

LOS NOTARIOS Y EUROPA

COMENTARIOS A LA SENTENCIA C-61/08 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

La sentencia que comentamos tiene como objeto la falta de cumplimiento por Grecia de la directiva europea 89/48 en relación al requisito de la nacionalidad para poder opositar como notario.

Dicho de otra forma, en Grecia para poder participar a tales oposiciones hay que ostentar la nacionalidad griega, hay que ser griego.

Por lo tanto la Comisión Europea ha demandado a Grecia por violación de los Tratados Europeos.

Amparándose en el art. 45 TCE, Grecia ha afirmado que los notarios están exentos de la libertad de establecimiento porque ejercen "poderes públicos".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que Grecia no tenía razón y eso por los siguientes motivos:

-Por lo que se refiere al concepto de «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, debe señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la apreciación de este concepto 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 miembros (véanse, en este sentido, las sentencias *Reyners*, antes citada, apartado 50; de 15 de marzo de 1988, *Comisión/Grecia*, antes citada, apartado 8, y de 22 de octubre de 2009, *Comisión/Portugal*, C-438/08, Rec. p. I-10219, apartado 35).

-Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero, debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (sentencias, antes citadas, *Reyners*, apartado 45; *Thijssen*, apartado 8; *Comisión/España*, apartado 35; *Servizi Ausiliari*

Dottori Commercialisti, apartado 46; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36).

-A este respecto, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de declarar que no se encuentran comprendidas en la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartado 22; Comisión/España, apartado 38; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, apartado 47; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36), 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 y de decisión de dichas autoridades (véase, en este sentido, la sentencia *Reyners*, antes citada, apartados 51 y 53), o determinadas actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartados 21 y 22; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 36 y 42; Comisión/Alemania, apartados 38 y 44, y Comisión/Portugal, apartados 36 y 41), de poderes coercitivos (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 37), o de poderes de compulsión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Anker y otros*, C-47/02, Rec. p. I-10447, apartado 61, y Comisión/Portugal, antes citada, apartado 44).

-Así pues, la función de autenticación atribuida a los notarios no está, en sí misma, directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.

-El hecho de que determinados actos o contratos deban autenticarse obligatoriamente so pena de nulidad no desvirtúa la anterior conclusión. En efecto, no es infrecuente que la validez de diferentes actos esté supeditada, en los ordenamientos jurídicos nacionales y conforme a las modalidades establecidas, a requisitos de forma o incluso a procedimientos obligatorios de validación. En consecuencia, esta circunstancia no basta para fundamentar la tesis defendida por la República Helénica

-El hecho de actuar en aras de un objetivo de interés general no basta por sí mismo para considerar que una actividad concreta está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público. En efecto, es pacífico que las

actividades realizadas en el marco de diferentes profesiones reguladas implican frecuentemente, en los ordenamientos jurídicos nacionales, la obligación de que las personas que las ejercen persigan tal objetivo sin que por ello estas actividades se consideren como una manifestación del poder público

- Sin embargo, la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del artículo 43 CE 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 necesarias para ello.

-Por lo que se refiere al valor probatorio y a la fuerza ejecutiva de que goza el documento notarial, no puede negarse que éstos atribuyen a tales documentos importantes efectos jurídicos. No obstante, la circunstancia de que una actividad determinada implique la formalización de documentos dotados de tales efectos no basta para que se considere que dicha actividad está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero

-En efecto, por lo que se refiere en particular al valor probatorio reconocido a un documento notarial, es preciso señalar que éste se encuadra en el régimen de la prueba legalmente establecido en el correspondiente ordenamiento jurídico. El valor probatorio que la ley confiere a un determinado documento carece, pues, de incidencia directa a efectos de determinar si la actividad en el marco de la cual se formalizó dicho documento, considerada en sí misma, está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público, tal como exige la jurisprudencia (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartado 8, y Comisión/España, apartado 35).

