CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN presentadas el 14 de septiembre de 2010[1]

I. Introducción ..... I - 4110

II. Marco normativo ..... I - 4111

A. El derecho comunitario ..... I - 4111

1. El Derecho originario ..... I - 4111

2. El Derecho derivado ..... I - 4112

B. El Derecho nacional ..... I - 4113

1. La profesión notarial ..... I - 4113

a) El Derecho belga ..... I - 4113

b) El Derecho francés ..... I - 4115

c) El Derecho luxemburgués ..... I - 4116

d) El Derecho austriaco ..... I - 4117

e) El Derecho alemán ..... I - 4119

f) El Derecho griego ..... I - 4120

g) Recapitulación ..... I - 4121

1 — Lengua original: español.

2. La norma nacional específicamente objeto de los recursos: las cláusulas de nacionalidad ..... I - 4122

a) El Derecho belga ..... I - 4122

b) El Derecho francés ..... I - 4122

c) El Derecho luxemburgués ..... I - 4122

d) El Derecho austriaco ..... I - 4122

e) El Derecho alemán ..... I - 4123

f) El Derecho griego ..... I - 4123

III. Pretensiones de las partes ..... I - 4123

IV. Sobre la admisibilidad ..... I - 4124

V. Sobre el fondo ..... I - 4125

A. Sobre el primer motivo de incumplimiento ..... I - 4125

1. Tres observaciones introductorias de carácter general ..... I - 4126

a) La norma cuya infracción la Comisión imputa a los Estados: los artículos 43 y 45.1 CE ..... I - 4126

b) La dificultad interpretativa del sentido del artículo 45.1 CE ..... I - 4127

c) La incorporación del principio de proporcionalidad ..... I - 4128

2. La actividad de participación en el ejercicio del poder público ..... I - 4130

a) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ..... I - 4130

b) La necesaria profundización en la noción de poder público ..... I - 4132

3. Acerca de si la actividad notarial y, en concreto, la actividad de autenticación, forma parte del ámbito negativo de la libertad de establecimiento .... I - 4136

a) La autenticación como actividad central de los notarios en los Estados demandados ..... I - 4136

b) La adscripción de la actividad de autenticación al ejercicio del poder público ..... I - 4138

4. La cláusula de nacionalidad ante el principio de proporcionalidad ..... I - 4141

a) El estatuto notarial ..... I - 4141

b) La discriminación por razón de nacionalidad a la luz de los artículos 43 y 45.1 CE ..... I - 4142

c) El juicio de proporcionalidad ..... I - 4147

5. Conclusión al primer motivo de incumplimiento ..... I - 4149

B. Sobre el segundo motivo de incumplimiento ..... I - 4150

VI. Costas ..... I - 4151

VII. Conclusión ..... I - 4152

I. Introducción

1. Mediante los presentes recursos de incumplimiento, la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de Bélgica, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Austria, la República Federal de Alemania y la República Helénica han incumplido las obligaciones que les incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE, al haber limitado el acceso a la profesión de notario exclusivamente a quienes ostentan la nacionalidad de su país (en adelante, cláusula de nacionalidad). Asimismo, y con la excepción de la República Francesa, la Comisión Europea solicita que se declare que dichos Estados miembros han incumplido las obligaciones que se derivan de la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, [2] al no aplicarla a la profesión notarial. [3]

2. A pesar de que el planteamiento de la Comisión se limite a atacar una discriminación por razón de nacionalidad, la cuestión que subyace a este asunto es significativamente más compleja. En efecto, estos procedimientos van encaminados a que el Tribunal de Justicia declare que la función notarial latina, con el perfil que le caracteriza en un número

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005 (DO L 255, p. 22), que deroga la Directiva 89/48/CEE 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).

3 — No son éstos los únicos recursos de incumplimiento introducidos por la Comisión con este fundamento, pues en estos instantes el Tribunal de Justicia deberá pronunciarse sobre los recursos interpuestos contra Portugal (C-52/08) y Países Bajos (C-157/09).

significativo de Estados miembros,[4] queda comprendida dentro del ámbito de la libertad de establecimiento, al no estar relacionada con el «ejercicio del poder público».

3. Visto el problema en una dimensión general, este asunto sitúa al Tribunal de Justicia ante la que posiblemente sea la más delicada cuestión de interpretación que haya afectado a la combinación de los artículos 43 y 45.1 CE. Hasta la fecha, y como habrá ocasión de ver, los asuntos resueltos por nuestra jurisdicción sobre la conjunción de ambos preceptos concernían a profesionales con vínculos difusos o extremadamente puntuales con la autoridad pública, lo que cuando menos no se puede decir que sea *prima facie* el caso en el supuesto que ahora nos ocupa.

