SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 24 de mayo de 2011 *

En el asunto C-53/08,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 12 de febrero de 2008,

Comisión Europea, representada por los Sres. G. Braun y H. Støvlbæk, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

apoyada por:

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado por la Sra. S. Behzadi-Spencer, en calidad de agente,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: alemán.

contra

República de Austria, representada por los Sres. E. Riedl, M. Aufner y G. Holley, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por:

República Checa, representada por el Sr. M. Smolek, en calidad de agente,

República Federal de Alemania, representada por el Sr. M. Lumma y la Sra. J. Kemper, en calidad de agentes,

República Francesa, representada por los Sres. G. de Bergues y B. Messmer, en calidad de agentes,

República de Letonia, representada por las Sras. L. Ostrovska, K. Drēviņa y J. Barbale, en calidad de agentes,

República de Lituania, representada por el Sr. D. Kriaučiūnas y la Sra. E. Matulionytė, en calidad de agentes,

República de Hungría, representada por las Sras. R. Somssich y K. Veres, y por el Sr. M. Fehér, en calidad de agentes,

República de Polonia, representada por los Sres. M. Dowgielewicz y C. Herma, y por la Sra. D. Lutostańska, en calidad de agentes,

República de Eslovenia, representada por las Sras. V. Klemenc y Ž. Cilenšek Bončina, en calidad de agentes,

República Eslovaca, representada por el Sr. J. Čorba, en calidad de agente,

partes coadyuvantes,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (Ponente) y J.-J. Kasel, Presidentes de Sala, y la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. E. Juhász, G. Arestis y M. Ilešič, la Sra. C. Toader y el Sr. M. Safjan, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Cruz Villalón;
Secretario: Sr. M.-A. Gaudissart, jefe de unidad;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 27 de abril de 2010;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de septiembre de 2010;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (DO 1989, L 19, p. 16), en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001 (DO L 206, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 89/48»), y de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO L 255, p. 22), así como de los artículos 43 CE y 45 CE al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario y al no haber transpuesto, en relación con esta profesión, la Directiva 89/48 y/o la Directiva 2005/36.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

2 Según el duodécimo considerando de la Directiva 89/48 «el sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior no prejuzga en absoluto la aplicación del [artículo 45 CE]».

3 El artículo 2 de la Directiva 89/48 tenía la siguiente redacción:

«La presente Directiva se aplicará a todos los nacionales de un Estado miembro que se propongan ejercer, por cuenta propia o ajena, una profesión regulada en un Estado miembro de acogida.

La presente Directiva no se aplicará a las profesiones que sean objeto de una Directiva específica que establezca entre los Estados miembros un reconocimiento mutuo de los títulos.»

4 La profesión de notario no ha sido objeto del tipo de regulación al que se refiere dicho artículo 2, párrafo segundo.

5 La Directiva 89/48 establecía un plazo de transposición que vencía, según lo dispuesto en su artículo 12, el 4 de enero de 1991.

6 La Directiva 2005/36 derogó, en virtud de su artículo 62, la Directiva 89/48 con efectos a partir del 20 de octubre de 2007.

7 El noveno considerando de la Directiva 2005/36 tiene la siguiente redacción:

«Al tiempo que se mantienen, por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, los principios y las garantías que subyacen a los distintos sistemas de reconocimiento vigentes, las normas de tales sistemas deben mejorarse a la luz de la experiencia. Por otra parte, las Directivas correspondientes han sufrido diversas modificaciones, por lo que se impone una reorganización, así como la racionalización de sus disposiciones, dando uniformidad a los principios aplicables. Por consiguiente, es preciso sustituir [la Directiva 89/48].»

8 El decimocuarto considerando de esta Directiva dispone:

«El mecanismo de reconocimiento establecido por [la Directiva 89/48] queda inalterado. […]»

9 A tenor del cuadragésimo primer considerando de la Directiva 2005/36, ésta «no prejuzga la aplicación del artículo 39 [CE], apartado 4, ni del artículo 45 [CE] [en lo que se refiere] en particular a los notarios».

Normativa nacional

Organización general de la profesión notarial

10 En el ordenamiento jurídico austriaco, los notarios ejercen su actividad como una profesión liberal. La organización de la profesión notarial está regulada por la Notariatsordnung (Código del Notariado), de 25 de julio de 1871 (RGBl. 75/1871), en su versión resultante del BGBl. I, 164/2005 (en lo sucesivo, «NO»).

11 Con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la NO, los notarios son «nombrados por el Estado, están investidos de fe pública y su función es autorizar y expedir [...] documentos auténticos relativos a declaraciones, actos jurídicos y hechos que puedan generar derechos [y] conservar en su protocolo los documentos otorgados por las partes».

12 En virtud del artículo 8 de la NO, los notarios ejercerán sus funciones en todo el territorio de la República de Austria.

13 El número de notarios, su ubicación y su residencia se determinarán mediante Decreto del Ministro de Justicia, tal como dispone el artículo 9 de la NO.

14 Los honorarios de los notarios quedan fijados con arreglo a lo dispuesto por la Bundesgesetz über den Notariatstarif (Notariatstarifgesetz) (Ley federal relativa al baremo de los honorarios de los notarios), de 8 de noviembre de 1973 (BGBl. 576/1973), en su versión modificada, y la Bundesgesetz über die Gebühren der Notare als Beauftragte

des Gerichtes (Gerichtskommissionstarifgesetz) (Ley federal relativa al baremo de los honorarios de los notarios en su función de auxiliares del tribunal), de 3 de mazo de 1971 (BGBl. 108/1971), en su versión modificada.

15 Con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), de la NO, sólo los ciudadanos austriacos podrán desempeñar el cargo de notario.

Las actividades notariales

16 Las actividades que el ordenamiento jurídico austriaco atribuye a los notarios pueden agruparse en tres categorías.

17 En primer lugar, con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la NO, el notario es competente para la autenticación de actos o contratos. La intervención del notario puede ser obligatoria o facultativa, en función del documento que haya de autenticarse. Mediante esta intervención, el notario constata que se reúnen todos los requisitos legalmente exigibles para la realización del acto, así como la capacidad jurídica y de obrar de las partes.

18 En virtud del artículo 292, apartado 1, de la Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung) (Código de procedimiento civil), de 1 de agosto de 1895 (RGBl. 113/1895), en su versión modificada (en lo sucesivo, «ZPO»), que figura en el capítulo III, titulado «Pruebas documentales», de la primera sección de la segunda parte de dicho Código, los documentos intervenidos notarialmente tienen valor probatorio. Esta disposición establece que los documentos autenticados, a saber, en particular, los constituidos por una persona con la facultad de dar fe pública en el ámbito de su competencia y en la forma prescrita, serán

plenamente fehacientes de lo consignado por dicha persona. La prueba del carácter inexacto de los sucesos o hechos consignados, así como de la autenticación, es admisible en virtud del apartado 2 de dicha disposición.

