



## REVISIÓN

# LA APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Elena Córdoba Azcárate y M<sup>a</sup> Dolores Martín Villalba

*Departamento de Estudios de Unión Profesional, España*

### RESUMEN

El presente artículo aborda el conocido como ‘Test de Proporcionalidad’, entendido como aquél análisis o valoración de que una regulación determinada que pueda suponer una barrera a la libertad de acceso o ejercicio de una actividad de servicios, cumple con los siguientes requisitos: que sea aplicada de manera no discriminatoria, que esté justificada por objetivos de interés público, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Concretamente, se repasa el concepto y contexto general de este Test teniendo como referencia la colegiación como medida regulatoria aplicada a las profesiones liberales y se pormenorizan sus elementos integradores (no discriminación, necesidad, sustitución y proporcionalidad). Finalmente, se detalla su aplicación específica en el ámbito de las profesiones reguladas a través de las recientes disposiciones contenidas en la Directiva 2018/958, de 28 de junio de 2018, relativa al Test de Proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

**PALABRAS CLAVE:** Proporcionalidad; Colegiación; Profesiones reguladas



## THE IMPLEMENTATION OF THE PROPORTIONALITY TEST

### ABSTRACT

By establishing a legal framework for conducting proportionality assessments, the so-called 'Proportionality Test' tries to ensure that future concrete regulation, that could constitute a barrier to accessing or exercising a service, fulfills a given number of requirements: non-discrimination, motivation by public interest objectives, sufficiency for the attainment of the objective pursued and the possibility of using less restrictive means to achieve the public interest objective. This article examines the said test, focusing on the registration of a professional in a regulated organisation as a potential regulatory measure applied to liberal professions. Moreover, it delves into its key elements (non-discrimination, necessity, suitability, reasonability) and concludes with an analysis of the recent Directive 2018/ 958 of June 2018 on a Proportionality Test before adoption of a new regulation on professions, and its concrete application to the regulated professions.

**KEYWORDS:** Proportionality; Mandatory registration professional body; Regulated professions.

Correspondencia: Elena Córdoba Azcárate Email: internacional@unionprofesional.com  
Historia: Recibido el 9 de enero de 2019. Aceptado el 25 de febrero de 2019.

## I. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD. CONCEPTO Y CONTEXTO GENERAL TENIENDO COMO REFERENCIA LA COLEGIACIÓN

El «test de proporcionalidad» es un test tripartito aplicado por las instituciones europeas en el marco de la construcción del mercado interior desde los años 70 y que comenzó, más concretamente en la jurisprudencia del Tribunal europeo sobre libre circulación de mercancías, extendiéndose más adelante al resto de las libertades fundamentales incluida la libre prestación de servicios y a la aplicación de las normas de competencia.

En lo que se refiere al ámbito de la prestación de servicios, concretamente a los servicios profesionales, hemos de referirnos a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios en adelante).

En términos generales, el objetivo perseguido por la Directiva de servicios consiste principalmente en eliminar todo obstáculo injustificado o desproporcionado al acceso o ejercicio de actividades de servicios en el mercado de servicios de la Unión Europea (UE) mediante, entre otros elementos:

- la simplificación de los procedimientos administrativos para los prestatarios de servicios,
- el refuerzo de los derechos de los consumidores y empresas destinatarios de los servicios, y
- el fomento de la cooperación entre los países de la UE.

Tengamos presente que la Directiva de servicios afecta, entre otros ámbitos, al de las profesiones reguladas.

En el año 2009 esta se traspone al ordenamiento español mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como Ley Paraguas. La Ley Paraguas, por tanto, establece como régimen general la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español, y regula como excepcionales los supuestos en los que se permite imponer restricciones a estas actividades.