4. Por estos motivos, los seis recursos aquí agrupados a los efectos de estas conclusiones, ofrecen al Tribunal de Justicia la oportunidad de abordar con mayor densidad que hasta el presente el alcance de una norma tan compleja como la que resulta de la conjunción de los artículos 43 y 45.1 CE. En esta tarea, y a diferencia de lo sucedido hasta la fecha, corresponde al Tribunal de Justicia en este procedimiento buscar el equilibrio adecuado entre los fines que persiguen las libertades de la Unión, el respeto a las competencias de los Estados miembros y el estatuto de ciudadanía europea. Al barajar estos valores, el Tribunal de Justicia observará que los artículos antes citados exigen un especial esfuerzo de interpretación en el que intervendrá, de forma decisiva, el principio de proporcionalidad.

5. Como se ve, la naturaleza de las magnitudes aquí en juego, así como la posibilidad de introducir un control de proporcionalidad en los artículos 43 y 45.1 CE, ponen de manifiesto la importancia del presente asunto no sólo para la concreta actividad notarial, sino también, más ampliamente, para el Derecho de la Unión.

II. Marco normativo

A. *El derecho comunitario*

1. El Derecho originario

6. La norma que la Comisión invoca para sustentar su recurso es la que resulta de la

4 — Conviene señalar desde este momento que, aunque el notario de tipo latino, objeto de estos recursos, sigue siendo el más generalizado en Europa, coexiste en la Unión Europea con otras variantes cuya inclusión en el ámbito del artículo 45.1 CE no se plantea. Y ello ya sea porque el notario se encuentra plenamente inserto en la administración pública, ya sea porque su intervención carece de la eficacia propia de la autenticación, en el sentido que aquí se empleará. Por fin, la diversidad de la situación en Europa se ha acrecentado en los últimos años con la supresión de la cláusula de nacionalidad en algunos Estados que mantienen el notariado latino (Italia, España).

combinación de los artículos 43 y 45.1 CE (ahora artículos 49 y 51 TFUE), que en el momento en que se produjo el incumplimiento imputado consagraba la libertad de establecimiento de las personas físicas y jurídicas en los siguientes términos:

«*Artículo 43*

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

[…]

Artículo 45

Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo.» [5]

2. El Derecho derivado

7. La Directiva 89/48 preveía un plazo de transposición que, de acuerdo con su artículo 12, vencía el 4 de enero de 1991.

8. En su artículo 2, el texto indicaba:

«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.»

5 — Es necesario destacar que, aunque a lo largo de estos recursos de incumplimiento todas las partes implicadas se estén refiriendo, sin mayor precisión, al artículo 45 CE, en realidad la disposición realmente aludida es, invariablemente, la que se contiene en el primero de los dos párrafos de los que dicho artículo consta, es decir, el que fija «en negativo» el ámbito de aplicación de la libertad mediante su no extensión a las actividades que participan en el ejercicio del poder público. Con un sentido muy diferente, el párrafo segundo contempla un supuesto genérico de actividades económicas que, sin constituir participación en el ejercicio del poder público, «pueden» no obstante, a través de disposiciones de derecho derivado, quedar, por así decir, «expulsadas» de la libertad de establecimiento. Sobre esto habré de volver más adelante.

9. Debe hacerse notar que la profesión de notario no ha sido regulada por ningún instrumento a los que alude el apartado 2 del recién citado precepto.

10. La Directiva 89/48 fue derogada y objeto de codificación a cargo de la Directiva 2005/36. La nueva redacción mantiene el contenido esencial de la Directiva 89/48, pero el considerando 41, como novedad respecto de su antecesora, en términos que evidentemente no resultan irrelevantes, dice así:

«La presente Directiva no prejuzga la aplicación del artículo 39, apartado 4, ni del artículo 45 del Tratado relativos en particular a los notarios.»

