

CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES PRIVATIZABLES Y NO PRIVATIZABLES

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Directiva de Servicios, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios profesionales, autoridad pública, colegios profesionales

En la búsqueda de los criterios de delimitación de las actividades privatizables y no privatizables, hemos de proceder metodológicamente tomando como punto de partida el primer instrumento normativo europeo que plantea la cuestión de la liberalización de servicios en el mercado interior europeo, pasando, a continuación, al marco nacional regulatorio que, de manera horizontal, procede a la transposición de la normativa europea en la materia. Es preciso, a los efectos de la identificación de criterios de delimitación de actividades privatizables, recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en el caso español, analizar el recorrido que han tenido las leyes de transposición así como el frustrado anteproyecto de Ley de servicios y Colegios Profesionales. El TJUE ha puesto en conexión la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento con el ejercicio de funciones investidas de autoridad pública en algunas profesiones publicadas como en es el caso de los notarios. Acudiremos a esta jurisprudencia para encontrar en ella clarificación en la depuración de criterios que pueda utilizar, en su caso, el legislador.

ABSTRACT

Key words: Directive of services, freedom of establishment, freedom to provide professional services, public authority, professional associations

In the search for the criteria of delimitation of activities to privatize and not to privatize, we proceed methodologically taking as starting point the first European normative instrument that raises the question of the liberalization of services in the European single market, then passing to the national regulatory framework which, horizontally, proceed to the transposition of European legislation on the subject. It is necessary, for the purposes of the identification of these criteria, recourse to the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and, in the Spanish case, analyze the route that have taken transposition laws as well as the frustrated draft law of services and professional associations. The European Court of Justice has put in connection the free provision of services and freedom of establishment with the exercise of functions vested on public authority in some professions like the case of notaries. We landed to this jurisprudence to find clarification on the debugging of criteria that the legislator can use.

ÍNDICE

1. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO MARCO DE PARTIDA
2. EL MARCO LEGAL ESPAÑOL: LAS LEYES “PARAGUAS” Y “OMNIBUS”
 - 2.1 Las Leyes 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
 - 2.2. El Anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales
 - 2.3. El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales. A propósito de los Abogados y Procuradores
3. CRITERIOS OFRECIDOS POR EL TJUE A PROPÓSITO DE LOS NOTARIOS

1. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO MARCO DE PARTIDA

Los Estados miembros de la Unión Europea han partido de posiciones muy diferentes a la hora de proceder a la liberalización de sus mercados de servicios. Siendo este sector económico el de más rápido y mayor crecimiento en Europea, también en España, las diferencias en el ritmo de adaptación impuestos por 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 ha sido también diferente. En el caso español la obsolescencia y dispersión de su legislación en materia de servicios profesionales constituye uno de los obstáculos más difíciles de salvar para este proceso de liberalización. Una de las manifestaciones más directas de este proceso es el de privatización de actividades profesionales, que se ha abordado con desigual resultado hasta ahora y que apenas ha afectado a cuatro o cinco profesiones del ámbito jurídico en España.

Centramos el análisis de este estudio, por tanto, en los servicios y actividades profesionales, por lo que obviamos el tratamiento, distinto conceptualmente, de los servicios públicos privatizables lo que nos llevaría al marco de identificación de servicios de interés económico general (SIEG), servicios de interés no económico general (SINEG) y servicios sociales de interés general (SSIG)¹. Del mismo modo dejaremos las consideraciones en torno a los sistemas de colaboración público-privado, que habiendo sido objeto de un interés inicial por parte de la Comisión Europea, han pasado a un segundo plano ante las perspectivas abiertas por la Directiva de Servicios². Téngase presente que el debate sobre la privatización

¹ Vid. Ruiz Escudero, C., Los Servicios Públicos en la Unión Europea, en AAVV, La privatización de los servicios públicos en España, ATTAC, mayo 2012., págs. 16 y ss.

² Vid. Míguez Macho, L., Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español, Revista de Administración Pública, nº 175, Madrid, 2008, págs.. 157-215. Cfr. Libro Verde de la Comisión Europea de 30 de abril de 2004, COM(2004) 327 final, sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

de sectores públicos escapa al contenido del estudio, siendo, no obstante, un tema central que lo condiciona todo. De hecho, la privatización, junto con el “adelgazamiento” del Estado, son repuestas públicas habituales en Europa para combatir crisis financieras con altos déficits públicos. El debate en este terreno es apasionado, habiendo quien entiende que las crisis económicas globales suelen aprovecharse interesadamente para incrementar el número de operadores en los mercados trasladando servicios públicos al sector privado, en vez de incentivar la inversión pública³. De otro lado, aparecen posturas extremas que entienden que todas las actividades públicas son privatizables, que no hay límites, que no debe frenarse la expansión de los mercados y que los Estados deben quedar reducidos a la mínima expresión⁴. Este no es, a pesar de su enorme interés, el debate que nos ocupa en este estudio.

Cuando hablamos de actividades profesionales privatizables y no privatizables no estamos hablando sino de servicios profesionales que pueden reunir múltiples actividades desarrolladas dentro de una misma profesión reglada. Dentro de estas actividades encontraremos aquellas que legal o jurisprudencialmente tengan los caracteres propios del ejercicio de potestades o autoridad pública, sobre las que no podrá extender su disciplina la libre prestación de servicios y/o libertad de establecimiento, así como las normas sobre competencia comercial, y actividades conexas a éstas sobre las que cabrá la extensión de estos regímenes. Existe, por tanto, una cierta equivocidad y simplificación terminológica cuando hablamos de privatización de actividades. Realmente de lo que hablamos es de liberalización económica de actividades que, generalmente, como es el caso de abogados y procuradores, prestan sus servicios privatísticamente.

Un punto de partido para abordar la depuración de estos criterios puede ser establecer una primera distinción entre el régimen jurídico de la Directiva de Servicios –llamada durante su debate de gestación Directiva Bolkestein- y el régimen surgido de las Directivas de reconocimiento de cualificaciones profesionales, generales y sectoriales, y que fueron armonizadas en un sistema único por la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. El sistema de dicha Directiva tiene por objeto, en esencia, que “la libre prestación de servicios en el interior de la Comunidad resulte tan sencilla como dentro de

³ Vid. Mason, P., *Postcapitalismo, Hacia un nuevo futuro*. Paidós. Barcelona. 2016

⁴ Vid. Rallo, J.R., *Los errores de la vieja economía: Una refutación de la Teoría General del Empleo, el Interés y el Dinero de J.M.Keynes*, Unidad Editorial, Madrid, 2011. Este autor es considerado como el más vehemente defensor del ultraliberalismo económico en España, siendo calificado por algunos medios como “anarcocapitalista”.

un Estado miembro”, así como el de garantizar “a las personas que han adquirido sus cualificaciones profesionales en un Estado miembro para acceder a la misma profesión y ejercerla en otro Estado miembro con los mismos derechos que los nacionales”⁵. A efectos de ella, su artículo 3.1.a) define “profesión regulada” como “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; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional”.