En este sentido, las medidas y aspectos regulatorios nacionales que puedan ser considerados como una barrera o restricción a la libre competencia, la libertad de circulación, la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios, han de ser justificados de manera detallada conforme a varios elementos: necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Dicho de otra manera, a la luz de la Ley Paraguas, su artículo 5 se refiere a los «régimenes de autorización», los cuales serían considerados como supuestos excepcionales por suponer una barrera. La norma define los «régimenes de autorización» como *cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios*.

Continúa el artículo 5 de la norma apuntando que *la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre*

*que concurran las condiciones: no discriminación, necesidad y proporcionalidad' que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.*

Ofreciendo una visión teórico-práctica del test de proporcionalidad, nos referimos en los próximos párrafos a la colegiación como requisito para ejercer, dado que puede ser considerado un «régimen de autorización» por ser un requisito previsto en el ordenamiento jurídico para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios. Se trata de uno de tantos elementos que podríamos tener como referencia en la aplicación práctica de los criterios que integran el test de proporcionalidad.

## Sobre la colegiación como requisito para ejercer<sup>2</sup>

Entendemos por colegiación la incorporación de un profesional titulado a un colegio profesional por disposición legal, lo que supone una obligación para éste, quien deberá cumplir para ser colegiado con un conjunto de requisitos recogidos normalmente en los estatutos de la profesión correspondiente.

Ello es necesario pues en el desempeño de la profesión pueden verse afectados determinados derechos de los clientes, pacientes, consumidores y usuarios, tales como la salud o la seguridad, afectando en definitiva al interés general. Es por ello que son los colegios profesionales, las entidades que como corporaciones de derecho público (cuentan con una naturaleza mixta público-privada), tienen atribuidas funciones públicas de las que se deriva el control del ejercicio de aquellas profesiones que en su desempeño afectan o pueden afectar al interés general, salvaguardando los derechos ciudadanos así como la calidad de los servicios prestados por los profesionales.

Por tanto, la colegiación se configura como un requisito imprescindible para que los colegios profesionales puedan desempeñar las funciones públicas atribuidas por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (LCP), así como los fines constitucionalmente relevantes en relación con la ordenación de las profesiones.

## La ley determina la obligatoriedad de la colegiación

La ley determina la obligatoriedad de colegiación, si bien, numerosa jurisprudencia se ha pronunciado también sobre esta medida de control y la razón de que sean precisamente los colegios profesionales los responsables de tutelar el interés general en el marco de las funciones que la ley les otorga.

1. Artículo 5. Regímenes de autorización.

*La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.*

a) **No discriminación:** que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b) **Necesidad:** que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y

c) **Proporcionalidad:** que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

2. Informe sobre la colegiación, colegiación de oficio e intrusismo. Unión Profesional. Noviembre 2018

Córdoba Azcárate, E. y Martín Villalba, M<sup>a</sup> Dolores (2019). La aplicación del Test de proporcionalidad. *Revista Española de Educación Física y Deportes*, 425, 51-64

Es por tanto la LCP la que establece en su artículo 3.2 que *será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal.*

Complementa esta mención la numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), que en diversas ocasiones se ha referido a ello. Así, por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, 18 de julio, recoge en su fundamento jurídico octavo que *el criterio para determinar la aceptabilidad de la adscripción obligatoria a una corporación es el de que tal adscripción forzosa esté justificada por la naturaleza de los fines perseguidos, de forma que la integración forzosa resultase necesaria para el cumplimiento de fines relevantes de interés general.* Una sentencia posterior del TC, 194/1998, apunta que *la calificación de una profesión como colegiada, con la consecuente incorporación obligatoria, requiere, desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esa decisión dependerá de que el colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser considerados por este Tribunal.*

Asimismo la STC 3/2013, de 17 de enero, justifica de manera singular la razón de atribuir a los colegios profesionales las funciones sobre la profesión y los profesionales al apuntar que *la institución colegial está basada en la encomienda de funciones públicas sobre la profesión a los profesionales (...) La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa.*

