

TJUE – SENTENCIAS DE 24.05.2011, *COMISIÓN C. BÉLGICA*, C-47/08; *COMISIÓN C. FRANCIA*, C-50/08; *COMISIÓN C. LUXEMBURGO*, C-51/08; *COMISIÓN C. PORTUGAL* C-52/08; *COMISIÓN C. AUSTRIA*, C-53/08; *COMISIÓN C. ALEMANIA*, C-54/08; Y *COMISIÓN C. GRECIA*, C-61/08 – «INCUMPLIMIENTO DE ESTADO – ARTÍCULO 43 CE – LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO – NOTARIOS – REQUISITO DE NACIONALIDAD – ARTÍCULO 45 CE – PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO – DIRECTIVA 89/48/CEE»

A PROPÓSITO DEL REQUISITO DE NACIONALIDAD
PARA EL EJERCICIO Y LIBRE ESTABLECIMIENTO
DE LOS NOTARIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ*

I. INTRODUCCIÓN.

- II. LA EXIGENCIA DEL REQUISITO DE NACIONALIDAD ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 43 TCE (ACTUAL ARTÍCULO 49 TFUE) SEGÚN LAS SENTENCIAS DEL TJUE COMENTADAS.

* Catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Titular de la Cátedra *Jean Monnet* de Derecho de la Unión Europea 2004-2009, Universidad de Sevilla, España.

III. LA CONTROVERTIDA APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS 89/48 Y 2005/36 A LA PROFESIÓN DE NOTARIO SEGÚN LAS SENTENCIAS DEL TJUE COMENTADAS.

IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente comentario tiene por objeto el análisis de la jurisprudencia nacida de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la exigencia del requisito de nacionalidad para el acceso a la profesión y al establecimiento de Notarios en distintos Estados miembros. Para ello se estudian tanto las conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de septiembre de 2010, como las sentencias subsiguientes recaídas el 24 de mayo de 2011 en el marco de sendos recursos de incumplimiento en los asuntos C-47/08, Comisión vs. Bélgica, C-50/08, Comisión vs. Francia, C-51/08, Comisión vs. Luxemburgo, C-53/08, Comisión vs. Austria, C-54/08, Comisión vs. Alemania y C-61/08, Comisión vs. Grecia¹.

El fondo de los asuntos tratados versa sobre el recurso de incumplimiento presentado por la Comisión contra los citados Estados en petición de declaración de infracción de los artículos 43 y 45.1 CE (actuales artículos 49 y 51.1 TFUE, respectivamente) al haberse reservado el acceso a la profesión de Notario única y exclusivamente a sus nacionales. Las conclusiones presentadas por el abogado general Cruz Villalón resultan especialmente relevantes en relación con la correcta interpretación del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento en estos dos artículos, constituyendo una unidad normativa a partir de una regla, la libertad de establecimiento, y de una excepción, las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público². La realidad es que, hasta la fecha, el Tribunal no se había pronunciado nunca acerca de si una actividad participaba de forma directa y específica en el ejercicio del poder público, de ahí la importancia de esta serie jurisprudencial.

¹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Francia, C-50/08, *Rec.* p. I-4195; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Portugal, C-52/08, *Rec.* p. I-4275; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, *Rec.* p. I-4309; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Alemania, C-54/08, *Rec.* p. I-4355; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Grecia, C-61/08, *Rec.* p. I-4399.

² Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, *Rec.* p. I-4105, Punto 77.

II. LA EXIGENCIA DEL REQUISITO DE NACIONALIDAD ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 43 TCE (ACTUAL ARTÍCULO 49 TFUE) SEGÚN LAS SENTENCIAS DEL TJUE COMENTADAS

La principal de las imputaciones que realiza la Comisión, común en todos los recursos de incumplimiento planteados, es que la limitación al acceso a la profesión de Notario en estos países, exclusivamente a quienes ostenten la nacionalidad de los mismos, constituye un incumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 TCE (actuales artículos 49 y 51.1 TFUE), así como de la Directiva 2005/36, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales³. En el caso de Bélgica, Luxemburgo, Austria, Alemania, Grecia y Portugal, se plantea una segunda imputación, en la que el reproche de la Comisión incide también sobre la falta de transposición, en relación con la profesión notarial, de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años⁴. A juicio de la Comisión, no cabe excluir a esta profesión del ámbito de aplicación de la citada Directiva, ya que el Notario no participa directa y específicamente en el ejercicio del poder público. El Tribunal estima las pretensiones de la Comisión respecto de la primera de las imputaciones en todos los supuestos, desestimando en todos los casos la segunda. En todos los procesos, Gran Bretaña actuó en calidad de parte coadyuvante de la Comisión, mientras que la República Checa, Lituania, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría, Bulgaria y Rumanía apoyaron, de manera alternativa, las pretensiones de los Estados demandados.