19 El artículo 272 de la ZPO consagra el principio de la libre apreciación de las pruebas por el juez.

20 Con arreglo al artículo 3 de la NO, un documento intervenido notarialmente goza de fuerza ejecutiva si concurren determinados requisitos, tales como, particularmente, el sometimiento del deudor a la ejecución forzosa sin que haya necesidad de un procedimiento previo.

21 En virtud del artículo 1 de la Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung) (Código de ejecuciones) de 27 de mayo de 1896 (RGBl. 79/1896), en su versión modificada, los documentos intervenidos notarialmente mencionados en el artículo 3 de la NO son títulos ejecutivos en el sentido y a los efectos de dicho Código.

22 De lo dispuesto por el Código de ejecuciones, en su versión modificada, resulta que el notario no participa en el marco de la ejecución forzosa.

23 En segundo lugar, de conformidad con el artículo 5 de la NO, el notario es competente para redactar documentos privados y para representar a las partes en el marco de determinados procedimientos que se enumeran con carácter limitativo en dicha disposición.

24 En tercer lugar, en tanto «Gerichtskommissär», el notario ejerce, en el marco de determinados procedimientos no contenciosos, las actividades que se enumeran en el artículo 1, apartado 1, de la Bundesgesetz über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes im Verfahren außer Streitsachen (Gerichtskommissärsgesetz)

(Ley federal relativa a los administradores judiciales), de 11 de noviembre de 1970 (BGBl. 343/1970), en su versión resultante del BGBl. I, 112/2003 (en lo sucesivo, «GKG»).

25 Estas actividades comprenden determinadas funciones en materia de Derecho sucesorio a efectos de la liquidación de la sucesión como, en particular, la certificación de la defunción, la formación del inventario de la sucesión, la determinación de los llamados a la sucesión y la recepción de sus declaraciones de aceptación de la herencia, la conservación de ésta, así como la adopción de las medidas cautelares necesarias a tal efecto.

26 La Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz) (Ley federal sobre procedimientos jurisdiccionales no contenciosos) (BGBl. I, 111/2003), en su versión modificada (en lo sucesivo, «AußStrG»), estable normas detalladas a este respecto. Así, del artículo 144, apartado 3, de esta Ley, resulta que el notario debe presentar inmediatamente el expediente al tribunal si éste lo solicita o si es preciso adoptar una resolución judicial.

27 Asimismo, de los artículos 160 y 161 de la AußStrG resulta que, en el supuesto de que se produzcan declaraciones contradictorias de aceptación de la herencia y no se logre alcanzar ningún acuerdo al respecto, el notario debe remitir el asunto al tribunal quien, tras examinar las pretensiones de las partes y las pruebas presentadas, determinará los derechos de los herederos.

28 En virtud del artículo 166, apartado 2, de la AußStrG, las disputas relativas a la pertenencia de un bien a la masa hereditaria serán solventadas por el tribunal.

29 Con arreglo a los artículos 177 y 178 de la AußStrG, el tribunal adjudica la herencia a los herederos mediante auto.

30 Fuera del ámbito del Derecho sucesorio, otras funciones atribuidas al notario en virtud de la GKG comprenden, en particular, la tasación y la venta de bienes muebles e inmuebles, la formación de inventarios y la tramitación de la división del patrimonio de mutuo acuerdo.

31 En virtud del artículo 1, apartado 2, de la GKG quedan fuera de la competencia del notario, en particular, la adopción de resoluciones judiciales, el levantamiento de actas sobre compromisos judiciales así como la facultad de imponer medidas coercitivas en el sentido del artículo 79 de la AußStrG.

32 Con arreglo al artículo 7 de la GKG, el notario debe desempeñar las funciones descritas en los apartados 24 a 30 de la presente sentencia en los plazos establecidos por el tribunal. De no cumplirse dichos plazos, se pondrá fin a su mandato y se designará a otro notario en su lugar.

33 Según se desprende del artículo 7a de la GKG, el notario ejerce las funciones mencionadas anteriormente bajo la tutela del juez. A este respecto, el juez puede, en particular, realizar las investigaciones necesarias, solicitar al notario informes relativos a su actividad y encomendarle ciertas tareas de administración. Asimismo, en virtud del apartado 2 de dicha disposición, las controversias relativas a las medidas adoptadas por el notario o a su conducta deberán someterse al tribunal.

Procedimiento administrativo previo

34 La Comisión recibió una denuncia relativa al requisito de nacionalidad para el acceso a la profesión de notario en Austria. Tras examinar dicha denuncia, la Comisión, mediante escrito de 8 de noviembre de 2000, requirió a la República de Austria para que le presentara en un plazo de dos meses sus observaciones en relación en particular, por una parte, con la conformidad con el artículo 45 CE, párrafo primero, de dicho requisito de nacionalidad, y, por otra parte, con la falta de transposición de la Directiva 89/48 en lo referente a la profesión de notario.

35 Mediante escrito de 23 de enero de 2001, la República de Austria respondió a dicho escrito de requerimiento.

36 La Comisión remitió a este Estado miembro, el 16 de julio de 2002, un escrito de requerimiento complementario en el que le imputaba haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero, y de la Directiva 89/48.

37 Dicho Estado miembro respondió a este escrito de requerimiento complementario mediante un escrito fechado el 12 de septiembre de 2002.

38 Al no estimar satisfactorias las alegaciones de la República de Austria, la Comisión remitió a este Estado miembro el 18 de octubre de 2006 un dictamen motivado en el que se declaraba que éste había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero, y de la Directiva 89/48. Dicha institución instó al citado Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento al dictamen motivado en un plazo de dos meses contados a partir de su recepción.

39 Mediante escrito de 19 de diciembre de 2006, la República de Austria expuso los motivos por los que consideraba carente de fundamento la postura adoptada por la Comisión.

40 En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la primera imputación

Alegaciones de las partes

41 Mediante su primera imputación, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que, al permitir el acceso a la profesión notarial exclusivamente a sus propios nacionales, la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero.

42 Dicha institución destaca, a título preliminar, que el acceso a la profesión de notario no está supeditado a ningún requisito de nacionalidad en varios Estados miembros y que este requisito fue suprimido en otros Estados miembros, tales como el Reino de España, la República Italiana y la República Portuguesa.

43 La Comisión recuerda, en primer lugar, que el artículo 43 CE constituye una de las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión que tiene por objeto garantizar el trato nacional a cualquier ciudadano de un Estado miembro que se establezca, aunque sólo sea con carácter secundario, en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia y que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad.