Finalmente, cabe referirnos a la sentencia del Tribunal Supremo 2791/2018, la cual ofrece por primera vez un mecanismo a los colegios profesionales para controlar el ejercicio irregular, estos es, el ejercicio de un profesional sin estar colegiado cuando lo exige una ley estatal. Se refiere esta sentencia por primera vez a la colegiación de oficio. Así, ésta indica que *pertenece al ámbito de la voluntad del interesado la decisión sobre el ejercicio de la profesión de colegiación obligatoria, e incluso continuar en el ejercicio de la misma, pero queda fuera de su facultad de decisión el ejercicio de la profesión sin la correspondiente colegiación, dado que es una obligación impuesta legalmente, cuyo cumplimiento queda bajo la tutela del correspondiente colegio profesional, que puede y debe exigir su cumplimiento en virtud de las funciones que al efecto le atribuye el ordenamiento jurídico.*

Finalizamos este apartado recordando que se mantienen las obligaciones de colegiación vigentes en tanto no se produzca la entrada en vigor de una ley (la cual sustituiría a la LCP), que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación.

Así lo recoge 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, más conocida como Ley Ómnibus.

La Ley Ómnibus es aquella que reforma la normativa que tiene que ser modificada para adaptarse al nuevo mercado de los servicios como resultado de la promulgación de la Ley Paraguas. A través de ésta se modifican 47 leyes estatales, entre ellas la citada LCP.

Su Disposición Transitoria 4ª se refería a ello de la siguiente manera:

En el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación.

Dicho Proyecto deberá prever la continuidad de la obligación de colegiación en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas.

Hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes

Apreciamos asimismo, como la redacción de la citada disposición, refleja la influencia del test de proporcionalidad y los elementos que la integran al referirse a la colegiación como «instrumento eficiente de control del ejercicio profesional» y a dicha medida como «la mejor defensa» en la protección de materias de especial interés público.

## II. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL TEST DE PROPORCIONALIDAD. NO DISCRIMINACIÓN, NECESIDAD, SUSTITUCIÓN Y PROPORCIONALIDAD<sup>3</sup>

La Directiva (UE) 2018/958, de 28 de junio de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones, apunta en su considerando tercero que *de la jurisprudencia se desprende que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de libertades fundamentales garantizadas por el TFUE deben cumplir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por objetivos de interés público, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.*

Son los elementos que integran el test de proporcionalidad los que pasamos a detallar a continuación:

- No discriminación,
- Necesidad
- Sustitución y
- Proporcionalidad

3. El ejercicio de las profesiones tituladas en el marco de los derechos fundamentales (página 256 y ss.) 2014. Unión Profesional

Córdoba Azcárate, E. y Martín Villalba, Mª Dolores (2019). La aplicación del Test de proporcionalidad. *Revista Española de Educación Física y Deportes*, 425, 51-64

## No discriminación

El parámetro «no discriminación» exige eliminar toda discriminación, directa o indirecta, que pueda ir en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad o de su residencia. Consiste en evitar aquellos aspectos que representen o puedan representar una desventaja para el no nacional, afectando negativamente al mercado intracomunitario.

Estas restricciones se pueden manifestar a través de faltas de transparencia en determinadas reglamentaciones nacionales, en la lentitud que desprenden o en la complejidad en las mismas.

## Necesidad

Cuando nos referimos a la «necesidad», hemos de justificar que la medida o regulación adoptada que representa una barrera o restricción a la prestación de servicios, responde a criterios de interés general, tales como la salud o el orden público.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido a definir, según su interpretación jurisprudencial, qué se entiende por «razón imperiosa de interés general» destacando entre ellas: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

En el ejercicio de proporcionalidad se ha de probar, además, la existencia del «principio de causalidad», es decir, ha de existir un nexo entre la causa y el efecto u objetivo que se persigue. Dicho de otra manera, que la regulación o medida adoptada, persigue uno o varios objetivos específicos de interés general.

