

Comentarios de CCBE sobre la propuesta de Directiva COM (2016) 822 sobre un test de proporcionalidad previo a la adopción de un nuevo Reglamento sobre las profesiones

El Consejo de la Abogacía Europea, CCBE, representa a las Abogacías de 32 países (incluidos los 28 Estados miembros de la UE, Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza) y 13 países asociados u observadores, y a través de ellos, a más de un millón de abogados.

CCBE desea exponer sus puntos de vista sobre la propuesta de Directiva COM (2016) 822 sobre un test de proporcionalidad antes de la adopción de un nuevo Reglamento europeo de las profesiones dentro del llamado “Paquete de servicios”.

1. CCBE es consciente de que el test de proporcionalidad para las profesiones reguladas tiene por objeto dar seguimiento al apartado 3 del artículo 59 de la Directiva sobre el reconocimiento de las cualificaciones profesionales (2013/55/ CE) y al artículo 15, apartados 3, 5 y 6 de la Directiva de Servicios de 12 de diciembre de 2006 (2006/123/CE).

CCBE señala que la propuesta, en su totalidad, está sujeta a objeciones en relación con la falta de competencia de la UE, subsidiariedad, elección de acto legislativo (Recomendación o Directiva) y base jurídica. La propuesta se basa en los artículos 46, 53.1, y 62 del TFUE. Los artículos 53.1, y 62 TFUE sólo prevén la competencia para la coordinación de las medidas jurídicas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, mientras que la propuesta tiende a "armonizar" determinados aspectos procesales. Esta armonización se pretende siguiendo distintos criterios específicos, como la adopción de leyes o reglamentos a nivel nacional, lo que implica interferencia en el proceso legislativo nacional, como se explicará más adelante. CCBE señala que la aplicabilidad de la Directiva de servicios a situaciones puramente internas se está discutiendo en el asunto C-31/16, *Visser Vastgoed Beleggingen*, pendiente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sin embargo, CCBE subraya que al examinar la conformidad de la propuesta de un test de proporcionalidad con estos principios, es necesario distinguir claramente entre, por una parte, las cuestiones de fondo en las que la UE tiene competencia y, por otra parte, los aspectos procesales en los que existe un considerable riesgo de falta de competencia de la UE. Dicho esto, CCBE es de la firme opinión de que la propuesta de un test de proporcionalidad necesita modificarse en ciertos aspectos.

2. CCBE se opone al considerando 9 y al apartado 3 del artículo 4 de la propuesta. En el considerando 9 de la propuesta se afirma que *"la carga de la prueba de la justificación y de la proporcionalidad recae en el Estado miembro. Los motivos de la regulación invocados por un Estado miembro a modo de justificación deben así ir acompañados de un análisis de la idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada por dicho Estado y de las pruebas concretas que corroboren sus argumentos"*.

De manera similar, el párrafo 3 del artículo 4 de la propuesta establece que *"las razones para considerar que una disposición está justificada, y que es necesaria y proporcionada se basarán en pruebas cualitativas y, en la medida de lo posible, cuantitativas"*. El lenguaje antes mencionado necesita algunos matices en varios aspectos. El Estado miembro tiene la carga de argumentar la justificación y la proporcionalidad y la carga de probar los hechos que subyacen a tales argumentos. CCBE desea subrayar que, según la jurisprudencia del TJUE, cuando un Estado miembro alegue que una medida es proporcionada, ésta no puede ser desestimada únicamente por el hecho de que el Estado miembro no puede elaborar estudios que sirvan de base para la adopción de la legislación controvertida (véase el asunto C-316/07 Stoß c. Wetteraukreis, apartado 72). Por otra parte, el TJUE ha dejado claro que la carga de la prueba impuesta al Estado miembro "no puede ser tan extensa que obligue al Estado miembro a demostrar positivamente que ninguna otra medida puede permitir alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones (Asunto C-518/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, apartado 84).

Más importante, y completamente ausente en la presente redacción de la propuesta, es la jurisprudencia del TJUE, según la cual el Estado miembro tiene un margen de apreciación razonable. El TJUE ha declarado que "debe concederse a los Estados miembros un margen de apreciación" no sólo en la elección de una medida adecuada, sino también en la determinación del nivel de protección que se concede al interés público de que se trate". (Véanse los asuntos conjuntos C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes c. Saarland y Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, 19). Ese margen razonable de apreciación se ve materializado, cuando los datos históricos para apoyar los hechos subyacentes no están disponibles. También se pone de manifiesto en relación con la decisión que se ha de tomar, cuyas conclusiones se extraen de los hechos subyacentes (probados o basados en una apreciación razonable), y teniendo en cuenta la importancia del interés público relevante y los efectos que se prevé que deben seguirse en el futuro de la medida prevista.

Por tanto, CCBE subraya que el margen de apreciación razonable reconocido por el TJUE debe reflejarse en el texto de la propuesta con un test de proporcionalidad. En este contexto, CCBE desea mencionar una reciente sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 24 de junio de 2015 ([2015] UKSC 41; <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0272-judgment.pdf>), que ofrece un resumen completo de la jurisprudencia del TJUE sobre la proporcionalidad. Se hace una referencia particular a los párrafos 56 a 66 de la sentencia, ya que analizan el grado de libertad concedido a los Estados miembros para justificar restricciones por motivos de interés público.