44 La Comisión y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte alegan que el artículo 45 CE, párrafo primero, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme (sentencia de 15 de marzo de 1988, Comisión/Grecia, 147/86, Rec. p. 1637, apartado 8). A su juicio, en la medida en que contempla una excepción a la libertad de establecimiento respecto de las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, este artículo debe, además, ser interpretado en sentido estricto (sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, Rec. p. 631, apartado 43).

45 En consecuencia, la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, debería quedar limitada a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (sentencia Reyners, antes citada, apartados 44 y 45). Según la Comisión, el concepto de poder público implica el ejercicio de facultades decisorias que exceden del ámbito del Derecho común y que se traducen en la capacidad de actuar con independencia de la voluntad de otros sujetos o incluso en contra de la voluntad de los mismos. En particular, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el poder público se manifiesta a través del ejercicio de poderes coercitivos (sentencia de 29 de octubre de 1998, Comisión/España, C-114/97, Rec. p. I-6717, apartado 37).

46 La Comisión y el Reino Unido consideran que las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público deben distinguirse de las actividades ejercidas en aras del interés general, ya que diferentes profesiones tienen atribuidas competencias específicas relacionadas con el interés general sin que por ello participen en el ejercicio del poder público.

47 La Comisión y el Reino Unido señalan, asimismo, que el artículo 45 CE, párrafo primero, se refiere en principio a actividades determinadas y no a una profesión en su conjunto, a menos que las actividades de que se trate sean indisociables del conjunto de las ejercidas por dicha profesión.

48 En segundo lugar, la Comisión analiza las diferentes funciones que desempeñan los notarios en el ordenamiento jurídico austriaco.

49 Por lo que se refiere, en primer término, a la autenticación de actos y contratos, la Comisión alega que el notario se limita a dar fe de la voluntad de los otorgantes tras asesorarlos y a atribuir efectos jurídicos a esa voluntad. En el ejercicio de esta actividad, el notario, según la Comisión, no dispone de ninguna facultad decisoria frente a las partes.

50 Aduce que esta función de autenticación confiada a los notarios les impone, ciertamente, un alto nivel de competencia e integridad profesionales, sin, no obstante, hacerles participar de manera directa y específica en el ejercicio del poder público. A su juicio, el hecho de que en el orden jurídico austriaco se considere que esta actividad pertenece al ámbito del derecho preventivo y que el Estado se la haya atribuido a los notarios con el fin de reducir la carga de trabajo de los tribunales, no significa que dicha actividad pueda asimilarse a una misión propia de los poderes públicos.

51 Añade que, en la actualidad, muchas otras actividades consideradas anteriormente misiones propias de los poderes públicos han sido privatizadas o externalizadas.

52 En lo que respecta a las particularidades del régimen probatorio de los documentos intervenidos notarialmente, se confiere un valor probatorio comparable a otros documentos que no participan en el ejercicio del poder publico, como por ejemplo, las actas levantadas por los agentes rurales, los guardas forestales y los inspectores de caza y pesca.

53 Por lo que respecta a la fuerza ejecutiva de los documentos autenticados, la Comisión considera que la aposición de la fórmula ejecutiva es anterior a la ejecución propiamente dicha y no forma parte de la misma. De este modo, siempre según la Comisión, esta fuerza ejecutiva no confiere a los notarios ningún poder coercitivo, puesto que éstos no son órganos de la ejecución forzosa. Por otra parte, la Comisión señala que es el juez y no el notario quien resuelve las controversias que puedan surgir.

54 En lo que respecta, en segundo término, a las actividades del notario en tanto «Gerichtskommissär», la Comisión sostiene que no puede considerarse que éstas constituyan una participación en el ejercicio del poder público puesto que, en el marco de estas actividades, el notario carece de facultades decisorias o de poderes coercitivos, es decir, del poder de imponer una decisión a una parte en contra de su voluntad. En todo caso, afirma que estas actividades son preparatorias y auxiliares respecto de las realizadas por los órganos jurisdiccionales. Añade que, al adoptar las medidas cautelares destinadas a conservar la sucesión, el «Gerichtskommissär» no dispone de ningún margen de apreciación real.

55 En tercer lugar, la Comisión estima, en línea con lo sostenido por el Reino Unido, que las normas del Derecho de la Unión que contienen referencias a la actividad notarial no prejuzgan la aplicación de los artículos 43 CE y 45 CE, primer párrafo, a esta actividad.

56 En efecto, a juicio de la Comisión y del Reino Unido, tanto el artículo 1, apartado 5, letra d), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178, p. 1), como el cuadragésimo primer considerando de la Directiva 2005/36 sólo excluyen de su ámbito de aplicación las actividades notariales en la medida en que impliquen una participación directa y específica en el ejercicio del poder público. Así pues, concluyen, se trata de una mera reserva que no tiene ninguna incidencia en la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero. Por lo que respecta al artículo 2, apartado 2, letra l), de 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 (DO L 376, p. 36), el cual excluye las

actividades notariales del ámbito de aplicación de la misma, la Comisión señala que el hecho de que el legislador haya optado por excluir una actividad determinada del ámbito de aplicación de dicha Directiva no significa que el artículo 45 CE, párrafo primero, sea aplicable a esta actividad.

57 Por lo que respecta al Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1) y al Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143, p. 15), la Comisión estima que estos Reglamentos se limitan a establecer la obligación de que los Estados miembros reconozcan y doten de fuerza ejecutiva a los documentos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en otro Estado miembro.

58 Asimismo, sostiene que el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DO L 294, p. 1), el Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) (DO L 207, p. 1), y la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DO L 310, p. 1), no son pertinentes para resolver el presente litigio, puesto que se limitan a atribuir a los notarios –así como a otras autoridades competentes designadas por el Estado–, la función de dar fe del cumplimiento de determinados actos y formalidades que se exigen como requisito previo para el traslado del domicilio social y la constitución o fusión de sociedades.

59 La Comisión estima, asimismo, que 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 (DO C 292 E, p. 105; en lo sucesivo, «Resolución de 2006»), es un acto meramente político de contenido ambiguo, ya que, por una parte, en el apartado 17 de esta Resolución, el Parlamento Europeo afirma que el artículo 45 CE debe aplicarse a la profesión de notario, mientras que, por otra parte, en el apartado 2 de la misma, el Parlamento se reafirma en la posición que adoptó en su Resolución de 18 de enero de 1994 sobre la situación y la organización del notariado

en los doce Estados miembros de la Comunidad (DO C 44, p. 36; en lo sucesivo, «Resolución de 1994»), en la cual expresaba el deseo de que se suprimiera el requisito de la nacionalidad para acceder a la profesión de notario previsto en la normativa de diferentes Estados miembros.

