma de nuestro ordenamiento que aplica el principio de proporcionalidad: encontramos referencias a él en el artículo 9.2c de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a

las actividades de servicios y su ejercicio; en el artículo 5.1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, y en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La importancia de la norma que analizamos no es menor, desde luego. Como apunta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en su informe sobre el proyecto de real decreto, éste puede servir como punto de partida para «reconsiderar el catálogo de profesiones existentes, sus titulaciones y planes de estudio y sus reservas de actividad».

Actualmente están en tramitación algunas normas que revisan el régimen aplicable a ciertas profesiones reguladas (con el fin de eliminar restricciones innecesarias, precisamente). El año pasado, el Gobierno de España remitió a las Cortes Generales el «Proyecto de Ley por la que se modifican la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, así como determinadas disposiciones contenidas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y el Real Decreto Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal». Entre otras medidas, este proyecto de ley flexibiliza la reserva de actividad para el ejercicio de la procura, estableciendo el acceso único a las profesiones de abogado y procurador: se exige un mismo título académico (licenciatura o grado en Derecho) y una misma capacitación (el mismo máster) para el ejercicio de ambas profesiones.

Por otra parte, las previsiones del real decreto afectarán a la elaboración de proyectos de ley de innegable trascendencia que el

Gobierno de España debe sacar adelante por imperativo legal (por ejemplo, el proyecto de ley al que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

2. Objeto y ámbito de aplicación

El objeto del Real Decreto 472/2021 es, según su artículo 1, «establecer las normas y los criterios aplicables a las evaluaciones de proporcionalidad que las autoridades competentes para la regulación deben realizar durante el proceso de elaboración de disposiciones legales o reglamentarias que introduzcan o modifiquen requisitos para el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio».

A partir de ahora, las «autoridades competentes para la regulación» de las profesiones reguladas (en lo sucesivo, autoridades reguladoras) deberán tener en cuenta los criterios establecidos en el real decreto al regular (*ex novo* o modificando la normativa actualmente vigente) el acceso a las llamadas *profesiones reguladas* o su ejercicio. Téngase en cuenta que el real decreto se aplica a las «disposiciones legales o reglamentarias», por lo que la norma vincula no sólo a la Administración, sino también al legislador.

Las *profesiones reguladas* a las que se refiere el Real Decreto, según lo previsto en su artículo 2, son las incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre del 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales reguladas (que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio).

Según el artículo 3.1a de esta última norma, 'profesión regulada' se define como «la actividad o el conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales». Son profesiones reguladas, por ejemplo, las de abogado, maestro de educación primaria o higienista dental.

El real decreto tiene carácter de legislación básica, pues se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.30.ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.

3. Evaluación

La aprobación de normas, legales o reglamentarias, que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio estará condicionada a la realización de una «evaluación de la proporcionalidad» de tales restricciones (art 4.1).

El expediente de elaboración de las normas antes mencionadas deberá incluir «una explicación suficientemente detallada que permita valorar el cumplimiento del principio de proporcionalidad» (art. 4.3). ¿Qué pasa si en el expediente de elaboración de la norma no hay rastro de la citada explicación? Habrá que valorar en cada caso, conforme a la jurisprudencia, si dicha ausencia va más allá de ser «un defecto de forma que no ha causado indefensión» (Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 23 de diciembre del 2015, rec. núm. 42/2015).

La evaluación de la proporcionalidad de las normas deberá estar basada «en datos cualitativos y, cuando sea posible y pertinente, en datos cuantitativos» (art. 4.4). Dicha evaluación habrá de realizarse, además, «de manera objetiva e independiente», debiéndose indicar en el expediente de elaboración de las normas el «procedimiento» de evaluación seguido en cada caso (art. 4.5). Habrá de hacerse particular referencia, si existen, a los «conflictos de inter[eses] entre los destinatarios de la norma», en la medida en que tales conflictos pueden justificar el establecimiento de restricciones en ciertos casos. Véase, en este sentido, la prohibición de ejercer simultáneamente las profesiones de abogado y procurador contenida en el proyecto de ley al que se ha hecho referencia al comienzo de esta nota.

Por último, las autoridades competentes para la regulación quedan obligadas a realizar un «seguimiento del respeto al principio de proporcionalidad» en relación con las normas a las que nos venimos refiriendo, teniendo en cuenta «cualquier cambio que se haya producido desde la adopción de dichas disposiciones» (art. 4.6).

Esta evaluación *ex post* permitirá revisar restricciones que con el paso del tiempo pueden haber devenido innecesarias (por ejemplo, debido a avances técnicos que hayan alterado sustancialmente el ejercicio de la profesión). Téngase en cuenta, por lo demás, que esta evaluación *ex post* se ciñe a las normas aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor del real decreto por lo que, como señaló la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su informe sobre el proyecto de real decreto, con el tiempo «puede producirse un desfase entre la regulación existente y la nueva, cuando precisamente lo que se busca es una homogeneidad en la regulación».

4. Prohibición de discriminación

Las normas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio no podrán ser «directa ni indirectamente discriminatorias por motivos de nacionalidad o residencia» (art. 5). Esta previsión está en línea con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 20/2013 para las «actividades económicas».

Una manifestación concreta del principio de no discriminación sería, por ejemplo, la norma que reconoce la suficiencia de la colegiación en un colegio profesional autonómico para ejercer la profesión en todo el territorio nacional, siempre que la colegiación sea obligatoria (art. 3.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales).

5. Justificación en «objetivos de interés público»

La aprobación de normas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio deberá estar basada en «objetivos de interés público» (art. 6.1).