Esta Directiva fue objeto de completa transposición en nuestro Derecho mediante el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, el cual ya en su parte expositiva explica con claridad que, “a efectos de la prestación de servicios, lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE no se ve afectado por 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, dado que ésta trata cuestiones distintas a las relativas a las cualificaciones profesionales”.

No quiere esto decir, sin embargo, que no haya una conexión natural entre ambas normas comunitarias. En efecto, el considerando 31 de la Directiva 2006/123/CE es claro al afirmar que “la presente Directiva es coherente con la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, a la que no afecta. Trata cuestiones distintas a las relativas a las cualificaciones profesionales, como por ejemplo el seguro de responsabilidad profesional, las comunicaciones comerciales, las actividades multidisciplinarias y la simplificación administrativa”⁶.

Además, su artículo 14.2 (requisitos prohibidos) establece que “los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los

⁵ Vid. Considerando 2 y 11 Directiva 2006/123/CE

⁶ Vid. Arts. 23, 24, 15 y 5 a 8, respectivamente Directiva 2006/123/CE

registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros”. O sea, exigencias contrarias a la lógica del sistema de reconocimiento. Por su parte su artículo 15.2 (requisitos por evaluar, esto es que deberán respetar los límites de no discriminación, necesidad y proporcionalidad), en sus apartados d) y g), establece como tales los “requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad” y el establecimiento de “tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar”, respectivamente.

Igualmente, su artículo 16.2.b) determina que “los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de los siguientes requisitos: (...) obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario”, siendo así que el propio artículo 17.6 de la Directiva 2006/123 establece que “el artículo 16 (libre prestación de servicios) no se aplicará: (...) a las materias a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión”, excluyendo así, en definitiva, a las reservas de actividad basadas en cualificaciones profesionales de la obligación de aplicar un test de necesidad y proporcionalidad.

2. EL MARCO LEGAL ESPAÑOL: LAS LEYES “PARAGUAS” Y “OMNIBUS”

2.1. Las Leyes 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como Ley Paraguas, incorporó, parcialmente, al Derecho español, 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. La Ley adoptó, según decía su Exposición de Motivos, un enfoque ambicioso fomentando una aplicación generalizada de sus principios con objeto de impulsar una mejora global del marco regulatorio del sector servicios, para

así obtener ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos. La intención del legislador en su función de transposición fue consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios y al mismo tiempo permitir suprimir las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Ley puso el énfasis en que los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector debían ser analizados pormenorizadamente y ser conformes con los principios de no discriminación, de justificación por razones imperiosas de interés general y de proporcionalidad para atender esas razones. Por otro lado, exigía que se simplificaran los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas a los prestadores de servicios. Adicionalmente, reforzaba las garantías de los consumidores y usuarios de los servicios, al obligar a los prestadores de servicios a actuar con transparencia tanto respecto a la información que deben proveer como en materia de reclamaciones. Ahora bien, más allá de estas intenciones y finalidades, la importancia de la norma transpositora consistía en su profunda intervención sobre toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que dicha Ley establece.

En este contexto, el objetivo de la presente Ley era doble. En primer lugar, adaptar la normativa estatal de rango legal sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su Disposición final quinta. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con la Unión Europea, extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque que permitiera contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. Buscaba, en definitiva una entorno regulatorio resultante más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, con la intención de impulsar la actividad económica.

Todo el proceso de aplicación de la Ley 17/2009 se materializó a través de la Ley 25/2009, la Ley Omnibus, aparecida apenas un mes después de la primera. Esta segunda Ley consta de 48 artículos agrupados en seis títulos, del que nos interesa especialmente el Título I, sobre “Medidas horizontales, que concreta diversas modificaciones que afectan de forma genérica a las actividades de servicios. Se introduce expresamente la figura de comunicación y de declaración

responsable y se generaliza el uso del silencio administrativo positivo⁷. Por otro lado, se refuerza la normativa de defensa de los consumidores y usuarios en materia de reclamaciones y se adaptan diversas disposiciones sobre aspectos básicos de la regulación en materia de servicios profesionales, principalmente en lo que concierne a los Colegios Profesionales. Finalmente, se adoptan disposiciones relativas a las empresas y a la cooperación administrativa en el ámbito laboral y de Seguridad Social, entre las que destacan las derivadas de la Disposición adicional tercera, que se dirige a potenciar la asunción personal por el empresario de la gestión de la actividad preventiva para lo cual contempla un plan de asistencia técnica al empresario por parte de la Administración, o la Disposición transitoria segunda, que otorga un mandato al Ministerio de Trabajo e Inmigración para adaptar los procedimientos administrativos de autorización de servicios de prevención ajenos y entidades auditoras.

Sin duda alguna, son las Disposiciones transitorias tercera y cuarta las que mayor polémica introdujeron en la medida en que determinan la vigencia de la exigencia del visado colegial y las obligaciones de colegiación, respectivamente, aunque el mismo carácter transitorio de la norma indicaba claramente que sólo iba a ser una cuestión de tiempo que la situación cambiara. Este problema se manifestará pocos años después, como veremos a continuación, cuando el Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales, que comenzó a tramitarse en 2011, encallara definitivamente en 2014 precedido de una amplia contestación colegial. De hecho, la llamada guerra colegial, se iniciará cuando la Disposición derogatoria de la Ley 25/2009 deje sin vigor cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario o estatutos de corporaciones profesionales y demás normas internas colegiales se opongan a la misma a lo dispuesto en la Ley.

El art. 5 de la Ley 25/2009, que modificaba la vetusta Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, introdujo serias correcciones en el texto de la norma que fueron tachadas de intromisiones inconstitucionales en el régimen de autonomía de los Colegios Profesionales. Singularmente, se sujetaban a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios, profesionales y se establecía que sólo por ley se podían regular los requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una profesión o que limiten el ejercicio conjunto de dos o más profesiones⁸. De

⁷ Vid. Art. 2.2 Ley 25/2009, que modifica el art. 43 de la Ley 30/1992.

⁸ La reforma de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 era de calado y fue considerada invasora de la autonomía colegial. Los preceptos modificados fueron los siguientes: Art. 1.3. Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores

igual modo se prohibían las restricciones por parte de los Colegios al ejercicio profesional en forma societaria, y se determinaban los requisitos generales de colegiación, estableciéndose un severo régimen legal de obligado cumplimiento para los Colegios⁹.

La Ley 25/2009 introdujo también la obligatoriedad de la ventanilla única, lo que determinaba la necesidad de que los Colegios Profesionales adaptasen sus mecanismos de gestión administrativa a la atención electrónica de colegiados

y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional. Art. 2.4. Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Art. 2.5. En todo caso, serán sólo los que se establezcan por ley. Los Estatutos de los Colegios, o los códigos deontológicos que en su caso aprueben los Colegios, podrán contemplar previsiones expresas dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales sea ajustada a lo dispuesto en la ley, con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como, en su caso, el secreto profesional.