B. *El Derecho nacional*

1. La profesión notarial

11. Tanto la Comisión como los Estados miembros han aportado abundantes elementos de hecho y de Derecho que describen con detalle la profesión notarial en cada país. Sin embargo, teniendo en cuenta la amplitud de la información aportada, el carácter conjunto de estas conclusiones, y la necesidad de aportar claridad argumental al análisis de fondo, se expondrá a continuación un resumen, de forma individualizada, tanto de las normas invocadas como de las funciones atribuidas en cada Estado miembro a la profesión notarial, donde destaca, muy singularmente, la autenticación de actos jurídicos. ? [6]

a) El Derecho belga

12. La profesión notarial belga está regulada por la Ley de 25 Ventoso del año XI, así como por diversas disposiciones recogidas, entre otros textos, en el código judicial belga.

13. Según el ordenamiento belga, la misión del notario consiste principalmente en la constitución de actos auténticos que gozan de dos características principales: la fuerza probatoria perfecta y la ejecutividad. [7]

14. Para realizar la autenticación, el notario actúa a petición de parte y efectúa un examen de legalidad del acto del que se da fe. La intervención del notario puede ser obligatoria o facultativa, en función del acto que haya de elevarse a público, y en ella se constata que se

6 — (Nota para la versión española): A lo largo de estas conclusiones utilizaré el término «autenticación» para denominar el acto en virtud del cual el notario certifica la veracidad o conformidad de los elementos de hecho o de Derecho, respectivamente, planteados ante él por las partes. Soy consciente de que esta expresión, autenticación, no es la más común en la lengua de redacción de estas conclusiones, aunque la admite el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. El motivo para justificar su uso en estas conclusiones es la escasa presencia del término «fe pública» en otras lenguas de la Unión. Así, en el panorama lingüístico se encuentran expresiones que no reproducen el término «fe pública», como el alemán, que distingue, en función del alcance de la autentificación, entre «Beglaubigung» y «Beurkundung». En Suecia, donde la función notarial es diferente a la de origen latino, se emplea, aunque con mucha flexibilidad, el término «notarisering». Sin embargo, el término «autenticación» tiene una amplia resonancia en la lengua francesa, que emplea el término «authentification», así como el neerlandés («authentificatie») y el italiano («autenticazione»).

7 — Artículo 19 de la Ley de 25 Ventoso del año XI.

reúnen todos los requisitos legalmente exigibles para la realización del acto, así como la capacidad jurídica y de obrar de las partes. En el curso de la intervención, el notario informa a cada parte de sus derechos y de sus obligaciones, al tiempo que da consejo con toda imparcialidad. [8] Asimismo, el notario lleva a cabo directamente la liquidación y recaudación de los derechos de inscripción y de constitución de hipoteca.

15. Todos los actos intervenidos notarialmente tienen fuerza probatoria perfecta y equivalente a la que confieren los actos adoptados por un oficial público, susceptible de presunción en contrario sólo ante los tribunales de justicia. La revisión de la apreciación realizada por el notario admite recurso, pero a través de un cauce extraordinario de revisión. [9]

16. Asimismo, el acto autenticado tiene fuerza ejecutiva en todo el territorio del país. [10] De tal manera, el acto notarial se impone al deudor a fin de acometer su ejecución (siendo necesaria la notificación), correspondiendo directamente a una autoridad pública, el *huissier,* la puesta en marcha de aquélla. En caso de oposición a la ejecución, el deudor puede acudir a los tribunales mediante un incidente de ejecución. [11]

17. Además de las funciones de autenticación, el gobierno belga ha probado que los notarios también asumen otras actividades, si bien minoritarias en comparación con la antes expuesta. Así, el notario desempeña funciones ligadas a la venta de inmuebles en procedimientos de ejecución, quiebra, tutela o sucesorios; de inventario; de partición de bienes indivisibles; así como de constitución, fusión y otros actos societarios.

18. A fin de cumplir estas funciones, el notario es un funcionario público que representa al poder público, si bien la actividad está considerada como una profesión liberal. [12] Su cargo es inamovible y está sujeto a un régimen disciplinario propio de quienes trabajan por cuenta del poder público. [13] Sus honorarios no tienen carácter comercial y están fijados por ley, pero el cliente tiene un amplio margen de libertad de elección de notario. Por tanto, los notarios no compiten por su clientela mediante una política de precios, sino de calidad en el servicio.

8 — Artículo 9, 1, apartado 3, de la citada Ley de 25 Ventoso.

9 — El procedimiento de «inscription en faux», aplicable a los actos notariales, está regulado, en el orden civil, en el artículo 895 del código judicial belga.

10 — Artículo 19 de la citada Ley de 25 Ventoso.

11 — Artículos 1395 y 1396 del código judicial belga.