En lo que se refiere a la profesión del/la educador/a físico y deportivo/a, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 194/1998, 1 de octubre, apoyaría el criterio de necesidad, al justificar la actividad del profesional en la salud como aspecto específico de interés general<sup>4</sup>.

4. STC 194/1998, 1 de octubre. *Desde la perspectiva de la actividad profesional desarrollada puede justificarse la legitimidad de la adscripción obligatoria de los Profesores de Educación Física. En punto a la valoración de la trascendencia de la actividad que los mismos desempeñan hay que recordar que la propia Constitución contiene un mandato a los poderes públicos para que fomenten «la educación física y el deporte» (art. 43.3 C.E.) y que ambas actividades aparecen, por otra parte, estrechamente vinculadas con la salud —a la que se refiere el apartado 1 del mismo art. 43 C.E.—. De suerte que no sólo son un medio para su mantenimiento, sino que permite evitar las repercusiones negativas que sobre la misma puede tener un ejercicio no adecuado de las diversas actividades físicas y deportivas, especialmente en aquellos deportes cuyo ejercicio conlleva un riesgo muchas veces no pequeño. Sin que pueda, por otra parte, desconocerse la importancia y valoración cada vez mayor de estas actividades, a las que los poderes públicos vienen respondiendo con el establecimiento de nuevas exigencias de cualificación para los profesionales dedicados a las mismas y, de modo especial, para quienes tienen como función la de docentes de esta materia en los centros de enseñanza. Debe, además, tenerse en cuenta que los destinatarios de tales actividades son, en una buena parte de los casos, menores de edad, y ello redundará en unas mayores exigencias de preparación y responsabilidad para quienes asumen dicha docencia. Razones que en el presente caso legitiman la norma que impone dicha colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión (FFJJ 7º).*



## Sustitución

El criterio de sustitución responde a la idea de que la regulación o medida adoptada es el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue. Se ha de probar además que no existen otras medidas menos gravosas o restrictivas desde el punto de vista administrativo, económico o normativo, que permitan obtener el mismo resultado, la protección de interés general, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para resultar realmente eficaz.

Para realizar un análisis comparativo entre las diferentes medidas, se ha de tener en cuenta que no basta que se exija utilizar otra medida menos costosa si esa otra medida no alcanza la misma o semejante protección del interés general perseguido. Se ha de comparar lo que es realmente comparable.

## Proporcionalidad

Se trata de la última fase del test y consiste en traer a colación la totalidad de los intereses que se han puesto en juego, derechos subjetivos e intereses legítimos, directos e indirectos, dignos de protección, y en posicionarlos en una balanza para efectuar un juicio de ponderación. Así habremos de tener en cuenta los intereses comunitarios de libre circulación y competencia, intereses generales de la sociedad y los ciudadanos, intereses particulares y económicos de los competidores, intereses de las empresas y los profesionales e intereses de los clientes, consumidores y usuarios.

No obstante ello, tendremos como referencia también lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llamado «exigencias imperativas», y es que existen intereses jerárquicamente superiores a todos los demás, y básicamente son: la seguridad, la salud y la protección de la vida de las personas.

A partir de este principio fundamental, el resto de la ponderación únicamente tiene una regla: prima siempre el interés mayoritario sobre el particular.

### **III. LA APLICACIÓN A LA LUZ DE 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**

Una vez analizado el concepto y el contexto general de Test de Proporcionalidad, así como detallados los elementos que lo integran, procede reflexionar sobre la aplicación más actual de este ejercicio tripartito a la luz de los desarrollos normativos más actuales.

Para ello, debemos observar la recientemente aprobada 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 y su estrecha relación con la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales en su versión modificada por la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre del 2013. Comprender la conexión entre ambos



textos nos ayudará a advertir que estamos ante un momento de oportunidad para analizar la regulación del educador/a físico deportivo/a. Si bien, como veremos, pueda parecer que el escenario actual propicia la desregulación de las profesiones, del análisis de los citados cuerpos normativos se desprende que, en determinados casos, dicha regulación es del todo necesaria.