-No obstante, la fuerza ejecutiva del documento autenticado no implica que el notario tenga atribuidas facultades directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público. En efecto, si bien la aposición por el notario de la fórmula ejecutiva en el documento autenticado confiere a éste fuerza ejecutiva, ésta se basa en la

voluntad de los otorgantes de celebrar un acto o un contrato, tras la comprobación por parte del notario de su conformidad con la ley, y de atribuir a dicho acto o contrato tal fuerza ejecutiva.

-Además, no cabe sostener que el documento notarial, a causa de su valor probatorio, vincule incondicionalmente al juez en el ejercicio de su facultad de apreciación, ya que es pacífico que éste toma su decisión con arreglo a su convicción íntima, teniendo en cuenta todos los hechos y pruebas recabados durante el procedimiento judicial

-No obstante, la fuerza ejecutiva del documento autenticado no implica que el notario tenga atribuidas facultades directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público. En efecto, si bien la aposición por el notario de la fórmula ejecutiva en el documento autenticado confiere a éste fuerza ejecutiva, ésta se basa en la voluntad de los otorgantes de celebrar un acto o un contrato, tras la comprobación por parte del notario de su conformidad con la ley, y de atribuir a dicho acto o contrato tal fuerza ejecutiva.

-Así pues, las funciones atribuidas al notario en el marco de la ejecución forzosa se desempeñan bajo la tutela del juez, a quien el notario debe remitir las controversias que puedan surgir, siendo este juez, por otra parte, quien finalmente las resuelve. En consecuencia, no cabe estimar que estas funciones, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartado 21; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 41 y 42; Comisión/Alemania, apartados 43 y 44, y Comisión/Portugal, apartados 37 y 41).

-La misma conclusión se impone, por lo demás, por lo que respecta a las actividades que el notario ejerce en relación con la liquidación especial de empresas en dificultades, siendo estas actividades análogas, como admite la propia República Helénica, a las desempeñadas por el notario en el marco de la venta forzosa mediante subasta pública.

-En segundo lugar, por lo que respecta a la intervención del notario en caso de no aceptación o falta de pago de letras de cambio o cheques, es preciso señalar que, como reconoce expresamente la República Helénica, esta intervención, consistente en la redacción de un protesto, constituye la fase preparatoria, bien de una ejecución forzosa, bien de un recurso a los tribunales. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, las actividades preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público no se

incluyen en la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartado 22; Comisión/España, apartado 38; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, apartado 47; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36).

-Si bien es cierto que los honorarios de los notarios quedan fijados por la ley, no lo es menos que la calidad de los servicios prestados puede variar de un notario a otro en función, particularmente, de las aptitudes profesionales de las personas de que se trate. De ello se desprende que, dentro de los límites de sus correspondientes competencias territoriales, los notarios ejercen su profesión, tal como señaló el Abogado General en el punto 18 de sus conclusiones, en condiciones de competencia, lo cual no es propio del ejercicio del poder público

-En estas circunstancias, debe concluirse que las actividades notariales, tal como se encuentran actualmente definidas por el ordenamiento jurídico griego, no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.

Por lo anterior, parece claro que los notarios, como cualquier otro prestador de servicios, no están excluidos de la libertad de establecimiento y que no hay que discriminar por nacionalidad.

Sin embargo, en el 2005 la ley cambió y ahora la nueva directiva europea sobre el derecho de establecimiento en relación a la prestación de servicios exenta totalmente dicho colectivo de la mencionada libertad dejando a salvo la no discriminación por nacionalidad en las oposiciones notariales.

Ahora bien, la interpretación del espíritu de la libertad de establecimiento por parte del Alto Tribunal Europeo está en contradicción con el espíritu de la nueva directiva porque por un lado se afirma que los notarios no están exentos de la libertad de establecimiento y por otro se establece lo contrario.

Nuestra interpretación es que las palabras "poderes públicos" cambian según la composición política del legislador europeo.

ALESSANDRO SCARANTE

LETRADO

BUFETE DE ABOGADOS SCARANTE & PARTNERS

www.studiolegalescarante.info