12 — Artículo 1 de la citada Ley de 25 Ventoso.

13 — Artículo 108 de la citada Ley de 25 Ventoso.

b) El Derecho francés

19. La profesión notarial francesa se encuentra regida por la Ley de 25 Ventoso del año XI, y otras disposiciones específicas previstas, significativamente, en el código de procedimiento civil.

20. La profesión notarial francesa se caracteriza también por la autenticación de actos y contratos sometidos por las partes al notario, cuya intervención conlleva la fuerza probatoria perfecta y la ejecutividad del acto o contrato. [14]

21. El notario francés actúa a petición de parte, aunque existen diversos actos cuya constitución requiere obligatoriamente de la intervención notarial. [15] A fin de que el acto esté debidamente autenticado, el notario acomete un control de legalidad de la operación y está sometido a unas estrictas reglas de forma reguladas por ley, [16] incluida la obligación de que el acto esté redactado en lengua francesa. [17] El notario está también obligado a informar a las partes del alcance y efectos del acto, así como a asegurarse de que aquéllas emiten libremente su consentimiento con plena capacidad jurídica y de obrar.

22. El acto auténtico dispone de una fuerza probatoria cualificada, aunque susceptible de prueba en contrario a través de un procedimiento especial, cuya competencia exclusiva recae en el *tribunal de grande instance*. [18] El procedimiento se incoa a título incidental o principal, dependiendo de que se cuestione el contenido del acto autenticado en el curso de un proceso existente. [19] El resultado de este proceso puede conllevar sanciones, tanto para el notario como para la parte que lo haya iniciado.

23. El carácter ejecutivo del acto notarial implica que cualquiera de las partes que participen en el mismo pueden solicitar su ejecución forzosa directamente a la autoridad pública responsable en exclusiva: el *huissier*. [20] A diferencia de lo sucedido con los actos privados, el acto notarial no requiere intervención judicial a la hora de proceder a la ejecución, ni tampoco es necesario el consentimiento del deudor. El procedimiento de ejecución es el

14 — Artículo 1 de la Ordenanza nº 45-2590, de 2 de noviembre de 1945, artículo 1319 del Código Civil y artículo 19 de la Ley de 25 Ventoso, antes citada.

15 — Donaciones, capitulaciones matrimoniales, constitución de hipotecas o ventas a futuro, entre otros casos.

16 — Véase la ya citada Ley de 25 Ventoso del año XI, así como disposiciones especiales como las recogidas en el artículo 850 del código general tributario.

17 — Artículo 1 de la Ley 94-665, de 4 agosto de 1994, así como la Ordenanza de Villers-Cotterêts de 1539, aún en vigor y origen de la obligación que exige el uso del francés en los documentos públicos.

18 — Artículo 299 del código de procedimiento civil.

19 — Artículos 306 y 314 del código de procedimiento civil.

20 — El monopolio de la ejecución de actos y títulos ejecutivos se reserva a los *huissiers* a través del artículo 18 del citado código de procedimiento civil.

mismo aplicable a la ejecución de sentencias judiciales. [21]

c) El Derecho luxemburgués

24. Además de las funciones de autenticación, el gobierno francés ha probado que los notarios también asumen otras actividades, si bien minoritarias en comparación con la antes expuesta. Así, el notario desempeña funciones ligadas a la recaudación de impuestos, distintas a la autenticación, que complementan ésta y muestran el grado de penetración de la profesión en el poder público.

25. El notario es un funcionario del Estado, titular de un poder público por delegación y sujeto a un régimen especial de incompatibilidades, aunque ejerce sus actividades como un profesional liberal. [22] No obstante, su función se enmarca dentro de las actividades de jurisdicción preventiva, que garantizan la estabilidad de las relaciones jurídicas y sociales. Los honorarios notariales están fijados por ley, pero el cliente tiene un margen de elección entre notarios. Por tanto, se trata de una actividad económica desempeñada en un régimen de competencia donde no son los precios, sino la calidad del servicio, el elemento determinante de diferenciación entre prestadores.

26. La profesión notarial luxemburguesa está regida por la Ley de 9 de diciembre de 1976, así como por otras disposiciones específicas, entre las que destaca el nuevo código de procedimiento civil, la Ley de 25 de septiembre de 1905 y el Reglamento granducal de 7 de octubre de 2000.