Partamos de una consideración previa esencial: no existe, normativamente hablando, una definición jurídica consolidada sobre lo que ha de considerarse una profesión regulada. Extremo este que es imprescindible tener en consideración toda vez que la legislación europea relativa al test de proporcionalidad resulta de aplicación, precisamente, a las profesiones reguladas. Se refiere, el legislador, en este caso, a las profesiones reguladas conforme a la Directiva de reconocimiento de cualificaciones profesionales, lo que supone la primera conexión fundamental entre ésta y la recientemente aprobada Directiva de proporcionalidad.

### **Directiva 2005/36 de reconocimiento de cualificaciones profesionales y su modernización**

El reconocimiento de las cualificaciones profesionales en la Unión Europea opera esencialmente a través de las disposiciones contenidas en la Directiva 2005/36/CE, promulgada en el camino de las instituciones comunitarias hacia la supresión de obstáculos a la libre circulación de personas y servicios. Esta Directiva recopila toda la normativa anterior relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, esto es, los trámites que un profesional debe realizar para ejercer su profesión en otro país de la UE, e incluye el concepto de profesión regulada:

*««profesión regulada», la actividad o 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»».*

La normativa nacional de transposición en España fue el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, que adopta idéntica definición de profesión regulada e incluye en sus anexos una lista de un total de 125 profesiones reguladas a efectos del reconocimiento de cualificaciones profesionales, entre las que se incluye al Profesor de Enseñanzas Deportivas.

Pese a que el objetivo de esta normativa sobre el reconocimiento de las cualificaciones profesionales era promover la movilidad profesional, años después, en la preparación de la revisión quinquenal de la Directiva 2005/36, se constató que tan sólo un 2.4% de la población de la UE vivía y trabajaba en un Estado miembro diferente al de su nacionalidad<sup>5</sup>. Por ello, en el año 2010, comenzó un proceso de evaluación y de modernización de la norma que culminó con la aprobación de la Directiva 2013/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36 y el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior ('Reglamento IMI').

5. MARKT.D.4 D(2010), Documento de Consulta de la DG Mercado Interior y Servicios acerca de la Directiva sobre Cualificaciones Profesionales, 7 de enero de 2011.

Córdoba Azcárate, E. y Martín Villalba, M<sup>a</sup> Dolores (2019). La aplicación del Test de proporcionalidad. *Revista Española de Educación Física y Deportes*, 425, 51-64

## Evaluación profesiones reguladas

Fue, precisamente, durante el proceso de evaluación de la Directiva 2005/36, cuando se consideró que era conveniente realizar un análisis en relación con el elevado número de profesiones reguladas en territorio comunitario y la disparidad en las regulaciones en la Unión Europea, pues se consideraba que dichas regulaciones y su gran diversidad podrían, en muchos casos, constituir un obstáculo a la movilidad profesional.

En cifras...

- ✓ Si aunamos a los Estados miembros de la Unión Europea con Suiza y con los países que conforman el Área Económica Europea (Islandia, Liechtenstein y Noruega) obtenemos un total de 6470 profesiones reguladas.
- ✓ El país que cuenta con mayor número de profesiones reguladas es Hungría, con 543. En el extremo opuesto, Lituania, con 77 profesiones reguladas.
- ✓ España se sitúa alrededor de la media con 185 profesiones reguladas.

Fuente: Base de datos de profesiones reguladas. 2019. Comisión Europea.

En este contexto, se convino que la Directiva modernizada de reconocimiento de cualificaciones profesionales contendría el mandato específico para los Estados miembros de revisar periódicamente la proporcionalidad de la regulación nacional de sus profesiones.