⁹ Probablemente, la reforma más incisiva fuera la que afectó a los siguientes preceptos: Art. 2.6. El ejercicio profesional en forma societaria se regirá por lo previsto en las leyes. En ningún caso los colegios profesionales ni sus organizaciones colegiales podrán, por sí mismos o través de sus estatutos o el resto de la normativa colegial, establecer restricciones al ejercicio profesional en forma societaria. Art.3. Colegiación. 1. Quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda. 2. Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción. Los Colegios dispondrán los medios necesarios para que los solicitantes puedan tramitar su colegiación por vía telemática, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de esta Ley. 3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se regirán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español. Los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial. En los supuestos de ejercicio profesional en territorio distinto al de colegiación, a los efectos de ejercer las competencias de ordenación y potestad disciplinaria que corresponden al Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional, en beneficio de los consumidores y usuarios, los Colegios deberán utilizar los oportunos mecanismos de comunicación y los sistemas de cooperación administrativa entre autoridades competentes previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Las sanciones impuestas, en su caso, por el Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional surtirán efectos en todo el territorio español. 4. En el caso de desplazamiento temporal de un profesional de otro Estado miembro de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en aplicación del Derecho comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones.

y usuarios¹⁰. La obligación de la Memoria Anual, en aras del cumplimiento de los principios de transparencia y rendición de cuentas, así como el servicio de atención a los colegiados y usuarios, más la regulación del sistema de visados, que dejaban de ser obligatorios para convertirse en potestativos, a petición del cliente¹¹, cerraron el marco de reformas de la Ley de Colegios Profesionales, preparando así el terreno para la aún no anunciada Ley de Colegios y Servicios Profesionales que cerraría el marco de transposición de la Directiva de Servicios en España¹².

Por lo que se refiere a las sociedades profesionales, se produjo la modificación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, para regular el régimen de compatibilidad de actividades de las sociedades multidisciplinarias¹³ y para determinar las condiciones subjetivas que habrían de reunir los socios profesionales componentes de las mismas¹⁴. También procedió la Ley 25/2009 a reconocer en España como sociedades profesionales las constituidas como tales de conformidad con la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea y cuya sede social, administración central y centro de actividad principal se encuentre en el territorio de un Estado miembro, siempre que hayan cumplido los requisitos

¹⁰ Vid. Art. 10 de la Ley 2/1974, modificada. Este precepto estableció la obligatoriedad de que las organizaciones colegiales dispusieran de una página web para que, a través de la ventanilla única prevista en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los profesionales puedan realizar todos los trámites necesarios para la colegiación, su ejercicio y su baja en el Colegio, a través de un único punto, por vía electrónica y a distancia. Al mismo tiempo determinó la información obligatoria que debía estar disponible para colegiados y usuarios y la adopción de medidas para la incorporación plataformas tecnológicas que garanticen la interoperabilidad entre los distintos sistemas y la accesibilidad de las personas con discapacidad. También impuso determinadas obligaciones en materia de comunicación de altas y bajas en los Registros de colegiados y sociedades profesionales.

¹¹ Vid. Art. 11 de la Ley 2/1974, modificada. En materia de Memoria Anual se estableció también un estricto régimen de materias informables. Por su parte el art. 12 recogió la obligatoriedad de poner en marcha Servicios de atención a los colegiados y a los consumidores o usuarios. El art. 13, por su parte, uno de los más polémicos, determinó las condiciones para los visados estableciendo que los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados, de acuerdo con una serie de criterios legalmente tasados, lo que, sin duda constituía la intervención más directa en el régimen de autonomía de los Colegios.

¹² La Ley 25/2009 también introdujo cambios en el régimen de honorarios en el art. 14, según el cual se prohibían las recomendaciones colegiales sobre honorarios no pudiendo establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta.

¹³ Vid. Art. 3 de la Ley 2/2007, modificada.

¹⁴ Vid. Art. 4 de la Ley 2/2007, modificada.

previstos, en su caso, en dicho país comunitario para actuar como sociedades profesionales¹⁵. La prestación de servicios o el establecimiento en España de estas sociedades comunitarias se ajustaba a lo previsto en la normativa que regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales y, en su caso, en la normativa específica sobre establecimiento o ejercicio de profesionales comunitarios, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa española aplicable sobre el ejercicio de la actividad en términos compatibles con el Derecho comunitario.

2.2. El Anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales

El Anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales, fue el siguiente paso dado en el proceso de liberalización del sector servicios iniciado en 2009, tuvo su última versión, antes de ser definitivamente abandonado, el 11 de noviembre de 2014. La importancia creciente de los servicios profesionales dentro del sector servicios fue la justificación inicial dada por el gobierno para comenzar su tramitación parlamentaria. En efecto, cabe recordar que el sector de los servicios profesionales en España genera cerca del 9 por ciento del PIB, representando en torno al 6 por ciento del empleo total y el 30 por ciento del empleo universitario. Se trata, por tanto, de un sector intensivo en mano de obra cualificada. Su indudable peso económico, junto a la especial incidencia que tienen algunos de estos servicios en los derechos e intereses de los ciudadanos cuando son sus destinatarios, justificaban, por tanto, la iniciativa.

En la etapa preconstitucional, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP) conceptuó a éstos como Corporaciones de Derecho Público, con los fines esenciales de la “ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados”¹⁶; estableciendo su artículo 3.2 el requisito de colegiación obligatoria para el ejercicio de las profesiones colegiadas. Con posterioridad, el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (RDL 5/1996, después aprobado como Ley 7/1997, de 14 de abril) modificó los artículos 3.2 y 5.ñ), entre otros, de la LCP en el sentido de sujetar el ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia y, en concreto, para establecer que el requisito de colegiación únicamente debería realizarse en el colegio territorial correspondiente al domicilio del profesional (“cuando una profesión se organice por Colegios Territoriales,

¹⁵ Vid. Disposición Adicional Séptima de la Ley 2/2007, modificada.

¹⁶ Vid. Art. 1.3, a los que la Ley 25/2009 añadiría el de “la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”

bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado”) y para eliminar la potestad de los Colegios Profesionales para fijar honorarios mínimos, pudiendo establecer únicamente “baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo”.