Las alegaciones de las partes en los distintos recursos presentados tienen una serie de puntos de conexión formulados sobre las distintas funciones que los Notarios desarrollan en sus respectivos Estados, de forma que de dichas actuaciones puede deducirse, según los Estados demandados, que participan del ejercicio de prerrogativas de poder público, lo que permitiría hacer uso de la exclusión del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), según el cual las disposiciones del Tratado sobre libertad de establecimiento no se aplicarán, en lo

³ DO L 255, de 30.9.2005. Para la Comisión, la Directiva 89/48 y la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, que modifica la anterior, son aplicables a la profesión de Notario y, por tanto, obligan a todos los Estados miembros a su transposición adecuada y en plazo.

⁴ DO L19, de 24.1.1989.

que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. Dicho artículo está relacionado directamente con el art. 43 TCE (actual art. 49 TFUE) por el que quedan prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento y las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. La Comisión pone de manifiesto que el acceso de la profesión de Notario no está supeditado a ningún requisito de nacionalidad en varios Estados miembros y que este requisito fue suprimido en otros Estados miembros como España, Italia y Portugal⁵.

El TJUE entiende el concepto de establecimiento como posibilidad de que un nacional de la Unión participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpretación económica y social en el interior de la Unión Europea en el ámbito de las actividades por cuenta propia⁶. El artículo 43 TCE (actual art. 49 TFUE) tiene por objeto garantizar el beneficio del trato nacional de un Estado miembro que se establezca en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia, y prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad resultante de las legislaciones nacionales, por tratarse de una restricción a la libertad de establecimiento⁷. Esto implica, según el TJUE, que el artículo 43 TCE (actual art. 49 TFUE) prohíbe a cada Estado miembro prever en su legislación, para las personas que hagan uso de su libertad de establecerse en él, condiciones para el ejercicio de sus actividades que sean diferentes de las fijadas para sus propios nacionales⁸.

⁵ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, *Rec.* p. I-4309, apartado 42; las disposiciones limitativas del acceso a la profesión son las siguientes: Bélgica, art. 35.3 Ley de 25 Ventoso del año XI, modificada por Ley 4 de mayo de 1999; Francia, art. 3 Decreto de 5 de julio de 1973, modificada por Decreto 89-399, de 20 de junio de 1989; Luxemburgo, art. 15 Ley de 9 de diciembre de 1976; Austria, art. 6.1.a) del reglamento notarial RGBI n° 75/1871, modificada por el RGBI n° 164/2005; Alemania, art. 5, del código federal del notariado, Ley 26 de marzo de 2007; Grecia, art. 19.1 de la Ley 2830/2000.

⁶ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, *Rec.* p. I-4309, apartado 77; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 78

⁷ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 80

⁸ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 79

Para el TJUE el concepto de «ejercicio del poder público» en el sentido del art. 45 TCE (actual art. 51 TFUE), párrafo primero, debe tener en cuenta el carácter propio que en el Derecho de la Unión tienen los límites fijados por esta disposición a las excepciones permitidas al principio de libertad de establecimiento, con el fin de evitar que la eficacia del Tratado en materia de libertad de establecimiento quede desvirtuada por disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros⁹. La excepción ha de interpretarse restrictivamente, limitándose a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición¹⁰. En este sentido la excepción del art. 45 TCE (actual art. 51 TFUE) debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público¹¹.

En una jurisprudencia bastante consolidada, el TJUE declaró que no se encuentran comprendidas en la excepción determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público¹², o ciertas actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales y hasta una colaboración obligatoria en su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación de decisión de dichas autoridades¹³, o determinadas actividades

⁹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartado 83; Sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, *Rec. p.* I-10671, apartado 82; Sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, *Rec. p.* 631, apartado 50.

