

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

¿PUEDE UN NOTARIO EXTRANJERO ESTABLECERSE EN ESPAÑA Y EJERCER AQUÍ FUNCIONES NOTARIALES?

Elisa Torralba Mendiola

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

El pasado 24 de mayo el TJUE dictó varias sentencias (en los asuntos C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 y C-52/08) en las que aborda dos cuestiones relacionadas con el ejercicio de la profesión de notario: (i) la compatibilidad del requisito de ser nacional del Estado en el que el notario ejerce sus funciones exigido por varios Estados miembros, entre los que no se encuentra España, con la libertad de establecimiento y (ii) la aplicación de la Directiva 2005/36, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, a dicha profesión.

La posición del TJUE es la siguiente:

- (i) El artículo 45 del Tratado de la Comunidad Europea, en vigor en el momento en el que se iniciaron los procedimientos, preveía que la prohibición de las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro recogida en el artículo 43 no eran de aplicación "en lo 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". Idénticas previsiones recogen actualmente los artículos 51 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El análisis se centra en la determinación de si la actividad ejercida por los notarios en cada uno de los Estados miembros respecto de los cuáles se ha iniciado el proce-

dimiento de incumplimiento que da lugar a estas sentencias (Bélgica, Luxemburgo, Francia, Austria, Alemania y Grecia) puede ser calificada como actividad relacionada con el ejercicio del poder público. El TJUE resuelve en todos los casos que no es así, aplicando su ya reiterada jurisprudencia en la que afirma que la excepción a la libertad de establecimiento debe circunscribirse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público y que el hecho de actuar en aras del interés general no basta por sí mismo para considerar que una actividad concreta está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público. Como consecuencia, la actividad notarial no puede estar contemplada en la excepción del artículo 45 –hoy 51- y se le aplican íntegramente las reglas en materia de libertad de establecimiento.

El TJUE aclara que el recurso planteado se limita en este punto a la compatibilidad del requisito de la nacionalidad para acceder a la profesión para su ejercicio a través del derecho de establecimiento, pero no se refiere ni al estatuto o la organización del notariado, ni a las condiciones de acceso diferentes del requisito de nacionalidad.

- (ii) La Directiva 2005/36 no se aplica a las profesiones que participan del ejercicio del poder público y su considerando 41 señala que no prejuzga la inclusión o no entre ellas de la profesión de notario. Planteado

el incumplimiento de algunos Estados (en relación con este punto, los mencionados en el apartado anterior y Portugal) que al realizar la transposición no incluyen la actividad notarial en el ámbito de la Directiva, el TJUE concluye que no se les puede condenar porque en el momento en que se inició el procedimiento no estaba clara la inclusión o no de la profesión de notario en su ámbito de aplicación.

Pese a que el TJUE no lo afirma directamente, puesto que tras estas sentencias sí está claro que la actividad notarial no participa del ejercicio del poder público, parece que hay que concluir que los Estados miembros deben garantizar el ejercicio de la libertad de establecimiento también en relación con ella y que la profesión de notario está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/36. Eso implica que los requisitos para que quien ejerce funciones de notario en un Estado miembro pueda hacerlo en otro Estado miembro dis-

tinto no los puede establecer el Estado de acogida unilateralmente, sino que debe hacerlo respetando necesariamente los criterios establecidos en la Directiva. Ésta distingue entre los casos en que la actividad se pretende ejercer en régimen de libre prestación de servicios, supuesto para el que los requisitos a exigir son mínimos, y aquellos otros en que se hace en régimen de establecimiento, en el que los controles pueden ser mayores. Hay que entender, en cualquier caso, que el ejercicio de las funciones notariales en España estará sujeto al ordenamiento español.

Por otra parte, no parece que de las sentencias comentadas puedan extraerse consecuencias en relación con el debate iniciado tras las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero y de 20 de mayo de 2005 en relación con la compraventa de bienes inmuebles situados en España instrumentada en una escritura pública extranjera.