La idea de partida es que el nuevo marco regulatorio garantizara el interés general de la forma menos restrictiva posible para el acceso y ejercicio de las profesiones, con el consiguiente efecto positivo en términos de productividad, competencia y asignación eficiente de recursos. La ausencia de una normativa propia ha llevado a una copiosa regulación, fragmentaria, obsoleta, excesiva y que no ha evitado la conflictividad entre profesionales. La simplificación normativa es, además, otra de las motivaciones que se tuvieron en cuenta para la puesta en marcha de este proceso. El momento de crisis en que nació el anteproyecto fue utilizado como acicate, reconociéndose el posicionamiento favorable a la nueva regulación por parte de diversos organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Fondo Monetario Internacional o la Unión Europea, que venían recomendando desde hace algún tiempo una reforma profunda de la regulación de los servicios profesionales en nuestro país, como vía para garantizar incrementos de competitividad y crecimiento.

Pues bien, el nuevo marco normativo que esta ley establece, dando además cumplimiento al mandato del artículo 36 de la Constitución española, se basa en los principios de buena regulación económica, por lo que parte del principio de libre acceso a las actividades profesionales, restringiendo las limitaciones a casos justificados por razones de interés general. De este modo, se busca el equilibrio entre, por una parte, las restricciones precisas para garantizar la confianza indispensable de los destinatarios de los servicios profesionales en la calidad de lo que reciben, así como su protección y seguridad y, por otra, las libertades necesarias para favorecer el desarrollo de la actividad. Uno de los datos esenciales que quizás determinó el fracaso del proyecto, no obstante, fue el empeño de regular en una misma norma a los Colegios profesionales y a los servicios.

La Ley de 1974 se adaptó a la Directiva 2006/123/CE a través de la reforma de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, pero no terminó de resolver los problemas del sector. En efecto, actualmente existen Colegios Profesionales de colegiación obligatoria, voluntaria, que recaen sobre actividades profesionales reguladas, tituladas o libres, sin que obedezcan a unos criterios racionales de regulación. Así, conviven Colegios de actividades profesionales libres que no requieren ninguna cualificación, Colegios que se refieren a actividades reservadas

pero que no requieren de un título de educación superior (requieren otro tipo de cualificación), y Colegios que se refieren a actividades profesionales tituladas. A lo anterior se une la necesidad de dar solución a ciertos problemas derivados de la evolución del modelo organizativo colegial, con la aparición de los Consejos Autonómicos, no contemplados en la norma básica de 1974, y su relación con los Consejos Generales. El anteproyecto habría que considerarlo complementario de reformas estructurales como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, dado que ambos –anteproyecto y Ley- tienen como objetivo la creación de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas y la eliminación de las barreras y obstáculos existentes a través de la aplicación de los principios de buena regulación económica.

Sintéticamente podemos decir que el anteproyecto puso las bases de la despubblicación de determinadas actividades profesionales relacionadas con el ejercicio del poder público. Pero lo hizo si establecer criterios específicos para distinguir entre actividades, sino estableciendo, simplemente, mecanismos para la liberalización de los distintos sectores profesionales sobre la base del respeto a una serie de principios como el de libertad de acceso y libertad de ejercicio de toda actividad profesional y profesión, el de igualdad de trato y no discriminación y por el de eficacia en todo el territorio nacional, que reconoce la capacidad de los profesionales con independencia de dónde se haya accedido a la actividad profesional.

Este proyecto de Ley, en concreto, aplica dichos principios al sector de los servicios profesionales y a las restricciones al acceso basadas en la cualificación. Así, por ejemplo, en materia de restricciones sólo puedan establecerse por ley cuando se justifique por razones de interés general y resulte proporcionado; y ello para evitar la proliferación de barreras de entrada poco justificadas o determinadas sólo por los intereses particulares de algún colectivo en perjuicio de otros. Asimismo, las restricciones de acceso que exijan la posesión de un determinado título académico oficial de educación superior (profesión titulada) requieren que esté justificado por motivos de interés general. Estos criterios deben servir para limitar el número y alcance de las profesiones con fuertes restricciones al acceso. Por último, se recoge una cláusula específica respecto a la aplicación del derecho de la Unión Europea para el acceso de profesionales habilitados en otros Estados miembros.

En este sentido el anteproyecto de Ley, al regular el régimen electoral colegial, bajo el principio de funcionamiento democrático, aclaraba que el sufragio activo y pasivo en las elecciones de los miembros de los órganos de gobierno sólo puede corresponder a las personas físicas. En particular, establecía que sólo podrá exigirse colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión

titulada o algunas actividades propias de ésta cuando así se establezca mediante norma estatal con rango de ley, al apreciarse que se trata de actividades en que pueden verse afectadas de manera grave y directa determinadas materias de especial interés general y que la colegiación es el instrumento más eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios. Se reduce el número de colegiaciones obligatorias, en la medida en que éstas suponen autorizaciones para el acceso de una actividad, en virtud de los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. En coherencia, se mantiene únicamente la colegiación para aquellos casos en los que sea necesaria la protección de la salud e integridad física y la seguridad personal o jurídica de las personas. La necesaria reserva de ley y el cumplimiento del principio de la proporcionalidad en la exigencia de colegiación son también coherentes con lo establecido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

La fuerte intervención del anteproyecto sobre las funciones de los Colegios así como sobre el entramado colegial institucional están en el origen del fracaso de la iniciativa reformadora. El anteproyecto vino a reforzar y precisar las reformas operadas por la Ley 25/2009, lo que fue entendido por las organizaciones colegiales como un recorte a su autonomía. Igualmente, procedió a determinar un amplio marco normativo de reformas, entre las que podemos destacar las relacionadas con la profesión de Abogado y Procurador. Así se estableció el necesario régimen transitorio derivado de la modificación de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, modificándose dicha Ley para establecer un único título profesional de abogado y procurador que habilite para el ejercicio de ambas profesiones. También se modificó la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, para eliminar como requisito de creación de estas sociedades la exigencia de colegiación obligatoria en la actividad profesional que constituya su objeto social, así como para permitir expresamente a las sociedades profesionales multidisciplinarias el ejercicio simultáneo de la abogacía y la procura.

2.3. El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales. A propósito de los Abogados y Procuradores

Resulta especialmente clarificador acudir al dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto que acabamos de analizar¹⁷. Allí vamos a encontrar buena parte de las razones jurídicas que se emplearon para explicar los problemas legales

¹⁷ De 27 de febrero de 2014, expediente 1434/2013 Economía y Competitividad.

y constitucionales que podrían darse en relación a las modificaciones del régimen colegial que afectaban, entre otros casos, a los abogados y procuradores¹⁸. El anteproyecto mantiene la colegiación obligatoria para las profesiones de abogado y procurador en su disposición adicional primera¹⁹. Ahora bien, modifica, sin embargo, el artículo 23.3 de la LEC, para establecer la compatibilidad del ejercicio de ambas profesiones, el artículo 242.4 de la LEC, variando el régimen del arancel de los procuradores, y el artículo 1 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

La regulación de ambas profesiones, libres e independientes y basadas en la confianza²⁰, extremo éste en el hará hincapié varias veces el Consejo de Estado, se contiene principalmente en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), cuyos artículos 542.1 y 543.1 establecen de forma respectiva que corresponde en exclusiva a los abogados ejercer profesionalmente “la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico” y que “corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa”, habiendo añadido para estos últimos el artículo 543.2 en su redacción