En el año 2017, España incorpora este mandato en su normativa de transposición de la Directiva 2013/55, a través del Real Decreto 581/2017, de 9 de junio. Esta norma viene a derogar el citado Real Decreto 1837/2008, que en su momento transpuso la Directiva 2005/36, si bien el legislador nacional ha optado por mantener transitoriamente la vigencia de los anexos de este último Real Decreto del 2008 en tanto duren los trabajos de una Comisión Interministerial creada, precisamente, con el objetivo de analizar la evaluación de la proporcionalidad de la regulación de las profesiones reguladas en España a efectos del reconocimiento de las cualificaciones profesionales.

Dicha previsión viene contenida en el artículo 81 del Real Decreto 581/2017, en el que se dispone que:

### ***Artículo 81. Relación de profesiones reguladas en España.***

*1. Cada una de las diferentes autoridades competentes españolas elaborará un informe respecto de las profesiones reguladas existentes en su respectivo ámbito de competencia, especificando la siguiente información para cada una de ellas:*

- a) Las actividades profesionales que, en su caso, pudiera comprender cada profesión.*
- b) La forma de acreditación de la cualificación profesional requerida y, en particular, la formación regulada y la formación de estructura particular a que se refiere el artículo 19.3 b).*
- c) En su caso, el sometimiento de su ejercicio en España a la verificación pre-*

*via en los casos de desplazamiento, de conformidad con el artículo 13.4, aportando la justificación de esta exigencia.*

*2. El informe a que se refiere el apartado anterior contemplará específicamente la valoración de la compatibilidad de los requisitos que limitan el acceso a la profesión o su ejercicio a los titulares de un título de formación específica, con la libertad de establecimiento y prestación de servicios. A estos efectos, la valoración de compatibilidad considerará especialmente:*

*1.º Que los requisitos no sean directa ni indirectamente discriminatorios por razón de nacionalidad o de lugar de residencia.*

*2.º Que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general.*

*3.º Que los requisitos sean adecuados para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos y no exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.*

*3. Los informes a que se refieren los apartados anteriores serán enviados al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte que, a su vez, los remitirá a la Comisión interministerial integrada por los subsecretarios de todos los ministerios, así como por un representante de la Oficina Económica del Presidente con rango, al menos, de director general, y que será copresidida por los secretarios de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, y de Economía y Apoyo a la Empresa.*

*4. Recibidos los informes a que hacen referencia los apartados anteriores, la Comisión interministerial, en el marco de las disposiciones nacionales y de Derecho europeo aplicables, elaborará la lista de profesiones reguladas.*

*5. Cada dos años, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte remitirá a la Comisión Europea un informe de seguimiento actualizando esta información, haciendo referencia expresa tanto a los requisitos suprimidos o simplificados, como a los requisitos introducidos posteriormente, aportando la correspondiente justificación de estas decisiones. Este informe será realizado a partir de los elaborados por las autoridades competentes en sus respectivos ámbitos de competencia y sometido a la Comisión interministerial, previamente su remisión a la Comisión Europea.*

España tiene, por tanto, el mandato europeo de revisar la proporcionalidad de la regulación de sus profesiones. A fecha de elaboración de este artículo, se desconoce cuándo se reunirá formalmente la Comisión Interministerial encargada de elaborar la lista de profesiones reguladas si bien es seguro que nos encontramos en el momento más oportuno de revisar y analizar la regulación de las profesiones, en la búsqueda de las mejores formas regulatorias en pro del interés general y de la calidad y seguridad de los servicios profesionales prestados. ¿Cómo realizar esta labor de análisis? En base a los criterios marcados por la Directiva de Proporcionalidad que detallamos a continuación.

## **Directiva de Proporcionalidad**

Como hemos repasado, a resultas de la evaluación de la Directiva 2005/36 de reconocimiento de cualificaciones profesionales, la Comisión Europea determinó la obligatoriedad de los Estados de desarrollar ejercicios de evaluación de la pro-

porcionalidad de la regulación nacional de sus profesiones. Además, se consideró esencial garantizar un enfoque más integrador con respecto a la evaluación de la proporcionalidad efectuada por cada Estado. Por ello, tras un proceso legislativo de codecisión no exento de debate, se adoptó 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.