27. El notariado luxemburgués se caracteriza igualmente por estar formado por funcionarios públicos, cuya misión es intervenir todos los actos y contratos que les sometan las partes al objeto de dar fe de los mismos. [23] La autenticación trae aparejada una fuerza probatoria reforzada y la ejecutividad. [24]

28. El notario interviene a petición de parte, debiendo realizar un control de legalidad del acto así como asegurar la reunión de diversas formalidades prescritas por ley. Su función, no obstante, puede ser obligatoria en determinados casos. [25] El notario debe asegurar que las partes actúan con toda libertad y con plena capacidad jurídica y de obrar. Asimismo, está obligado a dar consejo a las partes con toda independencia, así como a informar de los derechos y obligaciones derivados del acto y de su intervención.

21 — Ley 91-650, de 9 de julio de 1991.

22 — El carácter público de la actividad notarial lo confirmó el Consejo de Estado francés en su sentencia de 9 de junio de 2006 (nº 280911), declarando la aplicabilidad del artículo 45.1 CE a la profesión, aunque llegó a esta conclusión sin mediar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

23 — Artículo 1 de la Ley de 9 de diciembre de 1976.

24 — Artículos 37 y 45 de la Ley antes citada.

25 — Véase, por ejemplo, la Ley de 25 de septiembre de 1905, en materia de derechos reales sobre inmuebles.

29. La autenticación se produce como resultado de la aposición del sello, en el que se inscribe la fórmula ejecutoria. [26] La fuerza probatoria del acto es, en consecuencia, especialmente rígida y sólo admite prueba en contrario en casos excepcionales y mediante un procedimiento especial de recurso. [27]

30. La fuerza ejecutiva del acto notarial permite al acreedor acudir directamente al procedimiento de ejecución frente a su deudor, sin necesidad de iniciar un procedimiento declarativo ante los tribunales. El acreedor sólo ha de dirigirse a la autoridad encargada en exclusiva de la ejecución forzosa, el *huissier.* Contra las decisiones del *huissier* en el curso del procedimiento de ejecución cabe recurso, en los mismos términos previstos en el caso de ejecución de una resolución judicial.

31. Además de las funciones de autenticación, el gobierno luxemburgués ha probado que los notarios también asumen otras actividades, si bien minoritarias en comparación con la antes expuesta. Así, el notario desempeña funciones ligadas a la venta de inmuebles en procedimientos de ejecución, quiebra, tutela o sucesorios; de inventario; así como a la partición de bienes indivisibles.

32. Los notarios son funcionarios públicos nombrados por el Gran Duque a propuesta del Ministro de Justicia. Ejercen sus funciones en el conjunto del territorio luxemburgués, donde están obligados a residir. A pesar de desarrollar sus funciones como profesionales liberales, están sujetos a un estatuto especial, incluyendo unas rígidas normas de incompatibilidad. [28] Los honorarios notariales están fijados legalmente, pero los clientes tienen un margen de elección entre notarios, siempre y cuando exista más de uno en la circunscripción territorial en la que se haya de intervenir. Por tanto, existe una libre competencia entre notarios, si bien no compiten por razón del precio, sino de la calidad del servicio.

d) El Derecho austriaco

33. La actividad notarial austriaca aparece regulada, en sus líneas más generales, en las Leyes de 25 de julio de 1871 y de 11 de noviembre de 1970, así como en diversas normas del código procesal civil.

34. El notariado austriaco está compuesto por funcionarios nombrados de por vida por el Estado, cuyas funciones consisten, entre otras, en la autenticación de actos a los que se atribuyen efectos probatorios particulares así como fuerza ejecutiva. [29]

26 — Reglamento granducal de 7 de octubre de 2000.

27 — Artículos 310 y siguientes del nuevo código de procedimiento civil.

28 — Artículo 6 de la Ley de 9 de diciembre de 1976, antes citada.

29 — Artículo 292 del código procesal civil y apartado 3 de la Ley de 25 de julio de 1871, RGBl. 75/1871.

35. Tal como ha reconocido la República de Austria en su escrito de contestación, la autenticación es una misión típica y originaria del notariado en dicho país. Se trata ésta de una función a petición de parte, si bien en algunos casos resulta obligatoria a fin de constituir y dar plenos efectos a un acto. El notario realiza un control de legalidad del acto sometido a intervención y asimismo asesora a las partes sobre sus derechos y obligaciones, los efectos de la intervención, al tiempo que constata que aquéllas gozan de plena capacidad jurídica y de obrar.