60 La Comisión y el Reino Unido añaden que el asunto sobre el que recayó la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Rec. p. I-10391), al que hacen referencia varios Estados miembros en sus observaciones escritas, se refería al ejercicio por parte de los capitanes y primeros oficiales de buques de la marina mercante de un amplio catálogo de funciones de mantenimiento de la seguridad, de facultades de policía y de competencias en materia notarial y de estado civil. Así pues, a juicio de la Comisión y el Reino Unido, el Tribunal de Justicia no tuvo ocasión de analizar en detalle a la luz del artículo 45 CE, párrafo primero, las diferentes actividades ejercidas por los notarios. Por consiguiente, siempre según la Comisión y el Reino Unido, no cabe deducir de aquella sentencia que esta disposición sea aplicable a los notarios.

61 Por otro lado, a juicio de la Comisión, en contra de lo que sostiene la República de Austria, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece una distinción entre los notarios y las autoridades públicas y reconoce que un documento autenticado puede ser otorgado por una autoridad pública o por cualquier otra autoridad habilitada por el Estado (sentencia de 17 de junio de 1999, Unibank, C-260/97, Rec. p. I-3715, apartados 15 y 21).

62 La República de Austria, apoyada por la República Checa, la República Federal de Alemania, la República Francesa, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, estima que las actividades notariales participan en el ejercicio del poder público y, en consecuencia, están incluidas en la excepción establecida en el artículo 45 CE, apartado 1.

63 En primer lugar, la República de Austria sostiene que el artículo 45 CE garantiza el derecho de los Estados miembros a definir soberanamente las normas a las que desean

someter el acceso a las profesiones que participan duradera u ocasionalmente en el ejercicio del poder público. Según este Estado miembro, la Comisión basa su interpretación del artículo 45 CE en una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que no es pertinente para el caso de autos. Sostiene que, al contrario, en su sentencia Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que funciones atribuidas a los capitanes de buques españoles en materia notarial participaban en el ejercicio del poder público.

64 La República de Austria, la República Federal de Alemania, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca consideran, asimismo, que el ejercicio del poder público no puede circunscribirse exclusivamente a actividades que supongan el ejercicio de poderes de compulsión ni tampoco a aquellas ejercidas por los órganos jurisdiccionales. A su juicio, se pueden incluir igualmente otras actividades en el concepto de poder público caracterizadas, en particular, por el ejercicio de facultades especiales.

65 En segundo lugar, según la República de Austria, el estatuto particular de los notarios en el ordenamiento jurídico austriaco demuestra, debido, en particular, al procedimiento de nombramiento de éstos, y al régimen de inamovilidad, de incompatibilidad y de independencia que se les aplica, la pertenencia de los notarios al poder público. Este Estado miembro sostiene igualmente que la profesión de notario tiene carácter unitario y que las distintas actividades que se desempeñan en el marco de dicha profesión no pueden separarse de ésta.

66 En tercer lugar, la República de Austria aduce que la función de autenticación del notario tiene como finalidad resolver o evitar definitivamente reivindicaciones de carácter civil y procurar un título ejecutivo. Añade que los documentos notariales sólo pueden impugnarse por la vía jurisdiccional y por motivos estrictamente limitados.

67 Asimismo, sostiene que dichos documentos notariales poseen un mayor valor probatorio que vincula a los tribunales en cuanto a su facultad de apreciación. Afirma que éstos poseen igualmente fuerza ejecutiva. A su juicio, tanto el procedimiento de ejecución como el procedimiento previo a la emisión de un título ejecutivo son esenciales para el ejercicio del poder público por el Estado. De ello deduce que la actividad notarial que consiste en formalizar documentos autenticados está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público.

68 En cuarto lugar, en lo que respecta a las actividades que el notario ejerce en tanto «Gerichtskommissär», la República de Austria sostiene que éste participa en procedimientos cuasijurisdiccionales en materia sucesoria, en el marco de los cuales puede verse abocado a adoptar, independientemente de la voluntad de las partes, o incluso en contra de ésta, determinadas medidas cautelares para conservar la herencia, como, en particular, la prohibición de acceder a locales destinados a vivienda o comerciales, la colocación de precintos en éstos locales, el bloqueo o desbloqueo de cuentas bancarias, el depósito y la restitución de bienes patrimoniales, y determinadas diligencias de ordenación del procedimiento.

69 Este Estado miembro señala igualmente que el notario, cuando actúa como «Gerichtskommissär», genera la responsabilidad del Estado. Añade que a los efectos de la aplicación del Código penal se le considera un funcionario.

70 En quinto lugar, sostiene que los actos de derecho de la Unión mencionados en los apartados 56 a 58 de la presente sentencia sitúan a los documentos intervenidos notarialmente al mismo nivel que las resoluciones judiciales. Además, alega que el Parlamento confirmó en sus Resoluciones de 1994 y de 2006 que la profesión de notario participa en el ejercicio del poder público.

71 Asimismo, aduce que de la sentencia Unibank, antes citada, se desprende que la formalización de documentos autenticados por un funcionario público, como un notario, está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público.

Apreciación del Tribunal de Justicia

— Consideraciones preliminares

72 Mediante su primera imputación, la Comisión reprocha a la República de Austria obstaculizar el establecimiento en su territorio, con vistas a ejercer la profesión de notario, de nacionales de otros Estados miembros al permitir el acceso a esta profesión exclusivamente a sus propios nacionales, infringiendo de este modo el artículo 43 CE.

73 Así pues, esta imputación únicamente se refiere al requisito de nacionalidad exigido por la normativa austriaca en cuestión para acceder a dicha profesión en relación con el artículo 43 CE.

74 Por consiguiente, es necesario precisar que esta imputación no se refiere ni al estatuto o la organización del notariado en el ordenamiento jurídico austriaco, ni a las condiciones de acceso a la profesión de notario en este Estado miembro diferentes del requisito de nacionalidad.

75 Debe señalarse asimismo que, tal como indicó la Comisión en la vista, la primera imputación tampoco se refiere a la aplicación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios, como tampoco guarda relación con la aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de trabajadores.

— Sobre el fondo

76 Conviene recordar, de entrada, que el artículo 43 CE constituye una de las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Reyners, antes citada, apartado 43).

77 El concepto de establecimiento, en el sentido de esta disposición, es muy amplio e implica la 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 interpenetración económica y social en el interior de la Unión Europea en el ámbito de las actividades por cuenta propia (véase, en concreto, la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 24).