Concretamente, la Directiva pretende armonizar la forma en que se llevan a cabo las pruebas de proporcionalidad antes de que los Estados miembros introduzcan una nueva normativa sobre profesiones o modifiquen la regulación existente. Parte de un concepto a resaltar: el de Libertad Profesional, si bien acompañado de los principios que se consideran fundamentales en el mercado interior: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Se reconoce la competencia estatal para la regulación de las profesiones, si bien se determina que las normas nacionales que organizan el acceso a las profesiones no deben ser un obstáculo injustificado o desproporcionado al ejercicio de los citados principios del mercado interior. ¿Cómo saber, por tanto, si la regulación es o no proporcionada? Contrastando que no sea discriminatoria, que esté justificada por objetivos de interés público, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Esto es, cumpliendo con el test de proporcionalidad desarrollado en apartados previos de este artículo. En esencia, esta nueva Directiva no altera los elementos integradores del test de proporcionalidad, lo que aporta es un modo renovado de aproximarse a dichos elementos, partiendo de la premisa de protección al mercado interior.

### Consideraciones generales:

Al realizar el análisis de proporcionalidad, los Estados han de proporcionar **datos precisos** en los que basen sus argumentos. Se debe demostrar que existen riesgos reales para lograr los objetivos de interés público. Para ello, debe tenerse en cuenta:

- ✓ el objetivo de la medida en el momento de su adopción
- ✓ los efectos que esta tendrá.
- ✓ la evaluación de la proporcionalidad debe basarse en los avances que se constate que se hayan producido en el ámbito de la profesión regulada desde que se adoptó la medida.
- ✓ La naturaleza de los riesgos relacionados con los objetivos de interés público.
- ✓ La repercusión global de la medida.

La Directiva establece expresamente que son los Estados quienes deciden qué nivel de protección desean conceder a los objetivos de interés público. La regulación por medio de actividades reservadas y títulos profesionales protegidos, se señala, debe considerarse cuando estemos ante un riesgo de perjuicio grave para los objetivos de interés público, como sería la salud pública. Además, se realizan matices expresos en relación con las profesiones sanitarias: los Estados tienen que

garantizar un alto nivel de protección de la salud humana al evaluar los requisitos en relación con las profesiones del ámbito de la salud.

### **Evaluación de la Proporcionalidad paso a paso:**

Realizamos, a continuación, una aproximación práctica sencilla al modo en el que habría de evaluarse la proporcionalidad de una regulación en base a las directrices de la Directiva 2018/958.

Lo primero que tendremos que realizar es una fotografía de la regulación existente. ¿Qué disposiciones actuales regulan la profesión actualmente? ¿O qué disposiciones son las que deseamos introducir con una nueva normativa? O lo que es lo mismo ¿qué requisitos debe cumplir el profesional que desee acceder o ejercer la profesión?

Podrán ser medidas relacionadas con cualificaciones profesionales: tendremos entonces que detallar el método de obtención de las cualificaciones (grado, máster...), la duración de los programas formativos, si existen o no periodos de prácticas obligatorias, si existe un examen de acceso a la profesión u otras medidas. Después, veremos otros requisitos que pueda haber para el acceso o ejercicio: colegiación obligatoria, actividades reservadas, títulos profesionales protegidos, obligatoriedad de Desarrollo Profesional Continuo, suscripción de un seguro de responsabilidad civil, conocimiento de idiomas, etcétera.

El análisis de proporcionalidad, y esto es muy importante, habrá de realizarse sobre cada una de las disposiciones que sean de aplicación. Y la evaluación de cada una de ellas será individual, si bien atendiendo al efecto acumulativo de todas las disposiciones.