¹⁰ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartado 84; Sentencia de 15 de marzo de 1988, Comisión/Grecia, 147/86, *Rec. p.* 1637, apartado 7; Sentencia de 29 de octubre de 1988, Comisión/España, *Rec. p.* I-6717, apartado 34; Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *Rec. p.* I-2941, apartado 45; Sentencia de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, C-393/05, *Rec. p.* I-10195, apartado 35; Sentencia de 22 de octubre de 1999, Comisión/Portugal, C-438/08, *Rec. p.* I-10219, apartado 34.

¹¹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartado 85; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, *Rec. p.* I-4231, apartado 84; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, *Rec. p.* I-4309, apartado 84; Sentencia *Reyners*, cit., apartado 45; Sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, C-42/92, *Rec. p.* I-4047, apartado 8; Sentencia Comisión/España, cit., apartado 35; Sentencia *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, cit., apartado 46.

¹² Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartado 86; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec. p.* I-4231, apartado 86.

¹³ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, *Rec. p.* I-4309, apartado 85; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartado 86.

que no implican el ejercicio de facultades decisorias, de poderes coercitivos, o de poderes de compulsión¹⁴.

Analizada la naturaleza de las funciones que los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros demandados atribuyen a los Notarios, el Tribunal de Justicia llega a toda una serie de interesantes conclusiones respecto del ejercicio del poder público que vienen a aportar un grado de precisión singular a la jurisprudencia ya existente sobre la materia. Para el TJUE la autenticación de los actos o contratos libremente celebrados por las partes no está, en sí misma, directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), incluso cuando dicha autenticación sea exigible legalmente, y en la medida en que los Notarios no pueden modificar unilateralmente el documento que les es sometido a autenticación¹⁵. Garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre las partes en aras de un objetivo de interés general no basta para considerar por sí mismo que dicha actividad está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público¹⁶, pues son muchas las actividades realizadas en el marco de profesiones reguladas que velan también por objetivos de interés general sin que se consideren manifestación del poder público¹⁷.

Según el TJUE, la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general —legalidad y seguridad jurídica de los actos entre particulares— constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del art. 43 TCE (actual art. 49 TFUE) derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los Notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad, siempre que estas restricciones sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesari-

¹⁴ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec. p.* I-4231, apartado 86.

¹⁵ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartados 89 a 92; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, *Rec. p.* I-4231, apartado 91.

¹⁶ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartados 95 y 96.

¹⁷ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec. p.* I-4231, apartado 96.

rias para ello¹⁸. El asesoramiento y la asistencia jurídica que el Notario presta al autenticar actos y contratos no puede considerarse como una participación del poder público incluso cuando hay una obligación legal de prestar tal asesoramiento o asistencia¹⁹.

El valor probatorio de los documentos autenticados tampoco desvirtúa esta posición del Tribunal, puesto que las legislaciones civiles de los Estados miembros reconocen a los documentos privados el mismo valor probatorio que los documentos autenticados por Notario²⁰. Lo mismo puede afirmarse de la fuerza ejecutiva del documento autenticado, pues si bien la aposición por el Notario de la fórmula ejecutiva en el documento confiere a éste fuerza ejecutiva, ésta se basa en la voluntad de los otorgantes de celebrar un acto o un contrato y de atribuirle tal fuerza ejecutiva²¹. Tampoco desvirtúa la anterior conclusión la obligación de que los Notarios comprueben, antes de proceder a la autenticación de un acto o contrato, que se cumplen todos los requisitos legalmente exigidos para su realización y, en caso contrario, se nieguen a autenticarlos²².

Respecto de la ejecución de embargos de bienes inmuebles, el TJUE entiende que el Notario carece de competencia por sí mismo para proceder al embargo, dependiendo en sus funciones de la tutela del juez competente en materia de ejecución forzosa, a quien el Notario debe remitir las controversias que puedan surgir, siendo este juez, por otra parte, quien finalmente resuelve²³. No cabe considerar, por tanto, que esas funciones del Notario estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público²⁴.