36. El notario, una vez intervenido un acto, puede representar a las partes y, en supuestos particulares, asumir su defensa ante los tribunales y administraciones. [30] Esta actividad la realizan de forma autónoma y con ánimo de lucro.

37. Los actos notariales gozan de una especial fuerza probatoria, aunque se admite, bajo estrictas condiciones, una prueba en contrario. [31]

38. Como consecuencia de la autenticación, los actos notariales constituyen títulos ejecutivos, susceptibles de ejecución directa a petición del interesado y ante los órganos públicos responsables de esta función: los tribunales cantonales. [32] No es necesario ni el consentimiento del deudor ni la obtención de una resolución judicial declarativa. El procedimiento de ejecución admite, no obstante, vías de recurso, reguladas en la legislación especial procesal relativa a dicho procedimiento. [33]

39. Además de las funciones de autenticación, el gobierno austriaco ha probado que los notarios también asumen otras actividades. Así, el notario actúa como Gerichtskommissär, función atribuida por ley que le encomienda funciones de asistencia e intervención en la tramitación de determinados procedimientos jurisdiccionales, como, por ejemplo, en materia sucesoria. En su condición de Gerichtskommissär, el notario ejerce poderes, incluida la facultad de dictar mandamientos, equivalentes a los jurisdiccionales.

40. El notario es un funcionario nombrado por resolución del Ministro federal de justicia, obligado a desempeñar sus funciones públicas. Su actividad, no obstante, se realiza como profesión liberal. Ejercen sus funciones con toda independencia y están sometidos a un estatuto particular. Sus honorarios están

30 — Artículo 5 de la Ley antes citada.

31 — Artículo 292 del código procesal civil.

32 — *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht.* Véanse los apartados 17 y siguientes de la Ley de 27 de mayo de 1896, RGBl. 79/1896.

33 — Apartados 35 a 37 de la Ley de 27 de mayo de 1896, antes citada.

regulados legalmente, pero los clientes tienen un margen de elección de notario. Por tanto, existe un marco de competencia entre notarios que no se desarrolla mediante una política de precios, sino a través de la calidad del servicio.

e) El Derecho alemán

41. La actividad notarial alemana aparece regulada en la Ley de 24 de febrero de 1961, así como en diversas normas del código procesal civil.

42. El notariado alemán se integra por funcionarios públicos independientes, asumiendo, de forma principal, la función de autenticación de actos. [34] Como resultado de la intervención, el acto notarial tiene carácter ejecutivo así como una especial fuerza probatoria. [35] La función notarial forma parte de la llamada «justicia preventiva». [36]

43. En efecto, la autenticación es la actividad más significativa y característica de la profesión notarial. A tal fin, el notario asume el control de legalidad de los actos privados que las partes desean concertar y se cerciora de que éstas declaren su voluntad con plena capacidad jurídica y de obrar. [37] Reunidas las condiciones legales, el notario está obligado a proceder a la autenticación. [38] En el curso de su intervención, el notario asesora e informa a las partes de sus derechos y obligaciones, así como de los efectos que conlleva la elevación a público del acto. [39] Aunque el notario actúa a petición de parte y no de oficio, el ordenamiento alemán prevé un amplio abanico de actos que requieren la intervención notarial para constituirse con plenos efectos. [40]

44. El acto notarial da fe y asume una fuerza probatoria especial, aunque susceptible de prueba en contrario en condiciones tasadas legalmente [41] y dependiendo del objeto sobre el cual el notario da fe, sean declaraciones de terceros, declaraciones del propio notario o acontecimientos fácticos.

45. El acto notarial tiene fuerza ejecutiva y corresponde directamente a las autoridades de ejecución proceder a la misma, sin mediar consentimiento del deudor, aunque sí

34 — Artículos 1 y 20, apartado 1, de la Ley de 24 de febrero de 1961, BGBl. I., p. 97.

35 — Artículos 415, 794, apartado 1, punto 5, y 797, apartado 2, del código procesal civil.

36 — En alemán, según el citado artículo 1 de la Ley de 24 de febrero de 1961, «vorsorgende Rechtspflege».

37 — Artículo 14, apartado 2, de la Ley de 24 de febrero de 1961, antes citada.

38 — Artículo 15, apartado 1, de la Ley de 24 de febrero de 1961, antes citada.

39 — Artículo 14, apartado 1, punto 2 de la Ley de 24 de febrero de 1961, antes citada.

40 — Véanse, entre otros, los casos de la promesa de donación (artículo 518 del BGB), las capitulaciones matrimoniales (artículo 1408 del BGB) o la renuncia a la herencia (artículo 2346 del BGB).