78 La libertad de establecimiento en el territorio de un Estado miembro reconocida a los nacionales de otro Estado miembro implica, en particular, el acceso a las actividades por cuenta propia y el ejercicio de las mismas en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales (véanse, en particular, la sentencia de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, 270/83, Rec. p. 273, apartado 13, y, en este sentido, la sentencia Comisión/Austria, antes citada, apartado 27). Dicho de otra forma, el artículo 43 CE prohíbe a cada Estado miembro prever en su legislación, para las personas que hagan uso de su libertad de establecerse en él, condiciones para el ejercicio de sus actividades que sean diferentes de las fijadas para sus propios nacionales (sentencia Comisión/Austria, antes citada, apartado 28).

79 Así pues, el artículo 43 CE tiene por objeto garantizar el beneficio del trato nacional a todo 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 establecimiento (sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 14).

80 Pues bien, en el presente asunto, la legislación nacional controvertida permite el acceso a la profesión de notario exclusivamente a los nacionales austriacos, estableciendo de este modo una diferencia de trato por razón de nacionalidad prohibida, en principio, por el artículo 43 CE.

81 La República de Austria alega, no obstante, que las actividades notariales quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE, ya que están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero. Así pues, es necesario, en un primer momento, analizar el alcance del concepto de ejercicio del poder público en el sentido de esta última disposición y, en un segundo momento, comprobar si las actividades encomendadas a los notarios en el ordenamiento jurídico austriaco encajan en ese concepto.

82 Por lo que se refiere al concepto de «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, debe señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la apreciación de este concepto debe tener en cuenta el carácter propio que en el Derecho de la Unión tienen los límites fijados por esta disposición a las excepciones permitidas al principio de libertad de establecimiento, con el fin de evitar que la eficacia del Tratado en materia de libertad de establecimiento quede desvirtuada por disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros (véanse, en este sentido, las sentencias Reyners, antes citada, apartado 50; Comisión/Grecia, antes citada, apartado 8, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal, C-438/08, Rec. p. I-10219, apartado 35).

83 Es también jurisprudencia reiterada que el artículo 45 CE, párrafo primero, constituye una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento y que, como tal, esta excepción debe interpretarse de tal modo que quede limitado el alcance de dicho artículo a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición (sentencias Comisión/Grecia, antes citada, apartado 7; Comisión/España, antes citada, apartado 34; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 45; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, C-393/05, Rec. p. I-10195, apartado 35; Comisión/Alemania, C-404/05, Rec. p. I-10239, apartados 37 y 46, y Comisión/Portugal, antes citada, apartado 34).

84 Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero, debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (sentencias Reyners, antes citada, apartado 45; de 13 de julio de 1993, Thijssen, C-42/92, Rec. p. I-4047, apartado 8; Comisión/España, antes citada, apartado 35; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, antes citada, apartado 46; Comisión/Alemania, antes citada, apartado 38, y Comisión/Portugal, antes citada, apartado 36).

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

86 Procede examinar, a la luz de las anteriores consideraciones, si las funciones que el ordenamiento jurídico austriaco atribuye a los notarios están directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público.

87 Para ello debe tomarse en consideración la naturaleza de las actividades desempeñadas por quienes ejercen esta la profesión (véase, en este sentido, la sentencia Thijssen, antes citada, apartado 9).

88 En primer lugar, para la formalización, con las solemnidades exigidas, de documentos autenticados, el notario debe comprobar, en particular, que se cumplen todos los requisitos legalmente exigidos para la realización del acto o contrato de que se trate. Por otra parte, el documento autenticado goza de valor probatorio y de fuerza ejecutiva.

89 A este respecto, procede señalar que, con arreglo a la legislación austriaca, se autentifican los actos o los contratos libremente celebrados por las partes. En efecto, éstas deciden por ellas mismas, dentro de los límites establecidos por la ley, el contenido de sus derechos y obligaciones y eligen libremente las estipulaciones a las que quieren someterse cuando presentan un acto o contrato para que el notario lo autentifique. La intervención de éste supone, pues, la previa existencia de un consentimiento o de un acuerdo de voluntades entre las partes.

90 Por otro lado, el notario no puede modificar unilateralmente el contrato que le es sometido para que lo autentifique sin contar previamente con el consentimiento de los otorgantes.

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

92 El hecho de que determinados actos o contratos deban autentificarse obligatoriamente so pena de nulidad no desvirtúa la anterior conclusión. En efecto, no es infrecuente que la validez de diferentes actos esté supeditada, en los ordenamientos jurídicos nacionales y conforme a las modalidades establecidas, a requisitos de forma o incluso a procedimientos obligatorios de validación.

93 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 autentificarlos.

94 Ciertamente, tal como destaca la República de Austria, el notario realiza esta comprobación en aras de un objetivo de interés general, cual es garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares. No obstante, la persecución de este objetivo no justifica por sí sola que las prerrogativas necesarias al efecto se reserven a los notarios que tengan la nacionalidad del Estado miembro de que se trate.

95 El hecho de actuar en aras de un objetivo de interés general no basta por sí mismo para considerar que una actividad concreta está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público. En efecto, es pacífico que las actividades realizadas en el marco de diferentes profesiones reguladas implican frecuentemente, en los ordenamientos jurídicos nacionales, la obligación de que las personas que las ejercen persigan tal objetivo sin que por ello estas actividades se consideren como una manifestación del poder público.

96 Sin embargo, la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del artículo 43 CE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad, siempre que sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesarias para ello.

97 Es también cierto que el notario debe negarse a autentificar un acto o un contrato que no reúna los requisitos legalmente exigidos, con independencia de la voluntad de las partes. No obstante, tras dicha negativa, las partes pueden subsanar la ilegalidad constatada, modificar las estipulaciones del acto o del contrato en cuestión o incluso renunciar a uno u otro.

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

99 En efecto, por lo que se refiere en particular al valor probatorio reconocido a un documento notarial, es preciso señalar que éste se encuadra en el régimen de la prueba legalmente establecido en el correspondiente ordenamiento jurídico. Así, el artículo 292 de la ZPO, en el que se precisa el valor probatorio de los documentos autenticados, forma parte del capítulo III, titulado «Pruebas documentales», de la primera sección de la segunda parte de dicho Código. El valor probatorio que la ley confiere a un determinado documento carece, pues, de incidencia directa a efectos de determinar si la actividad en el marco de la cual se formalizó dicho documento, considerada en sí misma, está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público, tal como exige la jurisprudencia (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartado 8, y Comisión/España, apartado 35).

100 Por otro lado, según resulta, en particular, del artículo 292, apartado 2, de la ZPO, se admite la prueba tanto del carácter inexacto de los sucesos y de los hechos consignados como de la autenticación.

101 En consecuencia, no puede afirmarse que un documento notarial, debido a su valor probatorio, vincule de manera incondicional al juez en el ejercicio de su facultad de apreciación puesto que consta que éste adopta su decisión según su convicción íntima teniendo en cuenta todos los hechos y pruebas presentados durante el procedimiento judicial. Por otro lado, el artículo 272 de la ZPO consagra expresamente el principio de la libre apreciación de las pruebas por el juez.