¹⁸ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, *Rec.* p. I-4309, apartado 96; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 97

¹⁹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 99; Sentencia Reyners, *Rec.* p. 631, apartado 52

²⁰ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 100; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 101

²¹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 103; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 104

²² Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, *Rec.* p. I-4309, apartado 93

²³ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartados 106 y 107; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, *Rec.* p. I-4105, apartado 107

²⁴ Sentencia Thijssen, *Rec.* p. I-4047, apartado 21; Sentencia de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 41 y 42; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/

Las mismas conclusiones son válidas para las funciones notariales que tienen atribuidas en el marco de la compraventa de inmuebles²⁵.

Otras actividades del Notario en materia de formación del inventario de sucesiones, de comunidades o de bienes en *pro indiviso*, o en relación con la colocación y levantamiento de precintos, están sometidas también a la autorización del juez competente²⁶. En cuanto a la intervención del Notario en materia de división judicial de bienes, o del procedimiento de prelación de créditos posterior a una venta pública, la sujeción de la misma a las directrices del juez competente, hace que estas actividades notariales no constituyan ejercicio de poder público²⁷. El Notario sólo interviene si las partes han convenido que la licitación se lleve a cabo ante él. En ese supuesto el Notario tiene la función de elaborar el inventario, formar la masa de la partición y determinar la composición de los lotes. Incluso en estos casos, estas actividades no atribuyen al Notario el ejercicio del poder público²⁸. En todas aquellas actividades notariales, en suma, en las que las prestaciones profesionales del Notario implican una colaboración, incluso obligatoria, con el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, no hay participación en el ejercicio del poder público²⁹.

En relación con el hecho de que los documentos auténticos traslativos de derechos reales inmobiliarios sean objeto de inscripción en el registro de la propiedad, el Tribunal de Justicia entiende que esa inscripción corresponde al registrador de la propiedad, relacionándose con las formas de publicidad de dichos documentos y no significa por tanto un ejercicio directo y específico del poder público por parte del Notario³⁰.

Alemania, C-54/08, *Rec. p.* I-4355, apartados 42 y 43; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Portugal, C-52/08, *Rec. p.* I-4275, apartados 37 y 41.

²⁵ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartado 108; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec. p.* I-4231, apartado 109.

²⁶ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartado 109.

²⁷ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec. p.* I-4105, apartado 110.

²⁸ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec. p.* I-4231, apartado 111.

²⁹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, apartado 112; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec. p.* I-4231, apartado 112.

³⁰ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec. p.* I-4231, apartado 113.

Tampoco pueden considerarse actividades investidas de poder público, según el TJUE, en el sentido de la exclusión del art. 45 TCE (actual art. 51 TFUE), la formalización mediante documento notarial de aquellos negocios jurídicos, como las donaciones inter vivos, los testamentos, las capitulaciones matrimoniales y los contratos que rigen la situación de las parejas de hecho³¹. Las mismas consideraciones son aplicables a los actos de constitución de sociedades, asociaciones y fundaciones que deben formalizarse en documento autenticado³². Las funciones de recaudación de impuestos que asume el Notario en el momento de percibir los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y constitución de derechos reales que correspondan, tampoco pueden considerarse ejercicio de poder público, pues tal recaudación no difiere sustancialmente de la que procede en el caso del impuesto sobre el valor añadido que puede realizar cualquier sujeto privado³³.

Respecto del papel que pueda jugar el estatuto específico del Notario en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, hay que decir que es la naturaleza de las actividades en cuestión y no el propio estatuto el que determina la aplicación de la excepción contemplada en el art. 45 TCE³⁴ (actual art. 51 TFUE). Tiene en cuenta el Tribunal de Justicia que los Notarios, tal y como expone el Abogado General Cruz Villalón en el punto 18 de sus conclusiones, actúan en régimen de competencia, dentro de sus circunscripciones territoriales, lo cual no es propio del ejercicio del poder público³⁵, y, además, responden directa y personalmente frente a sus clientes de los daños que puedan derivarse de cualquier falta cometida en el ejercicio de sus actividades³⁶.

³¹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 113.

³² Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 114.

³³ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Francia, C-50/08, *Rec.* p. I-4195, apartado 98; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 115; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 114.

³⁴ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Francia, C-50/08, *Rec.* p. I-4195, apartado 96; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. 4105, apartado 116; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 115.

³⁵ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. 4105, apartado 117; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 116.

³⁶ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. 4105, apartado 118.