¹⁸ La legislación europea sobre las profesiones jurídicas es muy extensa y ha dado como resultado un enorme cuerpo normativo cuya finalidad armonizadora es evidente, lo que ha facilitado el ejercicio de la profesión en el mercado interior. Vid al respecto, Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre el estado y la organización de la profesión de notario en los Estados miembros de la Comunidad; Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2001 sobre escalas de honorarios y tarifas obligatorias para determinadas profesiones liberales, en particular los abogados, y sobre la función y la posición particulares de las profesiones liberales en la sociedad moderna; Resolución del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2003 sobre las disposiciones en materia de mercado y competencia para las profesiones liberales; Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006 sobre las profesiones jurídicas; Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título; Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

¹⁹ Vid. apartados n) :”en un Colegio de Abogados para ejercer profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de Abogado y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho en representación de un tercero con el que no tenga vínculo de naturaleza laboral” y ñ): “en un Colegio de procuradores para la intervención como procurador ante órganos judiciales, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”.

²⁰ Vid. artículo 1 del Estatuto General de la Abogacía Española [EGA] y artículo 1 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España [EGP], aprobados por Reales Decretos 658/2001, de 26 de junio y 1281/2002, de 5 de diciembre

por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que “podrán realizar los actos de comunicación a las partes del proceso que la ley les autorice”; así como en los artículos 23 a 35 de la LEC, los cuales tratan “de la representación procesal y de la defensa técnica”, determinando -respecto a la primera- el artículo 23.3 que “el procurador legalmente habilitado podrá comparecer en cualquier tipo de procesos sin necesidad de abogado, cuando lo realice a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparecencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitados por el Juez, Tribunal o Secretario judicial. Al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna. Es incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales²¹”. El acceso a ambas profesiones se regula, en fin, por la ya citada Ley 34/2006.

El Consejo estudió separadamente tres cuestiones en su dictamen: la supresión de la incompatibilidad entre las profesiones de abogado y procurador (a), la modificación del régimen arancelario de los procuradores (b) y la variación de los requisitos de habilitación profesional y acceso a ambas profesiones (c).

a) La supresión de la incompatibilidad entre las profesiones de abogado y procurador

El anteproyecto optó por hacer posible la compatibilidad de su ejercicio, lo que enmarcaría la cuestión en el seno de las llamadas actividades multidisciplinares, reguladas en el artículo 25.1 de la Directiva 2006/123/CE, transpuesto en términos casi idénticos en el artículo 25.1 de la Ley 17/2009²². El Consejo estimó que no se trataba, pues, de una cuestión ni de reserva de actividad para un servicio profesional ni de colegiación obligatoria (al menos, no de forma directa), sino de la libertad ulterior en que consiste la posibilidad de ejercer simultánea o compatiblemente dos actividades profesionales; libertad que, no obstante, puede ser restringida en

²¹ Apartado añadido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

²² Cfr. Art. 25.1, según el cual: “1. No se podrá obligar a los prestadores de servicios al ejercicio de una única actividad de forma exclusiva, bien sea a través de la imposición de requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una actividad específica, bien sea mediante la imposición de requisitos que restrinjan el ejercicio conjunto o en asociación de distintas actividades. 2. No obstante, para garantizar su independencia e imparcialidad, así como prevenir conflictos de intereses, podrán verse sujetos por ley a los requisitos a que se refiere el apartado anterior: a) Las profesiones reguladas, en la medida en que sea necesario para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos distintos e incompatibles debidos al carácter específico de cada profesión, siempre que los mismos se justifiquen de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 5 de esta Ley. b) Los prestadores que realicen servicios de certificación, acreditación, control técnico, pruebas o ensayos”.

las profesiones reguladas “para garantizar su independencia e imparcialidad”, para “prevenir conflictos de intereses” y “para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos distintos e incompatibles debidos al carácter específico de cada profesión”. Todo esto es lo que cabalmente ocurre en nuestro Derecho a día de hoy con las profesiones de abogado y procurador, dirigida la primera a las actividades de defensa técnica y la segunda a la representación procesal.

Sucedee, sin embargo, que entran en juego en las recientes tendencias de regulación de ambas profesiones dos factores relevantes: de un lado, la convicción de que el mantenimiento de la exclusividad para las distintas funciones que ambos profesionales desempeñan supone un freno a la competencia y un límite a la libertad de ejercicio profesional (muy en particular, por lo que hace a las funciones de representación de los procuradores); de otro, sin embargo, la reforma de la legislación procesal en el sentido de reforzar ampliamente las funciones de comunicación de estos últimos, convirtiéndolos en auténticos sustitutos del Secretario judicial para el desempeño de ciertas funciones en el seno de la Oficina judicial (tendencia ya comenzada por la Ley Orgánica 19/2003 y Ley 13/2009, que modificaron los artículos 542.3 y 23.3 de la LEC, de forma respectiva).

En un dictamen anterior sobre el anteproyecto de modificación de la LEC²³, el Consejo ya tuvo ocasión de manifestarse sobre la cuestión. El debate de fondo se produce, por tanto entre las posturas favorables a la compatibilidad entre el ejercicio de ambas profesiones, sobre la base de razones como las alegadas por

²³ Vid. Dictamen de 30 de enero de 2014, expediente 1250/2013. Al comparar las redacciones del art. 23.3 LEC el Consejo dijo: “al tiempo que se refuerza la tendencia a ampliar las funciones del procurador como colaborador de la Administración de Justicia, se mantiene la vigente redacción del artículo 23.3 LEC (la que finaliza, como se vio, disponiendo que “es incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales”), pero se prevé una disposición adicional sexta del siguiente tenor: “La incompatibilidad entre el ejercicio de la representación procesal y la defensa técnica quedará supeditada a la futura normativa que, con carácter general, regule los servicios profesionales, quedando afectada por lo que se disponga en esta última. Dicha normativa establecerá la imposibilidad del ejercicio simultáneo de las funciones de defensa técnica con las funciones relativas a la práctica de actos procesales de comunicación con capacidad de certificación, así como de cumplimiento de los embargos y demás actos de ejecución para los que se requiera la condición de agente de la autoridad”. En la nueva redacción el art. 23.3 LEC estableció: “El procurador legalmente habilitado podrá comparecer en cualquier tipo de procesos sin necesidad de abogado, cuando lo realice a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitados por el juez, tribunal o secretario judicial. Al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna. El ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales es compatible excepto para aquellas funciones en las que el procurador ostente la condición de agente de la autoridad”.

la memoria del análisis de impacto normativo, que no sólo estima que redundará en menores cargas y ventajas para los usuarios de estos servicios, sino que toma especialmente en consideración los informes de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la materia (años 2009 y 2012) y toda una línea de evaluación emprendida por la Comisión Europea sobre la justificación del ejercicio simultáneo de ambas profesiones (lo que ha dado lugar a un “Eu Pilot”, observación anterior al procedimiento de infracción del artículo 258 TFUE); y, de otro, la posición en este punto del Ministerio de Justicia (y del CGPJ en su informe de fecha 31 de enero de 2014), los cuales ponen de relieve que la pretendida compatibilidad en ningún caso puede afectar a funciones realizadas por el procurador en ejercicio de funciones públicas (actos de comunicación procesales y actos de ejecución) y sí únicamente a funciones de representación técnica²⁴.