3. CCBE subraya también que, según el TJUE, la comparación con las prácticas de otros Estados miembros, aunque sea más avanzada o más eficaz para alcanzar el mismo objetivo de política pública, no es un argumento concluyente en el criterio de proporcionalidad. CCBE recomienda que este punto, que es sumamente importante para la aceptación y la aplicación práctica del criterio de proporcionalidad, debería reflejarse con fuerza en la propuesta, preferentemente en el artículo 6 ("Proporcionalidad").
4. CCBE también cuestiona la legalidad de una parte del párrafo 5 del artículo 4 de la propuesta. Según esta disposición, "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la evaluación ex ante de la proporcionalidad se lleve a cabo de manera objetiva e independiente, *incluso mediante la participación de órganos de control independientes*". CCBE hace hincapié en que, al llevar a cabo un test de proporcionalidad para las profesiones reguladas, es necesario diferenciar aspectos de fondo (o contenido) de dicho test y sus aspectos procedimentales. Los aspectos procedimentales sobre la forma en la que el test de proporcionalidad debe ser llevado a cabo son competencia exclusiva de los Estados miembros. Corresponde únicamente a los Estados miembros decidir si conviene o no acudir a organismos de control independientes. La Unión carece de competencia a este respecto. Por lo tanto, CCBE recomienda que se suprima la inserción "*incluso mediante la participación de órganos de control independientes*". La misma lógica se aplica al artículo 7 y al artículo 8 de la propuesta. La regulación de la información y la participación de una amplia gama de partes interesadas, que es una práctica procesal bien establecida en muchos Estados miembros, no es competencia de la UE. Por lo tanto, CCBE recomienda que se suprima la inserción "*incluso mediante la participación de órganos de control independientes*". La misma lógica se aplica al artículo 7 y al artículo 8 de la propuesta. La regulación de la información y la participación de una amplia gama de partes interesadas, que es una práctica procesal bien establecida en muchos Estados miembros, no es competencia de la UE.
5. CCBE también encuentra poca coherencia en la terminología de la propuesta sobre una prueba de proporcionalidad y recomienda que se corrija.

El término «proporcionalidad» utilizado en el título de la propuesta y en el párrafo 1 del artículo 4 de la propuesta, en particular, si se lee conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 4 de la propuesta, parece utilizarse en un sentido más amplio que incluye el aspecto de la justificación. No obstante, los epígrafes del artículo 5 ("Justificación por motivos de interés público") y el artículo 6 ("Proporcionalidad") de la propuesta separan claramente los aspectos de justificación y de proporcionalidad: mientras que el artículo 5 de la propuesta se refiere a la prueba de justificación, el artículo 6 de la propuesta trata el propio criterio de proporcionalidad. En este contexto, el término "proporcionalidad" se entiende, evidentemente, en un sentido estricto que excluye el aspecto de la justificación.

La terminología queda aún más confusa en los párrafos 1 y 2 del artículo 6 de la propuesta ("Proporcionalidad"). Asimismo, el artículo 9 de la propuesta ("Transparencia") trata la justificación, la necesidad y la proporcionalidad como aspectos diferentes y separados.

El apartado 1 del artículo 6 de la propuesta prevé que los Estados miembros evalúen si las nuevas disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas son "necesarias y adecuadas" para garantizar el logro del objetivo perseguido que, de conformidad con el apartado 2 del artículo 6, "se refiere a la necesidad y a la idoneidad". Según el apartado 1 del artículo 6 de la propuesta, los Estados miembros evaluarán, además, si las disposiciones "no van más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo". Esta formulación parece simplemente repetir, en diferentes palabras, la prueba de necesidad ya establecida en el apartado anterior.

El apartado 2 del artículo 6 de la propuesta dice lo siguiente: "Al evaluar la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones, las autoridades competentes considerarán en particular [...]". Con ello se hace referencia a la "necesidad" como un aspecto aparte de la proporcionalidad y omite totalmente el aspecto de la idoneidad como se menciona en el párrafo 1 del artículo 6 de la propuesta. CCBE cuestiona porque el apartado 2 del artículo 6 de la propuesta no ha sido redactado de la siguiente manera:

"Al llevar a cabo la evaluación a la que se refiere el apartado 1, las autoridades competentes considerarán en particular..."

6. El encabezamiento del artículo 4 de la propuesta dice "Evaluación ex ante de nuevas medidas" y los párrafos 1, 2, 3 y 5 se refieren a la evaluación previa a realizar antes de introducir nuevas disposiciones; por lo tanto, son compatibles con este título. No obstante, el apartado 4 del artículo 4 de la propuesta establece que los Estados miembros deberán controlar periódicamente y con la frecuencia adecuada las disposiciones vigentes. Este control de las disposiciones existentes queda claramente fuera del ámbito de aplicación del artículo 4 de la propuesta ("Evaluación ex ante de nuevas medidas"). Por ello, CCBE recomienda incluir el control ex post en el título del artículo 4 de la propuesta.
7. El apartado 1 del artículo 6 de la propuesta se refiere a las "disposiciones que restringen el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio". En este contexto, CCBE señala un caso que se encuentra actualmente ante el TJUE (C-31/16) en relación con la cuestión de un requisito transfronterizo implícito. Este asunto se refiere a la Directiva 2006/123 / CE, pero puede ser pertinente.