41 — Artículo 415, apartado 2, del código procesal civil.

su notificación. Esto presupone que el deudor se somete a la ejecución en el momento de adoptar el acto y elevarlo a público. [42] La competencia de ejecución corresponde exclusivamente a las autoridades previstas por ley, entre las que no figura el notario. [43] Contra las decisiones adoptadas en el curso de la ejecución que tengan alguna relación con el contenido del acto notarial cabe recurso jurisdiccional. [44]

46. Además de las funciones de autenticación, el gobierno alemán ha probado que los notarios también asumen otras actividades, si bien minoritarias en comparación con la antes expuesta. Así, el notario desempeña funciones ligadas a la compulsa de documentos, otorgamiento de poderes y testimonio de declaraciones juradas.

47. El notario alemán es un funcionario público nombrado por el Land que desempeña sus funciones en nombre del Estado. [45] Aunque la actividad no tenga carácter comercial, el notario actúa como profesional liberal, salvo en el caso de Baden-Württenberg. [46] En el resto de Länder, y en función del territorio, el notario ejerce la profesión en exclusiva o compatibilizándola con la profesión de abogado. Están sometidos a un estatuto especial que garantiza su independencia, al tiempo que sus honorarios están tasados legalmente. [47] No obstante, el cliente tiene una amplia facultad de elección de notario en un marco territorial concreto. [48] Por tanto, existe competencia entre los notarios que actúan en un territorio, aunque no sobre la base de una política de precios, sino en función de la calidad del servicio.

f) El Derecho griego

48. La actividad notarial griega está regulada, en sustancia, en la Ley 2830/2000.

49. El notario griego es un funcionario público encargado, principalmente, de la autenticación de actos, confiriendo así a éstos fuerza probatoria y carácter ejecutivo. [49]

42 — Artículo 794, apartado 1, punto 5, del código procesal civil.

43 — Existen distintas autoridades competentes, entre ellas los oficiales de justicia (Gerichtsvollzieher), los tribunales de ejecución (Vollstreckungsgericht), los tribunales del litigio (Prozessgericht) o los registros (Grundbuchamt).

44 — Artículos 732 y 797, apartado 3, del código procesal civil.

45 — Artículo 1 de la Ley de 24 de febrero de 1961, antes citada.

46 — En este supuesto, el notario es un funcionario integrado en la administración pública.

47 — Artículo 17 de la Ley de 24 de febrero de 1961, antes citada.

48 — Artículos 10a y 11 de la Ley de 24 de febrero de 1961, antes citada.

49 — Artículo 1, apartado 1, de la Ley 2830/2000.

50. El notario es responsable de autenticar los actos que le son libremente sometidos por las partes, si bien la intervención notarial puede ser obligatoria en determinados casos. [50] El notario informa y asesora a las partes de sus derechos y obligaciones, y presta sus servicios con toda independencia.

51. Los actos notariales gozan de una especial fuerza probatoria, siendo prueba oponible frente a todos. [51] Sólo cabe cuestionar el contenido del acto por motivos excepcionales.

52. Debido al carácter ejecutivo del acto notarial, su ejecución forzosa puede solicitarse directamente a la autoridad competente y responsable de la misma. No obstante, cabe interponer recurso, aunque de carácter incidental, contra los actos de ejecución forzosa y en circunstancias tasadas. [52]

53. Además de las funciones de autenticación, el gobierno griego ha probado que los notarios también asumen otras actividades, si bien minoritarias en comparación con la antes expuesta. Así, el notario desempeña, entre otras, funciones ligadas a la venta de inmuebles en procedimientos de ejecución, quiebra, tutela o sucesorios; de inventario; así como a la partición de bienes indivisibles.

54. El notario es un funcionario público que presta sus servicios de forma independiente y percibe sus honorarios directamente del cliente. Si bien el precio de sus servicios está tasado legalmente, el cliente tiene cierto margen de elección entre notarios.

55. Por tanto, existe un marco de competencia entre notarios que no se desarrolla mediante una política de precios, sino a través de la calidad del servicio.

g) Recapitulación

56. En conclusión de todo lo recogido anteriormente, parece legítimo apreciar que los seis Estados demandados han acogido y desarrollado una figura notarial común, destacadamente en lo que concierne a la autenticación y sus ulteriores efectos: la fuerza probatoria y la ejecutividad. Asimismo destaca en todos los Estados demandados la existencia de un estatuto notarial particular e híbrido, a medio camino entre la autoridad pública y el profesional liberal, sujeto a derechos y obligaciones que convierten al notariado en un oficio que desempeña una actividad económica *sui generis.* Es este grado de coincidencia básica el que permite dar una respuesta argumentada de forma unitaria a los presentes recursos de incumplimiento.