Este punto es especialmente clave, por cuanto ya el Consejo opinó en su dictamen de 30 de enero de 2014, que las funciones cuyo desempeño pretende atribuirse a los procuradores por la reforma proyectada de la LEC, en particular la ejecución de actos procesales, implican un evidente ejercicio de prerrogativas de poder público. Además, si la atribución por dicha reforma de actos procesales de ejecución a los procuradores suscita importantes objeciones²⁵, suscita dudas de mucho mayor calado el que esas mismas funciones de colaboración con la Administración de Justicia fuesen desempeñadas por el abogado de una de las partes en el proceso. Lo que lleva al Consejo a entender que “el problema que aquí interesa, en definitiva, no es tanto el de la compatibilidad entre la profesión de procurador “tradicional” y la de abogado, sino el de la compatibilidad de esta última profesión con la que desempeñaría el nuevo procurador de los tribunales, que, además de sus clásicas funciones de representación, asumiría otras de ejecución y comunicación procesales en sustitución del Secretario Judicial”.

Pues bien, desde este punto de vista, y de acuerdo con lo sostenido por el Consejo de Estado en su dictamen 1.250/2013, se realizaron dos tipos de

²⁴ Como bien pone de manifiesto el Consejo de Estado (apartado 5.IV): “aunque el proceso de adaptación sería largo y costoso, a lo que no subviene de forma suficiente, en su opinión, lo previsto por la disposición transitoria cuarta del anteproyecto, que condiciona la efectividad de esta norma a la instalación, ubicación y adecuado funcionamiento por parte de los Colegios de abogados de los servicios de recepción de notificaciones y prevé que, entretanto, el Ministerio de Justicia acometerá las actuaciones necesarias que permitan el acceso efectivo a LexNet a todos los abogados”.

²⁵ Cfr. Dictamen 30 de enero de 2014: “pues, “lejos de constituir funciones meramente auxiliares o instrumentales, las referidas actuaciones de ejecución afectan al núcleo esencial de la actividad judicial [...]; [por lo que] su realización no debería quedar en manos de quien finalmente es un representante de la parte en el proceso, y ni el requisito de que su intervención haya de ser previamente autorizada por el Secretario judicial, ni el sometimiento a la dirección de éste parecen cautelas suficientes para salvar tales reparos”.

observaciones. En primer lugar, que la supresión de la incompatibilidad de ambas profesiones, requeriría una reforma paralela de los artículos 542.1 y 543.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (los cuales establecen la exclusividad de ambas funciones), que no llevaban a cabo aquel anteproyecto ni este; y, además, habría de completarse con toda una serie de reglas en la LEC dirigidas a ordenar tal compatibilidad, diferenciando claramente la actuación de unos y otros profesionales en cada momento procesal. En segundo lugar, que no es suficiente con que el proyectado artículo 23.3 LEC prevea en su último inciso que “el ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales es compatible excepto para aquellas funciones en las que el procurador ostente la condición de agente de la autoridad”. Pues, como con detalle se razonó en el dictamen al anteproyecto de Ley de reforma de la LEC, “el desempeño por el abogado de una de las partes de las nuevas tareas que la proyectada reforma de la LEC atribuye al procurador resultaría incompatible con la independencia y apariencia de la misma que debe exigirse a quien como abogado actúe como colaborador de la Administración de Justicia.

Para el Consejo, no puede ignorarse la naturaleza radicalmente diferente de las funciones de abogado y procurador: si en el caso de los segundos es posible aceptar la realización de actos de comunicación y, con precisiones y ciertas cautelas adicionales, la de algunos actos de ejecución, en el caso de los abogados el conflicto de intereses sería, en ambos supuestos, mucho más intenso y manifiesto”. De este modo, la salvedad mencionada únicamente sería admisible si claramente se estableciese que quedan excluidas de tal compatibilidad el ejercicio simultáneo de funciones de defensa jurídica, de actos de comunicación con capacidad de certificación, el cumplimiento del embargo y los demás actos para los que se requiera la condición de agente de la autoridad. Esto llevó al Consejo a manifestarse contra la reforma del art. 23.3 LEC por parte de la disposición final cuarta, apartado uno, del anteproyecto.

b) La supresión del arancel de los procuradores

Respecto de esta cuestión, lo verdaderamente relevante es la lectura que hace el Consejo del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en relación a la profesión de procurador. El anteproyecto, en su disposición final cuarta del anteproyecto daba nueva redacción al artículo 242.4 LEC y establece lo siguiente: “Se regularán con sujeción a los aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios, y a los procuradores y profesionales en el ejercicio de sus funciones como agente de la autoridad, que a ellos estén sujetos. La remuneración del resto de funciones de los procuradores será pactada libremente por las partes”.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el artículo 42 del anteproyecto establece la prohibición de recomendaciones sobre honorarios, con la excepción de los Colegios de Abogados y los Colegios de Procuradores que podrán “elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados y procuradores”; y que su disposición transitoria tercera mantiene la validez de los derechos devengados por los procuradores con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, que se regirán por lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de iniciarse el procedimiento.

Pues bien, en el vigente artículo 242 de la LEC, que ordena todo lo relativo a la “solicitud de tasación de costas”, se establece simplemente en su apartado 4 que “se regularán con sujeción a los aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios, procuradores y profesionales que a ellos estén sujetos”, de forma que lo rigurosamente nuevo son los dos incisos antes remarcados: uno, que la sujeción a arancel lo será sólo cuando se ejerzan funciones como agentes de la autoridad, es decir, inequívocamente públicas; dos, que en el resto la remuneración será pactada de forma libre por las partes. Las posturas de las autoridades de Competencia, del Ministerio de Justicia y del CGPJ eran netamente diferentes en esta cuestión. Competencia abogaba por la supresión de los aranceles de tipo fijo, el Ministerio entendía que el arancel compensa la asimetría informativa entre clientes y procuradores, en un servicio tan tecnificado como el jurídico, mientras que el CGPJ estimaba que, en cuanto supone el ejercicio de una profesión liberal, resultaba adecuado que se supriman los aranceles de los procuradores para la retribución de su actividad de representación procesal, de indiscutible carácter privado, aunque no en el caso en que el procurador desempeñe funciones como agente de la autoridad (es decir, ejecución de embargos), “al tratarse de una incuestionable actividad pública, ejercida por delegación del Secretario judicial y bajo su dirección”.