Entonces, pongamos en un ejemplo muy simplificado que para acceder y ejercer nuestra profesión es requisito imprescindible disponer de un título universitario de grado, colegiarse obligatoriamente en el colegio profesional correspondiente y suscribir un seguro de responsabilidad civil. Tendremos tres medidas regulatorias, y sobre esas tres habrá de realizarse el ejercicio de proporcionalidad. ¿Cómo se realiza?

### **No discriminación**

Primero, asegurando que las medidas **no son discriminatorias** sobre la base de nacionalidad o residencia.

### **Objetivo interés público**

Segundo, cada disposición debe estar objetivamente justificada por un objetivo de interés público. Pero no cualquiera, solo será válido aducir una protección del orden público, de la salud pública, de la seguridad pública o una razón imperiosa de interés general que haya sido recogida como tal por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cada medida ha de relacionarse con una o varias razones de interés general explicando y justificando la relación directa entre la medida individual y la protección perseguida.

## Proporcionalidad - causalidad y no sustitución

Una vez identificadas las disposiciones regulatorias y su conexión con los objetivos de interés público, debemos analizar la causalidad y la no sustitución: cada una de las medidas es adecuada para proteger el objetivo de interés público y, además, no va más allá de lo necesario para proteger este objetivo. Sin carácter exhaustivo, detallamos algunas preguntas que debemos plantearnos al hacer este ejercicio:

- ✓ ¿Qué **riesgo estoy minimizando**? ¿Cómo lo minimizo?
- ✓ ¿No existen ya **otras normas** que minimicen ese riesgo de manera suficiente? ¿Qué **valor añadido** aporta mi disposición?
- ✓ ¿Es el objetivo de interés público **perseguido de forma sistemática y consistente**? ¿Profesiones que pueden ser comparables persiguen el objetivo de la misma manera?
- ✓ ¿Qué **repercusiones** puede tener mi medida en la libertad de circulación de las personas, en la libre prestación de servicios, en la libertad de elección de consumidores en la calidad del servicio?
- ✓ ¿Nos hemos planteado el uso de **mecanismos alternativos** o menos restrictivos para lograr el objetivo?
- ✓ ¿Hay **actividades reservadas**? ¿está justificado?
- ✓ ¿Se ha revisado el **efecto acumulativo** de las medidas? ¿por qué son todas necesarias?
- ✓ ¿Se ha considerado el **progreso científico y tecnológico**? ¿y cómo va a afectar a la regulación?

A la hora de abordar este ejercicio, resulta oportuno resaltar dos apreciaciones subrayadas por la propia Directiva: la primera es que puede considerarse adecuada la adhesión obligatoria a una organización u organismo profesionales cuando el Estado confíe a esas organizaciones u organismos profesionales la salvaguardia de los objetivos de interés público correspondientes, por ejemplo, para supervisar el ejercicio legítimo de la profesión, o bien organizar o supervisar la formación profesional continua. La segunda es que las organizaciones profesionales, dada su mayor proximidad a la situación local y su conocimiento especializado, podrían en ciertos casos estar en mejor posición para hallar la manera idónea de cumplir los objetivos de interés público, si bien se considera que sus decisiones en la materia podrían resultar ventajosas para los operadores establecidos en detrimento de los que se incorporan al mercado.

Esta Directiva de proporcionalidad, cuya transposición aún no ha comenzado en nuestro país, se aplicará sobre las profesiones que estén desreguladas y deseen regularse y sobre las profesiones que sean reguladas a efectos del reconocimiento de las cualificaciones profesionales. No encontramos, por tanto, en un momento en el que ha de revisarse la regulación de las profesiones por mandato de la Directiva renovada de cualificaciones profesionales y en el que la nueva Directiva de Proporcionalidad indica cómo han de realizarse los ejercicios de evaluación de la regulación profesional. Es crucial, por ello, abordar la casuística de cada profesión y hacerlo en la línea marcada desde Europa.