En el caso de Luxemburgo, quedó también desestimada por el TJUE la alegación basada en la necesidad de garantizar el uso de la lengua luxemburguesa, pues si bien forma parte de los objetivos legítimos y respetados por el ordenamiento jurídico de la Unión la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros (art. 4.2 TUE), dicho interés puede defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros³⁷.

Entre las alegaciones desestimadas a los Estados demandados figura la aplicación de los Reglamentos (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000³⁸, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003³⁹, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y el Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004⁴⁰, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, referidos al reconocimiento y la ejecución de actos autenticados con fuerza ejecutiva formalizados y registrados en un Estado miembro⁴¹. Para el TJUE, dichos Reglamentos no inciden en la interpretación del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), párrafo primero, pues para que un documento pueda calificarse de auténtico en el sentido del Reglamento nº 44/2001, es necesaria la intervención de una autoridad pública o de cualquier otra autoridad habilitada por el Estado⁴².

Igualmente son desestimadas las alusiones a la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006, sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos, cuyo apartado 17

³⁷ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 124; Sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo, C-473/93, apartado 35

³⁸ DO L12, de 16.1.2001

³⁹ DO L 338, de 23.12.2003

⁴⁰ DO L 143, de 30.4.2004

⁴¹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 55

⁴² Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 120; Sentencia de 17 de junio de 1999, Unibank, C-260/97, *Rec.* p. I-3715, apartados 15 y 21. Para el Tribunal, la Sentencia Unibank no guarda relación con la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero; Sentencia Comisión/Francia, C-50/08, apartado 105

afirmaba que el art. 45 TCE (actual art. 51 TFUE) debía aplicarse a la profesión de Notario, porque se trata, según el TJUE, de un acto que carece de efecto jurídicos, ya que tal tipo de resoluciones no constituyen por naturaleza actos vinculantes. Además, una Resolución del Parlamento de 1994 venía a recomendar la supresión del requisito de nacionalidad a la profesión de Notario en el territorio de los doce Estados de la Comunidad.

Tampoco acoge el TJUE las alegaciones basadas en la STJUE Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española⁴³, en la que el Tribunal declaraba que las funciones atribuidas a los capitanes y primeros oficiales de buques constituían una participación en el ejercicio de prerrogativas de poder público, dado que el asunto que dio pie a esa sentencia, versaba sobre el art. 39.4 TCE (actual art. 45.4 TFUE) y no sobre el art. 45, párrafo primero (actual art. 51 TFUE), y que el Tribunal no analizó solo la única competencia en materia notarial atribuida a los capitanes y primeros oficiales de buques —autorización de testamentos y la custodia y entrega de los mismos— sino la totalidad de sus competencias, en particular las relativas a las facultades coercitivas o sancionadoras que tienen asignadas⁴⁴.

III. LA CONTROVERTIDA APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS 89/48 Y 2005/36 A LA PROFESIÓN DE NOTARIO SEGÚN LAS SENTENCIAS DEL TJUE COMENTADAS

Respecto de la imputación de la Comisión sobre la falta de transposición de la Directiva 89/48⁴⁵, sobre el sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior en relación a los Notarios, el Tribunal de Justicia declaró que no era posible determinar que en la fecha en que expiró el dictamen motivado de la Comisión existiera una obligación suficientemente clara que impusiera a los Estados miembros la transposición de dicha Directiva en relación con la profesión de Notario⁴⁶. El problema resultaba verdaderamente

⁴³ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio Oficiales Marina Española, C-405/01, *Rec.* p.I-10391.

⁴⁴ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 122.

⁴⁵ Directiva 89/48/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, *DO L* 19, de 24.1.1989, pp. 16-23.

⁴⁶ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, *Rec.* p. I-4105, apartado 141.

complejo. El legislador previó expresamente en el duodécimo considerando de la Directiva 89/48 que el sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior, «no prejuzga en absoluto la aplicación del artículo 45». La reserva expresada de este modo por el legislador manifiesta su voluntad de dejar las actividades a las que se refiere el art. 45 CE, párrafo primero, (actual Art. 51 TFUE) fuera del ámbito de aplicación de la dicha Directiva⁴⁷. Al adoptarse la Directiva 2005/36⁴⁸, que sustituyó a la de 1989 el legislador de la Unión no olvidó precisar, en el cuadragésimo primer considerando de la primera de dichas Directivas, que ésta no prejuzga la aplicación del art. 45 CE (actual art. 51 FUE)» en lo que se refiere en particular a los Notarios⁴⁹. Según el Tribunal, al formular esta reserva el legislador de la Unión no tomó posición acerca de la posible aplicación del artículo 45 CE, párrafo primero —y, por tanto, de la Directiva 2005/36— a las actividades notariales⁵⁰.