Para el Consejo de Estado, la cuestión cabría plantearla desde la óptica del cumplimiento de un requisito de la Directiva 2006/123/CE ya incorporado a nuestro ordenamiento, en este caso por el artículo 11.1.g) de la Ley 17/2009, el cual establece lo siguiente: “Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa 1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a: (...) g) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos”.

Ahora bien, las nuevas funciones de los procuradores estarían excluidas de la Directiva 2006/123/CE en virtud de su artículo 2.2.l) o, mejor, de la aplicación de la Ley 17/2009 por su artículo 2.2.i), el cual excluye de su ámbito a “las acti-

vidades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles”. Y también en el sentido de que las funciones que entrañen tal carácter no tienen una naturaleza económica que justifique sin más la aplicación de las normas de libre competencia, sino que pueden explicar un régimen de reserva de funciones y de control público de los precios.

Para el Consejo quedaba claro que el supuesto que la norma trata precisamente de regular -al suprimir el arancel de los procuradores- es aquel en el que éstos desempeñan las restantes funciones en las que no actúan como agentes de la autoridad. Por ello, no entrañan tales funciones, eminentemente las de representación procesal, ejercicio de autoridad pública y pueden ser sometidas a un régimen de precios en libre competencia. Y ello, aun cuando dicha salvedad (la relativa a “las funciones que se ejerzan como agente de la autoridad”) pueda y deba delimitarse mejor.

Sin embargo, el Consejo añade dos tipos de consideraciones sobre lo que podría suponer la puesta en práctica de este sistema. En primer lugar, desde el punto de vista de la coherencia normativa, afirma que carece de lógica que en el anteproyecto de reforma de la LEC se haya modificado su artículo 243.2, segundo párrafo, relativo a la práctica de la tasación de costas en un sentido, y que en el sometido a consulta posteriormente se modifique el artículo 242.4 LEC en el sentido de suprimir el arancel de los procuradores, sin una visión de conjunto. El anteproyecto de Ley de modificación de la LEC que se presentó en 2013 diseñaba un sistema mixto en el que la realización de los actos de colaboración con la Administración de Justicia corresponderá en unos casos al procurador de la parte (cuando así lo solicite ésta y, en el caso de los actos de ejecución, siempre que el Secretario judicial así lo autorice), pero en los restantes seguirá siendo competencia del Secretario judicial llevar a cabo las comunicaciones y ejecuciones.

De otro lado, parece claro que ni la decisión sobre este sistema ni la cuestión relativa al régimen de retribución de los procuradores pueden desconectarse de la del modelo aún más amplio de representación técnica y defensa procesal -en régimen de compatibilidad o no-, a la que antes se hizo referencia; y que debieran por ello plantearse con un enfoque integrado de política legislativa.

c) La modificación de los requisitos de habilitación profesional y acceso a las profesiones de abogado y procurador

El anteproyecto de Ley, en su disposición final quinta modificaba los

apartados 2, 3 y 4 del artículo 1 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (si bien reproduce el precepto entero, incluido su apartado 1, por lo que debiera decir mejor que éste es “objeto de nueva redacción”, o bien reproducir sólo los apartados que se modifican), estableciendo disposiciones que tenían un hondo calado en distintos órdenes normativos, entre ellos el universitario.

El precepto señalaba a los abogados y procuradores de tribunales como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad. La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por la ley –decía el anteproyecto- sería necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente impusiese o facultase la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía.

La reforma determinaba que la obtención del título profesional de abogado habilitará igualmente para el desempeño de las funciones de representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que la ley les autorice con la excepción de aquellas que requieran la condición de agente de la autoridad. La obtención del título profesional de procurador de los tribunales en la forma determinada por la ley se considera necesaria para desempeñar la representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador, realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que la ley les autorice, así como para utilizar la denominación de procurador de los tribunales, sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la procura.

La obtención del título profesional de procurador habilita igualmente para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado. Finalmente, la norma determinaba que la obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación [en los correspondientes colegios profesionales]. Para el ejercicio simultáneo de las funciones propias de la abogacía y de la

procura en los casos en que sea compatible sólo será necesaria la incorporación a un Colegio profesional de abogados o de procuradores”.

Como no podía ser de otra manera, el Consejo advirtió que, en coherencia con la supresión del régimen de incompatibilidad entre ambas funciones, lo que el modificado precepto pretende es llevar al ámbito del acceso a las profesiones de abogado y procurador la misma simultaneidad de actividades profesionales. El Consejo entendió que la técnica, sin embargo, era deficiente por la sencilla razón de que la regulación del acceso depende -como el propio precepto reconoce- de la obtención de un título superior (bien que sea el mismo: licenciado en Derecho), de una determinada capacitación profesional (desarrollada por Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales) y de la obligatoria adscripción a un Colegio (si bien el apartado 4 aplica una especie de sistema de reconocimiento, para aquellos casos en que el ejercicio sea compatible, permitiendo que la incorporación a uno de los Colegios que ordenan ambas profesiones sea suficiente). En definitiva, se altera profundamente el sistema de acceso, en la misma medida y por las mismas razones que se hizo posible la compatibilidad de su ejercicio. Toda vez que a esta última alteración se hicieron reparos en el apartado a) anterior, los mismos resultan ahora oponibles.

Nótese, además, que ello tiene una lógica de fondo claramente perceptible y es la de que hay ciertas funciones de estas profesiones que no puedan desgajarse como tales o aislarse en un sistema puro, como pretenden los apartados 2 y 3: “... habilitará igualmente para el desempeño de las funciones de representación legal de las partes”, “... habilita igualmente para el desempeño de la asistencia letrada en [los] procesos judiciales y extrajudiciales”, con independencia o abstracción hecha del sentido que imponen a dichas funciones, no sólo la tradición histórica ni la práctica forense, sino su vigente y completa regulación en la LOPJ, en la LEC y en sus respectivos Estatutos Generales. Desde luego que tal sistema puede ser modificado, pero del modo y con el alcance que pretendían ambos anteproyectos, el de reforma de la LEC y el de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicha modificación es incompleta, pues, como afirmó el dictamen 1.250/2013, “aun si se hicieran la procuradoría y la abogacía dos profesiones en general compatibles, permitiéndose su ejercicio conjunto por una misma persona, una parte de las funciones integrantes de la primera no estarían abiertas a la segunda, pues quien ejerza como abogado de una de las partes en un proceso (es decir, asuma su defensa técnica) no podría simultáneamente realizar los actos de comunicación y/o de ejecución que el Anteproyecto encomienda a los procuradores”, y ello por las exigencias de independencia e imparcialidad que ya antes fueron puestas de relieve.