En el artículo 6.2 del real decreto se enumeran, a modo de *numerus apertus*, varios objetivos de interés público que, en su caso, podrían justificar la limitación del acceso a una profesión regulada o su ejercicio: orden público, protección de la salud pública, protección de los derechos de consumidores y usuarios, garantía de una buena administración de justicia, etc.

Se establece expresamente, en fin, que «las razones de naturaleza puramente económica o los motivos puramente administrativos» nunca justificarán el establecimiento de restricciones al acceso a profesiones

reguladas o a su ejercicio (art. 6.3). No cabría, de esta forma, fundar tales restricciones en el «fomento de la economía nacional» (STJUE de 27 de febrero del 2019, as. C-563/2017). Sí sería posible basar una eventual restricción, en cambio, en «motivos de carácter económico que persiguen un objetivo de interés general», como por ejemplo el «riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social» (STJUE de 7 de marzo del 2018, as. C-651/16).

Al regular profesiones del ámbito de la salud, si dicha regulación afecta a la seguridad de los pacientes, las autoridades competentes para la regulación habrán de tomar siempre en consideración el objetivo de interés público consistente en «garantizar un alto nivel de protección de la salud humana» (art. 7.6).

6. Proporcionalidad

Las autoridades competentes deberán garantizar que las restricciones al acceso a profesiones reguladas o a su ejercicio se ajustan al principio de proporcionalidad, esto es, que «sean necesarias y adecuadas para garantizar la consecución del objetivo perseguido y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo» (art. 7.1). Este precepto dota de carácter normativo a una muy consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véase, por ejemplo, la Sentencia de 21 de septiembre del 2017, as. C-125/2016).

Se enumeran (art. 7.2) una serie de elementos que las autoridades reguladoras habrán de tener en cuenta, en todo caso, a la hora de efectuar dicho juicio de proporcionalidad:

- a) Los riesgos relacionados con los objetivos de interés público perseguidos. Véase,

por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de marzo del 2014, asunto C-639/2011.

- b) Si la normativa vigente resulta insuficiente para alcanzar los objetivos de interés público perseguidos.
- c) Si las nuevas restricciones proyectadas abordan los objetivos de interés público perseguidos «de manera congruente y sistemática». Véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre del 2014, asunto C-344/2013. En los considerandos de la directiva se cita, como ejemplo, «cuando riesgos similares relacionados con determinadas actividades se abordan de manera comparable y cuando las excepciones a las restricciones que impone se aplican en consonancia con el objetivo declarado».
- d) La repercusión de las restricciones proyectadas en la libre circulación de personas, la libertad de prestación de servicios, la libertad de elección de los consumidores y la calidad del servicio prestado.
- e) Si es posible utilizar «medios menos restrictivos» para alcanzar los objetivos de interés público perseguidos.

Si el objetivo de interés público perseguido es la protección de los consumidores y los riesgos relacionados con tal objetivo se limitan a la relación entre el profesional y el consumidor (y, por tanto, no implican a terceros), las autoridades competentes para la regulación deberán valorar «si el objetivo puede alcanzarse mediante medios menos

restrictivos que la reserva de actividades».

- f) El efecto en los objetivos de interés público perseguidos de las restricciones proyectadas en combinación con las ya previstas en la normativa vigente.

Por otra parte, se enumeran (art. 7.3) una serie de elementos que las autoridades reguladoras deberán considerar «cuando sean pertinentes por la naturaleza y el contenido de la disposición que se introduce o modifica»:

- a) La relación entre las actividades que abarca una profesión y la cualificación exigida para el desempeño de dicha profesión.
- b) La relación entre la complejidad de las actividades que abarca una profesión y la necesidad de que las personas que la ejercen posean «cualificaciones profesionales específicas».
- c) La posibilidad de obtener la cualificación necesaria para el ejercicio de la profesión «mediante itinerarios alternativos».
- d) Si las actividades reservadas a una determinada profesión «pueden o no compartirse con otras profesiones» (esto es: si pueden ser o no ejercidas por otros profesionales).
- e) El grado de autonomía de quienes ejercen una determinada profesión y la medida en que, desde esta perspectiva, pueden contribuir las «disposiciones organizativas y de supervisión» a alcanzar los objetivos de interés público perseguidos. Parece que la norma

apunta a la escasa eficacia de las «disposiciones organizativas y de supervisión» cuando se trata de regular profesiones cuyo ejercicio exige o implica un elevado grado de autonomía.

- f) Los avances científicos o tecnológicos que sean susceptibles de «reducir o aumentar efectivamente la disparidad en la información entre profesionales y consumidores». Según el considerando 26 de la directiva, «la actualización de los requisitos de acceso podría revestir especial importancia para una serie de profesiones, especialmente en caso de servicios profesionales prestados por vía electrónica».

Las autoridades competentes para la regulación deberán analizar, asimismo, el «efecto probable» de las restricciones proyectadas (en combinación con las ya previstas en la normativa vigente) en los objetivos de interés público perseguidos. De entre las restricciones ya previstas en la normativa vigente

las autoridades habrán de considerar especialmente las enumeradas en el apartado 7.4: reserva de actividad, obligación de seguir un desarrollo profesional continuo, colegiación obligatoria, restricciones cuantitativas (por ejemplo, limitación de las autorizaciones para la práctica de una profesión), restricciones al ejercicio conjunto de la profesión, etc.

Se regulan, en fin, una serie de elementos que las autoridades reguladoras deberán tomar en consideración al regular la «prestación de servicios de modo temporal u ocasional» (art. 7.5).

7. Participación de los interesados

Por último, se obliga a las autoridades reguladoras a consultar a los interesados («incluidos quienes no sean miembros de la profesión de que se trate») antes de la aprobación de cualquier medida restrictiva del acceso a una profesión regulada o de su ejercicio (art. 8).