102 Por lo que respecta a la fuerza ejecutiva del documento autenticado, debe indicarse, tal como alegó la República de Austria, que ésta permite la ejecución de la obligación consignada en el mismo sin necesidad de la intervención previa del juez.

103 No obstante, la fuerza ejecutiva del documento autenticado no implica que el notario tenga atribuidas facultades directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público. En efecto, según se desprende del artículo 3 de la NO, la fuerza ejecutiva del documento notarial esta supeditada, en particular, al consentimiento del deudor a someterse a una eventual ejecución forzosa de dicho documento sin que se incoe un procedimiento previo. De ello se desprende que sin el consentimiento del deudor el documento notarial no goza de fuerza ejecutiva. Así pues, si bien la aposición por el notario de la fórmula ejecutiva en el documento autenticado confiere efectivamente a éste fuerza ejecutiva, ésta se basa en la voluntad de los otorgantes de celebrar un acto o un contrato, tras la comprobación por parte del notario de su conformidad con la ley, y de atribuir a dicho acto o contrato tal fuerza ejecutiva.

104 En segundo lugar, en lo que respecta a la competencia del notario para redactar documentos privados y representar a las partes en ocasiones muy concretas, procede recordar que no se pueden considerar como una participación en el ejercicio del poder público, el asesoramiento y la asistencia jurídica prestada por el notario, aun cuando sean preceptivas o constituyan una exclusividad impuesta por la Ley (véase, en este sentido, la sentencia Reyners, antes citada, apartado 52).

105 En tercer lugar, respecto de las actividades atribuidas al notario en virtud de la GKG, es preciso señalar que incumben al notario principalmente determinadas funciones en materia de Derecho sucesorio, como, particularmente, la certificación de la defunción, la formación del inventario de la sucesión, la determinación de los llamados a la sucesión, la conservación de la herencia y la adopción de medidas cautelares a tal efecto.

106 A este respecto, es preciso señalar, por un lado que el notario desempeña estas funciones bajo la tutela del juez y éste puede solicitar en todo momento al notario que emita un informe sobre el estado de dichas actividades, e incluso llevar a cabo una investigación al respecto, según se desprende del artículo 7a, apartado 1, de la GKG. En virtud del artículo 7 de dicha Ley, el juez puede igualmente poner fin al mandato otorgado al notario si no lleva a cabo estas tareas en los plazos impartidos para ello. Además, con arreglo al artículo 144, apartado 3, de la AußStrG, si el juez lo solicita, el notario deberá entregarle inmediatamente el expediente.

107 Por otro lado, según se desprende, en particular de los artículos 7a, apartado 2, de la GKG y 160, 161 y 166, apartado 2, de la AußStrG, el notario deberá remitir al juez toda controversia relativa a los diversos aspectos de la liquidación de la sucesión para que se pronuncie al respecto. Con arreglo a los artículos 177 y 178 de la AußStrG compete igualmente al juez la adjudicación de la herencia a los herederos y poner fin de este modo al procedimiento.

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

109 El hecho de que el notario pueda adoptar ciertas medidas cautelares o diligencias de ordenación en el desempeño de las funciones que se le atribuyen en materia sucesoria no desvirtúa esta conclusión. En efecto, esta competencia es de carácter accesorio respecto de la función principal del notario, a saber, la liquidación de la sucesión de que se trate, a la cual deben contribuir dichas medidas. Pues bien, según se desprende del apartado anterior de la presente sentencia, no cabe considerar que esta función esté directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público.

110 Lo mismo sucede con respecto a las otras funciones atribuidas al notario en virtud de la GKG, tales como, en particular, la tasación y la venta de bienes muebles e inmuebles, la formación de inventarios y la tramitación de la división del patrimonio de mutuo acuerdo, las cuales también se desempeñan bajo tutela del juez, según se desprende de los artículos 7 y 7a de la GKG.

111 En cuarto lugar, por lo que se refiere al estatuto específico de los notarios en el ordenamiento jurídico austriaco, baste señalar que, tal como se desprende de los apartados 84 y 87 de la presente sentencia, la apreciación de si a tales actividades les resulta de aplicación la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero, debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades en cuestión, consideradas en sí mismas, y no a la luz de aquel estatuto como tal.

112 No obstante, son necesarias dos precisiones al respecto. La primera de ellas consiste en hacer constar que, fuera de los supuestos en los que la designación de los notarios se realiza por ley, cada parte puede libremente elegir notario. Si bien es cierto que los honorarios de los notarios quedan fijados por la ley, no lo es menos que la calidad de los servicios prestados puede variar de un notario a otro en función, particularmente, de las aptitudes profesionales de las personas de que se trate. De ello se desprende que, dentro de los límites de sus correspondientes competencias territoriales, los notarios ejercen su profesión, tal como señaló el Abogado General en el punto 18 de sus conclusiones, en condiciones de competencia, lo cual no es propio del ejercicio del poder público.

113 La segunda precisión consiste en indicar que la República de Austria no puede invocar en contra de las anteriores consideraciones el hecho de que el notario, cuando actúa en tanto «Gerichtskommissär», genera la responsabilidad del Estado. En efecto, fuera de este caso concreto, el notario es el único responsable de los actos realizados en el marco de su actividad profesional.

114 En quinto lugar, tampoco resulta convincente la conclusión que la República de Austria deduce de determinados actos de la Unión. Por lo que se refiere a los actos mencionados en el apartado 56 de la presente sentencia, es preciso señalar que el hecho de que el legislador haya optado por excluir las actividades notariales del ámbito de aplicación de un determinado acto no implica que éstas deban necesariamente quedar comprendidas en la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero. Por lo que respecta, en particular, a la Directiva 2005/36, de la propia redacción de su cuadragésimo primer considerando, en el cual se declara que ésta «no prejuzga la aplicación […] del artículo 45 [CE] [en lo que se refiere] en particular a los notarios», se desprende que el legislador de la Unión no tomó posición acerca de la posible aplicación del artículo 45 CE, párrafo primero, a la profesión notarial.

115 Por lo que respecta a los Reglamentos citados en el apartado 57 de la presente sentencia, procede recordar que éstos se refieren al reconocimiento y la ejecución de documentos autenticados con fuerza ejecutiva formalizados y registrados en un Estado miembro y no inciden, por consiguiente, en la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero. Los actos de la Unión mencionados en el apartado 58 de esta sentencia tampoco desvirtúan esta interpretación en la medida en que, como sostiene acertadamente la Comisión, se limitan a atribuir a los notarios y a otras autoridades competentes nombradas por el Estado, la tarea de certificar la realización de determinados actos y formalidades con carácter previo al traslado del domicilio social, a la constitución y a la fusión de sociedades.