El Consejo terminó concluyendo que hubiese resultado deseable en esta materia un enfoque mucho más sosegado de la cuestión relativa al ejercicio de ambas profesiones, el cual -sin renunciar a los objetivos que el anteproyecto ahora sometido a consulta persigue- los incluya dentro de una tramitación armónica por parte de todos los Departamentos implicados que regule el acceso y el ejercicio de ambas profesiones, partiendo de una nítida diferenciación de funciones entre ambas (“teniendo en cuenta tanto la tradición histórica como la práctica forense, pues con ello se protegería mejor la concurrencia leal entre profesionales y también la seguridad del “usuario” de sus servicios”: dictamen 1.250/2013) y que, de modo coherente, contemple su regulación en los diversos niveles: representación y defensa técnica en el plano de la máxima norma jurisdiccional (LOPJ), funciones procesales en el sistema de la LEC (incluyendo el detalle último de la misión del procurador como colaborador de la Administración de Justicia y su modelo de retribución) y replanteamiento en paralelo de las exigencias de capacitación, titulación y colegiación para ambas profesiones (Ley 34/2006).

3. CRITERIOS OFRECIDOS POR EL TJUE A PROPÓSITO DE LOS NOTARIOS

Una vez analizado el marco comunitario y legal, así como las propuestas de reforma de la Ley de Colegios y Servicios Profesionales en España, es preciso que acudamos, como indicamos al inicio del estudio, a la búsqueda de criterios que permitan delimitar actividades privatizables de actividades no privatizables en la jurisprudencia nacida de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para ello vamos a centrarnos en una cuestión, la exigencia del requisito de nacionalidad para el acceso a la profesión y al establecimiento de notarios en distintos Estados miembros, que, enmarcada en el ámbito del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, tiene relevancia en el ámbito de las libertades de establecimiento y prestación de servicios. Recordemos que la Ley 17/2009, transpositora de la Directiva de Servicios, dejaba fuera de su ámbito a las profesiones de notarios y registradores. Sin embargo, las disquisiciones hechas por el TJUE en torno al carácter público de la actividad notarial adquieren una relevancia especial a efectos del sentido del presente estudio.

Iniciaremos, pues, el análisis partiendo de las conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de septiembre de 2010, pasando, a continuación, a 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. Grecia²⁶, jurisprudencia que ha tenido un hondo impacto sobre la configuración comunitaria del concepto de actividades públicas en el ámbito de la fe pública notarial.

El fondo de los asuntos tratados versaba 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 público²⁷. 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.

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 propia²⁸. El artículo 43 CE (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 establecimiento²⁹. Esto implica, según el TJUE, que el artículo 43 CE (actual art. 49 TFUE) prohíbe a cada Estado miembro prever en su legislación, para las personas que hagan uso de

²⁶ 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.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, Rec. p. I-4105, apartado 77.

²⁸ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 77; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 78.

²⁹ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 80.

su libertad de establecerse en él, condiciones para el ejercicio de sus actividades que sean diferentes de las fijadas para sus propios nacionales³⁰.

Para el TJUE el concepto de “ejercicio del poder público” en el sentido del art. 45 CE (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 miembros³¹. 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 disposición³². En este sentido la excepción del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE) debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público³³.

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 público³⁴, 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 autoridades³⁵, o determinadas actividades que

³⁰ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 79.

³¹ Sentencia Comisión/Bélgica, 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.

³² Sentencia Comisión/Bélgica, 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.

³³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 85; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 84; Sentencia 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.

³⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 86; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 86.

³⁵ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 85; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 86.

no implican el ejercicio de facultades decisorias, de poderes coercitivos, o de poderes de compulsión³⁶.

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 autenticación³⁷. 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 público³⁸, 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 público³⁹.

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 CE (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 necesarias para ello⁴⁰. El asesoramiento y la asistencia jurídica que el notario presta al autenticar actos y contratos no puede considerarse

³⁶ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 86.

³⁷ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 89 a 92; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 91.

³⁸ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 95 y 96.

³⁹ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 96.

⁴⁰ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 96; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 97.

como una participación del poder público incluso cuando hay una obligación legal de prestar tal asesoramiento o asistencia⁴¹.

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 notario⁴². 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 ejecutiva⁴³. 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 autenticarlos⁴⁴.

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 resuelve⁴⁵. No cabe considerar, por tanto, que esas funciones del notario estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público⁴⁶. Las mismas conclusiones son válidas para las funciones notariales que tienen atribuidas en el marco de la compraventa de inmuebles⁴⁷.

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

⁴¹ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 99; Sentencia Reyners, Rec. p. 631, apartado 52.

⁴² Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 100; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 101

⁴³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 103; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 104.

⁴⁴ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 93.

⁴⁵ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 106 y 107; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 107.

⁴⁶ Sentencia Thijssen, Rec. p. I-4047, apartado 21; Sentencia de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 41 y 42; Sentencia Comisión/Alemania, Rec. p. I-4355, apartados 42 y 43; Sentencia Comisión/Portugal, Rec. p. I-4275, apartados 37 y 41.

⁴⁷ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 108; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 109.

autorización del juez competente⁴⁸. 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 público⁴⁹. 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 público⁵⁰. 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 público⁵¹.

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 notario⁵².

Tampoco pueden considerarse actividades investidas de poder público, según el TJUE, en el sentido de la exclusión del art. 45 CE (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 hecho⁵³. Las mismas consideraciones son aplicables a los actos de constitución de sociedades, asociaciones y fundaciones que deben formalizarse en documento autenticado⁵⁴. 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

⁴⁸ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 109.

⁴⁹ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 110.

⁵⁰ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 111.

⁵¹ Sentencia Comisión/Bélgica, cit., apartado 112; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 112.

⁵² Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 113.

⁵³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 113.

⁵⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 114.

en el caso del impuesto sobre el valor añadido que puede realizar cualquier sujeto privado⁵⁵.

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 CE⁵⁶ (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 público⁵⁷, 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 actividades⁵⁸. 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 miembros⁵⁹.

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 2000⁶⁰, 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 2003⁶¹, 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 2004⁶², 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

⁵⁵ Sentencia Comisión/Francia, Rec. p. I-4195, apartado 98; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 115; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 114.

⁵⁶ Sentencia Comisión/Francia, Rec. p. I-4195, apartado 96; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 116; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 115.

⁵⁷ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 117; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 116.

⁵⁸ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 118

⁵⁹ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 124; Sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo, C-473/93, apartado 35.

⁶⁰ DO L12, de 16.1.2001.

⁶¹ DO L338, de 23.12.2003.

⁶² DO L143, de 30.4.2004.

en un Estado miembro⁶³. 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 n° 44/2001, es necesaria la intervención de una autoridad pública o de cualquier otra autoridad habilitada por el Estado⁶⁴.

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 afirmaba que el art. 45 CE (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 Española⁶⁵, 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 CE (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 asignadas⁶⁶.

⁶³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 55.

⁶⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, 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, cit., apartado 105.

⁶⁵ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-405/01, Rec. p.I-10391.

⁶⁶ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 122.