El análisis de los trabajos preparatorios para la aprobación de la Directiva 2005/36 permite establecer al Tribunal que el legislador no tomó posición alguna respecto de la aplicación de dicha Directiva a la profesión de Notario, porque el Parlamento Europeo propuso en relación a la propuesta de Directiva que se indicara expresamente en el texto de la Directiva 2005/36 que ésta no era aplicable a los Notarios⁵¹, pero dicha proposición no fue tenida en cuenta ni en la propuesta modificada de Directiva del Parlamento y el Consejo⁵², ni en la Posición Común (CE) n° 10/2005, de 21 de diciembre de 2004. Esto se debió, según el Tribunal, a que el artículo 45 TCE preveía una excepción al principio de libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para las actividades que implican una participación directa y específica en el poder público, lo que hizo pensar al legislador en que no era necesario que la Directiva dijera nada en relación a la inclusión de los Notarios. De todo ello resulta que la obligación de transponer la Directiva a los

⁴⁷ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Alemania, C-54/08, *Rec.* p. I-4355, apartado 140

⁴⁸ Directiva 2005/36/CE del PE y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, *DO* L 255, de 30.9.2005, p. 22

⁴⁹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, *Rec.* p. I-4231, apartado 141

⁵⁰ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Alemania, C-54/08, *Rec.* p. I-4355, apartado 140

⁵¹ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Portugal, C-52/08, *Rec.* p. I-4275, apartado 55; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Alemania, C-54/08, *Rec.* p. I-4355, apartado 141

⁵² COM(2004) 317 final

Notarios no quedara suficientemente clara, lo que lleva al Tribunal a declarar el desistimiento del recurso de la Comisión en los casos de Bélgica, Austria, Alemania, Grecia y Portugal.

IV. CONCLUSIONES

El art. 45.1 TCE (actual artículo 51.1 TFUE) no debe interpretarse como una excepción a la libertad de establecimiento preconizada por el Art. 43 TCE (actual artículo 49 TFUE), sino como una «excepción constitutiva de la regla que en el Tratado determina el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento», siendo, por tanto, la obligación de los Estados miembros, la de hacer efectiva la libertad de establecimiento respecto de actividades económicas que no tengan, aunque sea ocasionalmente, una relación con el ejercicio del poder público⁵³. Para el Abogado General, la comprensión probablemente más acertada del artículo 45.1 TCE es la de que el Tratado ha querido dejar fuera de la libertad de establecimiento alguna actividad económica que excepcionalmente sigue teniendo por objeto un fenómeno de relación con el poder público estatal. Naturalmente, el Tratado deja a los Estados plena libertad de mantener o de poner fin a este tipo de actividades económicas, pero en la medida en los Estados las mantienen, el Tratado dispone directamente su exclusión de la libertad de establecimiento, lo que lleva al Abogado General a afirmar que podríamos estar ante una suerte de cláusula facultativa de *stand-still*⁵⁴.

También se pone de manifiesto la necesidad de interpretar estos preceptos a la luz del principio de proporcionalidad, según el cual, y sobre la base de una jurisprudencia del TJUE ya existente⁵⁵, cabe apreciar gradualidad en

⁵³ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, *Rec.* p. I-4105, Punto 79.

⁵⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, *Rec.* p. I-4105, Punto 82.

⁵⁵ Véanse, entre algunas de las más recientes, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C 196/04, *Rec.* p. I 7995), apartados 61 y siguientes; y de 3 de octubre de 2006, Fidium Finanz (C 452/04, *Rec.* p. I 9521), apartado 46. Sobre el principio y su papel como norma de ponderación en el marco de las libertades, véase Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 193 y ss., y Galetta, D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milán, 1998, pp. 103 y ss.

la aplicación de la excepción a la libertad de establecimiento, ponderando, en primer lugar, el carácter incisivo de la medida adoptada, por un lado, y, en segundo lugar, el grado en el que la actividad en liza participa en el ejercicio del poder público. Cuanto menos directas, las medidas justificables en su virtud serán menores, tanto en cantidad como en intensidad⁵⁶.