116 Por lo que se refiere a las Resoluciones de 1994 y de 2006, mencionadas en el apartado 59 de la presente sentencia, debe tenerse en cuenta que carecen de efectos jurídicos, ya que tal tipo de resoluciones no constituyen por naturaleza actos vinculantes. Por lo demás, aunque en dichas resoluciones se afirme que el artículo 45 CE resulta

aplicable a la profesión notarial, el Parlamento manifestó en la primera de ellas su deseo expreso de que se adopten medidas para que se suprima el requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario, quedando implícitamente confirmada esta postura de nuevo en la Resolución de 2006.

117 En sexto lugar, respecto de la alegación de la República de Austria basada en la sentencia Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, antes citada, es necesario precisar que el asunto que dio origen a aquella sentencia versaba sobre la interpretación del artículo 39 CE, apartado 4, y no sobre la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero. Por otra parte, del apartado 42 de la misma sentencia se desprende que, al declarar que las funciones atribuidas a los capitanes y primeros oficiales de buques constituían una participación en el ejercicio de prerrogativas de poder público, el Tribunal de Justicia se refería al conjunto de funciones ejercidas por éstos. Así pues, el Tribunal de Justicia no analizó la única competencia en materia notarial atribuida a los capitanes y primeros oficiales de buques –esto es, la autorización de testamentos y la custodia y entrega de los mismos– de forma separada respecto de sus demás competencias, en particular de las relativas a las facultades coercitivas o sancionadoras que tienen asignadas.

118 En cuanto a la sentencia Unibank, antes citada, a la que también hace referencia la República de Austria, es preciso declarar que el asunto que dio lugar a aquella sentencia no versaba en modo alguno sobre la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero. Además, en el apartado 15 de dicha sentencia el Tribunal de Justicia declaró, que, para que un documento pueda calificarse de documento «público» en el sentido del artículo 50 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1), es necesaria la intervención de una autoridad pública o de cualquier otra autoridad habilitada por el Estado de origen.

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

120 En consecuencia, procede declarar que el requisito de nacionalidad exigido por la normativa austriaca para acceder a la profesión notarial constituye una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 43 CE.

121 A la vista de las consideraciones anteriores, procede declarar que la primera imputación está fundada.

Sobre la segunda imputación

Alegaciones de las partes

122 La Comisión reprocha a la República de Austria no haber transpuesto, en relación con la profesión notarial, la Directiva 89/48 en el período que abarca hasta el 20 de octubre de 2007 y la Directiva 2005/36 en el período posterior a esta fecha.

123 La Comisión considera, en línea con lo sostenido por el Reino Unido, que la profesión notarial es una profesión regulada en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 89/48 y, en consecuencia, entra dentro del ámbito de aplicación de ésta. Sostiene que el cuadragésimo primer considerando de la Directiva 2005/36 no da lugar a la exclusión de esta profesión del ámbito de aplicación de esta Directiva a menos que dicha profesión se incluya en el artículo 45 CE, párrafo primero, lo que la Comisión niega en el caso de autos. Añade que, si el legislador hubiese pretendido excluir la profesión notarial del ámbito de aplicación de dicha Directiva, lo habría hecho expresamente.

124 La Comisión recuerda que las Directivas 89/48 y 2005/36 permiten a los Estados miembros establecer una prueba de aptitud o un período de prácticas adecuados para garantizar el elevado nivel de cualificación requerido por la profesión notarial. Por otra parte, siempre según dicha institución, la aplicación de estas Directivas no tiene por efecto impedir la selección de notarios a través de oposiciones sino únicamente permitir que los nacionales de otros Estados miembros concurran a las mismas. Tal aplicación carece, a juicio de la Comisión, de incidencia en el procedimiento de designación de notarios.

125 La República de Austria, la República de Hungría, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca sostienen que los notarios quedan excluidos del ámbito de de aplicación de dichas Directivas debido a que su actividad se inscribe en la excepción establecida en el artículo 45 CE.

126 La República de Eslovenia considera que el Tribunal de Justicia debería desestimar de oficio la segunda imputación de la Comisión por ser inadmisible en la medida en que, por un lado, esta imputación ha quedado privada de objeto tras la derogación de la Directiva 89/48, y, por otro lado, el objeto del litigio se amplió más allá de lo establecido en el procedimiento administrativo previo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

— Sobre la admisibilidad

127 De la argumentación jurídica que invoca la Comisión resulta que la presente imputación se refiere a una supuesta falta de transposición de la Directiva 89/48 y/o de la Directiva 2005/36 en lo que respecta a la profesión notarial. No obstante, es preciso

señalar que tanto los escritos de requerimiento como el dictamen motivado emitido por la Comisión se refieren a la primera de estas Directivas. Por consiguiente, procede examinar de oficio la cuestión de la admisibilidad de la segunda imputación.

128 En efecto, en virtud de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia puede examinar de oficio si se reúnen los requisitos del artículo 226 CE para interponer un recurso por incumplimiento (sentencias de 31 de marzo de 1992, Comisión/Italia, C-362/90, Rec. p. I-2353, apartado 8, y de 9 de septiembre de 2004, Comisión/Grecia, C-417/02, Rec. p. I-7973, apartado 16).

129 Según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento en el marco de un recurso basado en el artículo 226 CE debe apreciarse respecto de la legislación de la Unión vigente al término del plazo que la Comisión haya concedido al Estado miembro de que se trate para atenerse a su dictamen motivado (véanse, en particular, las sentencias de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia, C-365/97, Rec. p. I-7773, apartado 32; de 5 de octubre de 2006, Comisión/Bélgica, C-275/04, Rec. p. I-9883, apartado 34, y de 19 de marzo de 2009, Comisión/Alemania, C-270/07, Rec. p. I-1983, apartado 49).

130 En el presente asunto, dicho plazo expiraba el 18 de diciembre de 2006. Pues bien, en aquella fecha seguía vigente la Directiva 89/48, ya que la misma no quedó derogada por la Directiva 2005/36 sino a partir del 20 de octubre de 2007. En consecuencia, en la medida en que la presente imputación se basa en la supuesta falta de transposición de la Directiva 89/48, no carece de objeto (véase, por analogía, la sentencia de 11 de junio de 2009, Comisión/Francia, C-327/08, apartado 23).