Resulta muy interesante la disquisición sobre el concepto de actividades y de profesiones que participen del poder público a efectos de la exclusión. La estricta interpretación que el TJUE viene haciendo desde el asunto *Reyners* en 1974⁵⁷, determina que una «actividad» no es sinónimo de «profesión», por tanto, sólo en los casos en que las actividades de poder público sean inseparables de las restantes, se podrá reducir el alcance y aplicabilidad de los artículos 43 y 45.1 CE respecto de una profesión completa⁵⁸, lo que obliga al Tribunal a un análisis pormenorizado de dichas actividades a la luz de los Derechos nacionales, lo que no siempre es fácil. Como dijimos en la introducción, es la primera vez que el Tribunal declara que determinadas actividades participan de forma directa y específica en el ejercicio del poder público, lo que permite valorar la importancia de esta serie jurisprudencial. Ello lleva al Tribunal a profundizar en la noción de poder público que, tras una serie de valoraciones históricas y sistemáticas por parte del Abogado General⁵⁹, dan lugar a la identificación, con el grado de abstracción que el caso impone, de los caracteres que identifican al poder público en las distintas tradiciones nacionales, contando entre ellos, el que se traduce en su capacidad para imputar un acto, disposición o conducta a la voluntad del Estado formalizada a través del ordenamiento jurídico. Hay, pues, un mínimo denominador común en el que vienen a coincidir todas esas tradiciones, que encuentran en la imputabilidad de una voluntad concreta a la voluntad general del Estado el criterio determinante para el trazado de la divisoria que separa el ámbito de lo público frente a la de los particulares. A partir de este punto, se producirá el análisis pormenorizado de todas y cada una de las actividades notariales en las que puede estar involucrado el ejercicio del poder público, lo que ha sido objeto de análisis en los apartados anteriores.

⁵⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, *Rec.* p. I-4105, Punto 86.

⁵⁷ Sentencia de 21 de junio de 1974, 2/74, *Rec.* p. 631.

⁵⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, *Rec.* p. I-4105, Punto 88.

⁵⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, *Rec.* p. I-4105, Puntos 92 a 106.

De este modo, se concluye que una medida que introduzca una cláusula de nacionalidad como la cuestionada por la Comisión para el ejercicio de la profesión de Notario en un Estado miembro, resultará desproporcionada en cuanto no es necesaria para alcanzar los fines que persigue cada Estado al sustraer la actividad notarial de la libertad de establecimiento. En consecuencia, y a pesar de tratarse de una actividad que participa en el ejercicio del poder público, y por tanto comprendida en el ámbito negativo de la libertad de establecimiento, el Tribunal considera que en las circunstancias precisas de la profesión notarial, los artículos 43 y 45.1 TCE, no admiten una medida estatal que discrimina por razón de nacionalidad a quienes quieren acceder a dicha profesión, medida desproporcionada por no venir ella exigida por el grado de intensidad en que dicha actividad participa en el ejercicio del poder público⁶⁰.

En definitiva, el Tribunal de Justicia se hace eco íntegramente de las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón y deja sentada una jurisprudencia relevante y muy depurada sobre el ejercicio de la profesión de Notario en la Unión Europea en el marco de las libertades de prestación de servicios y establecimiento y su relación con el ejercicio del poder público que supondrá, sin duda alguna, el ingreso en un panorama nuevo para esta profesión reglada que trascenderá los diversos estatutos jurídicos de estos profesionales en todos los Estados miembros.

TJUE – SENTENCIAS DE 24.05.2011, *COMISIÓN c. BÉLGICA*, C-47/08; *COMISIÓN c. FRANCIA*, C-50/08; *COMISIÓN c. LUXEMBURGO*, C-51/08; *COMISIÓN c. PORTUGAL* C-52/08; *COMISIÓN c. AUSTRIA*, C-53/08; *COMISIÓN c. ALEMANIA*, C-54/08; Y *COMISIÓN c. GRECIA*, C-61/08 – «INCUMPLIMIENTO DE ESTADO – ARTÍCULO 43 CE – LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO – NOTARIOS – REQUISITO DE NACIONALIDAD – ARTÍCULO 45 CE – PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO – DIRECTIVA 89/48/CEE»

A PROPÓSITO DEL REQUISITO DE NACIONALIDAD PARA EL EJERCICIO Y LIBRE ESTABLECIMIENTO DE LOS NOTARIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

RESUMEN: El Tribunal considera que en las circunstancias precisas de la profesión notarial, los artículos 43 y 45.1 CE, no admiten una medida estatal que discrimine por

⁶⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, *Rec.* p. I-4105, Punto 146.

razón de nacionalidad a quienes quieran acceder a dicha profesión, medida desproporcionada por no venir ella exigida por el grado de intensidad en que dicha actividad participa en el ejercicio del poder público, a pesar de tratarse de una actividad que participe en el ejercicio del poder público y se encuentre comprendida en el ámbito negativo de la libertad de establecimiento.

PALABRAS CLAVE: Notarios, actividad notarial, libertad de establecimiento, no discriminación por razón de nacionalidad, incumplimiento de los Estados, ejercicio del poder público.

ECJ – JUDGEMENTS OF 24.05.2011, *COMMISSION vs. BELGIUM*, C-47/08; *COMMISSION vs. FRANCE*, C-50/08; *COMMISSION vs. LUXEMBOURG*, C-51/08; *COMMISSION vs. PORTUGAL*, C-52/08; *COMMISSION vs. AUSTRIA*, C-53/08; *COMMISSION vs. GERMANY*, C-54/08; AND *COMMISSION vs. GREECE*, C-61/08 – «BREACH OF TREATY FOR THE STATE – ARTICLE 43 EC – FREEDOM OF ESTABLISHMENT – NOTARIES – REQUIREMENT OF NATIONALITY – ARTICLE 45 EC – PARTICIPATION IN THE EXERCISE OF THE PUBLIC POWER – DIRECTIVE 89/48/EEC»

ABOUT THE REQUIREMENT OF NATIONALITY FOR THE EXERCISE AND FREE ESTABLISHMENT OF THE NOTARIES IN THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT: Despite the fact that the activity in question is connected with the exercise of official authority and therefore falls within the negative scope of the freedom of establishment, the ECJ considers that, in the specific circumstances of the profession of notary, Article 43 EC and the first paragraph of Article 45 EC do not allow a national measure that discriminates on grounds of nationality against those who wish to gain access to that profession.

KEY WORDS: Notaries, notarial activity, freedom of establishment, not discrimination because of nationality, breach of the States, exercise of the public power.

CJUE – ARRÊTS DU 24.05.2011, *COMMISSION c. BELGIQUE*, C-47/08;
COMMISSION c. FRANCE, C-50/08; *COMMISSION c. LUXEMBOURG*, C-51/08;
COMMISSION c. PORTUGAL, C-52/08; *COMMISSION c. AUTRICHE*, C-53/08;
COMMISSION c. ALLEMAGNE, C-54/08; *ET COMMISSION c. GRÈCE*, C-61/08 –
«INACCOMPLISSEMENT DE L'ÉTAT – ARTICLE 43 CE – LIBERTÉ
D'ÉTABLISSEMENT – NOTAIRES – CONDITION REQUISE DE NATIONALITÉ –
ARTICLE 45 CE – PARTICIPATION DANS L'EXERCICE
DU POUVOIR PUBLIC – DIRECTIVE 89/48 CEE»

À PROPOS DE LA CONDITION DE NATIONALITÉ POUR L'EXERCICE
ET L'ÉTABLISSEMENT LIBRE DES NOTAIRES DANS L'UNION EUROPÉENNE

RÉSUMÉ: La CJUE considère que, bien qu'il s'agisse d'une activité participant à l'exercice de l'autorité publique qui, de ce fait, relève du champ négatif d'application de la liberté d'établissement, dans le cas spécifique de la profession de notaire, les articles 43 CE et 45, premier alinéa, CE s'opposent à une mesure étatique constitutive d'une discrimination en raison de la nationalité envers les personnes souhaitant accéder à ladite profession.

MOTS CLÉS: Notaires, activité notariale, liberté d'établissement, pas de discrimination en raison de la nationalité, inaccomplissement des États, exercice du pouvoir public.