131 En lo que respecta a la inadmisibilidad de dicha imputación en la medida en que se refiere a una supuesta falta de transposición de la Directiva 2005/36, procede recordar que, tal como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, aunque las pretensiones contenidas en el escrito de interposición del recurso no pueden en principio ampliarse más allá de los incumplimientos alegados en las conclusiones del dictamen motivado y en el escrito de requerimiento, no es menos cierto que la Comisión está legitimada para instar la declaración de un incumplimiento de las obligaciones cuyo origen se encuentra en la versión inicial de un acto de la Unión, posteriormente modificado o

derogado, que hayan sido mantenidas por las disposiciones de un nuevo acto de la Unión. En cambio, el objeto del litigio no puede ampliarse a las obligaciones derivadas de las nuevas disposiciones que no tengan su equivalente en la versión inicial del acto de que se trata, so pena de constituir un vicio sustancial de forma en cuanto a la regularidad del procedimiento por el que se declare el incumplimiento (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia, antes citada, apartado 36; de 12 de junio de 2003, Comisión/Italia, C-363/00, Rec. p. I-5767, apartado 22, y de 10 de septiembre de 2009, Comisión/Grecia, C-416/07, Rec. p. I-7883, apartado 28).

132 En consecuencia, las pretensiones contenidas en el escrito de interposición del recurso de la Comisión de que se declare que la República de Austria ha incumplido sus obligaciones derivadas de la Directiva 2005/36 son, en principio, admisibles, siempre y cuando dichas obligaciones sean análogas a las que se derivan de la Directiva 89/48 (véase, por analogía, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Comisión/Grecia, antes citada, apartado 29).

133 Pues bien, según se desprende del noveno considerando de la Directiva 2005/36, a la vez que pretende mejorar, reorganizar y racionalizar las disposiciones existentes dando uniformidad a los principios aplicables, esta Directiva mantiene, por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, los principios y las garantías que subyacen a los distintos sistemas de reconocimiento vigentes, como el establecido por la Directiva 89/48.

134 Asimismo, el decimocuarto considerando de la Directiva 2005/36 afirma que el mecanismo de reconocimiento establecido, en particular, por la Directiva 89/48, queda inalterado.

135 En el caso de autos, el reproche que la Comisión hace a la República de Austria se refiere, en lo que respecta a la profesión notarial, a la falta de transposición de la Directiva 2005/36 en su totalidad y no de una disposición concreta de dicha Directiva.

136 En estas circunstancias, procede señalar que esta supuesta obligación de transposición de la Directiva 2005/36 en lo que respecta a la profesión notarial es análoga a la resultante de la Directiva 89/48 en la medida en que, por un lado, los principios y las garantías que subyacen al sistema de reconocimiento establecido por esta Directiva se mantienen en la Directiva 2005/36 y, por otro lado, el mecanismo de reconocimiento establecido por la Directiva 89/48 quedó inalterado tras la adopción de la Directiva 2005/36.

137 Por consiguiente, la presente imputación debe considerarse admisible.

— Sobre el fondo

138 La Comisión reprocha a la República de Austria no haber transpuesto, en relación con la profesión notarial, las Directivas 89/48 y 2005/36. Por consiguiente, procede examinar si dichas Directivas están destinadas a aplicarse a esta profesión.

139 Para ello es necesario tomar en consideración el contexto legislativo en el que éstas se enmarcan.

140 En este sentido, debe señalarse que el legislador previó expresamente en el duodécimo considerando de la Directiva 89/48 que el sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior que esta norma establece «no prejuzga en absoluto la aplicación del [artículo 45 CE]». La reserva expresada de este modo por el legislador manifiesta su voluntad de dejar las actividades a las que se refiere el artículo 45 CE, párrafo primero, fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva.

141 Ahora bien, en la fecha de adopción de dicha Directiva, el Tribunal de Justicia aún no había tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de si el artículo 45 CE, párrafo primero, resulta aplicable a las actividades notariales.

142 En los años posteriores a la aprobación de esta Directiva, el Parlamento afirmó en sus Resoluciones de 1994 y de 2006, mencionadas en los apartados 59 y 116 de la presente sentencia, que, por un lado, el artículo 45 CE, párrafo primero, debía aplicarse íntegramente a la profesión de notario en cuanto tal, mientras que, por otro lado, manifestó su voluntad de que se suprimiera el requisito de la nacionalidad para acceder a esta profesión.

143 Por otra parte, al adoptar la Directiva 2005/36, que sustituyó a la Directiva 89/48, el legislador de la Unión no olvidó precisar, en el cuadragésimo primer considerando de la primera de dichas Directivas, que ésta no prejuzga la aplicación del artículo 45 CE «[en lo que se refiere] en particular a los notarios». Tal como se ha señalado en el apartado 114 de la presente sentencia, al formular esta reserva el legislador de la Unión no tomó posición acerca de la posible aplicación del artículo 45 CE, párrafo primero –y, por tanto, de la Directiva 2005/36– a las actividades notariales.

144 Dan prueba de ello, en particular, los trabajos preparatorios de esta última Directiva. En efecto, el Parlamento propuso en su Resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO 2004 C 97 E, p. 230), adoptada en primera lectura el 11 de febrero de 2004, que se indicara expresamente en el texto de la Directiva 2005/36 que ésta no era aplicable a los notarios. Si tal proposición no fue tenida en cuenta ni en la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales [COM(2004) 317 final], ni en la Posición Común (CE) nº 10/2005, de 21 de diciembre de 2004, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones

profesionales (DO 2005, C 58 E, p. 1), no fue porque la Directiva prevista tuviera que aplicarse a la profesión de notario, sino debido a que «el artículo 45[, párrafo primero,] del Tratado CE [preveía] una excepción al principio de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para las actividades que implican una participación directa y específica en el poder público».

145 A este respecto, habida cuenta de las circunstancias particulares presentes en el proceso legislativo y de la situación de incertidumbre que éstas provocaron, tal como se desprende del contexto legislativo descrito anteriormente, no resulta posible declarar que, en la fecha en que expiró el plazo señalado en el dictamen motivado, existía una obligación suficientemente clara que impusiera a los Estados miembros la transposición de las Directivas 89/48 y 2005/36 en relación con la profesión de notario.

146 Por lo tanto, debe desestimarse la segunda imputación.

147 A la vista del conjunto de consideraciones anteriores, procede declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario, así como desestimar el recurso en todo lo demás.

Costas

148 A tenor del artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia puede repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte. Dado que el recurso de la Comisión sólo se ha estimado parcialmente, procede decidir que cada parte cargará con sus propias costas.

149 Con arreglo al artículo 69, apartado 4, párrafo primero, de dicho Reglamento, los Estados miembros que hayan intervenido en el litigio soportarán sus propias costas. Por consiguiente, la República Checa, la República Federal de Alemania, la República Francesa, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Polonia, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y el Reino Unido soportarán sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) Declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) La Comisión Europea, la República de Austria, la República Checa, la República Federal de Alemania, la República Francesa, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Polonia, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargarán con sus propias costas.

Firmas