50 — Es el caso, por ejemplo, de la constitución de sociedades, donaciones *inter vivos* o transmisiones de inmuebles.

51 — Artículo 438 de la Ley 2830/2000, antes citada.

52 — Artículo 933 y siguientes de la Ley 2830/2000, antes citada.

2. La norma nacional específicamente objeto de los recursos: las cláusulas de nacionalidad

57. Una vez expuesto el marco normativo básico que afecta a la profesión notarial, procede ahora exponer las disposiciones que la Comisión ataca en este procedimiento, que tienen por objeto limitar el acceso al notariado a los nacionales del Estado.

a) El Derecho belga

58. El artículo 35, apartado 3, de la Ley de 25 Ventoso del año XI, modificada por la Ley de 4 de mayo de 1999, establece una cláusula de nacionalidad para acceder a la profesión de notario en Bélgica. Su redacción es la siguiente:

«Para acceder al nombramiento de candidato-notario, el interesado deberá: 1º ser belga […].»

b) El Derecho francés

59. El artículo 3 del Decreto de 5 de julio de 1973, modificado por el Decreto 89-399, de 20 de junio de 1989, contiene una cláusula de nacionalidad que condiciona el acceso a la profesión de notario en Francia, en estos términos:

«Sólo podrá ser notario quien reúna los siguientes requisitos: 1º Ser francés […]»

c) El Derecho luxemburgués

60. El artículo 15 de la Ley de 9 de diciembre de 1976 relativa a la organización del notariado, prevé una cláusula de nacionalidad para acceder a la profesión de notario en Luxemburgo. Su redacción es la siguiente:

«Para acceder a las funciones de notario, es necesario: a) ser luxemburgués […].»

d) El Derecho austriaco

61. El artículo 6, apartado 1, letra a), del reglamento notarial, RGBl nº 75/1871, modificado por el BGBl nº 164/2005, prevé una cláusula de nacionalidad para acceder a la profesión de notario en Austria en los siguientes términos:

«Al objeto de ejercer el cargo de notario, el candidato debe a) tener nacionalidad austriaca […].»

e) El Derecho alemán

62. El artículo 5 del código federal del notariado, en su versión modificada por el artículo 3 de la Ley de 26 de marzo de 2007, recoge una cláusula de nacionalidad para acceder a la profesión de notario en Alemania. Su redacción dice así:

«Sólo podrán ostentar el cargo de notario los residentes de nacionalidad alemana que reúnan los requisitos de acceso a la magistratura previstos en la Ley federal sobre el estatuto de los magistrados».

f) El Derecho griego

63. El artículo 19, apartado 1, de la ya mencionada Ley 2830/2000 prevé una cláusula de nacionalidad para acceder a la profesión de notario en Grecia del siguiente tenor:

«Se nombrará notario a quienes posean la nacionalidad griega […].»

III. Pretensiones de las partes

64. La Comisión, en los asuntos aquí agrupados, y con el apoyo del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, solicita al Tribunal de Justicia que se declare que:

— Al haber limitado el acceso a la profesión de notario exclusivamente a quienes ostentan la nacionalidad del país, el Reino de Bélgica, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Austria, la República Federal de Alemania y la República Helénica han incumplido las obligaciones que les incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

— Al no aplicar a la profesión notarial la Directiva 2005/36, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Austria, la República Federal de Alemania y la República Helénica han incumplido las obligaciones que les incumben en virtud de dicha Directiva

— Se condene en costas al Reino de Bélgica, a la República Francesa, al Gran Ducado de Luxemburgo, a la República de Austria, a la República Federal de Alemania y a la República Helénica.

65. Por su parte, los Estados demandados, con el apoyo de la República de Lituania, Rumanía, la República de Bulgaria, la República de Polonia, la República de Eslovenia, la República Checa, la República Eslovaca, la República de Hungría y la República de Letonia, instan al Tribunal de Justicia a que:

Declare la desestimación del recurso por infundado al no haber tenido lugar la denunciada infracción de los artículos 43 y 45.1 CE, e imponga las costas a la Comisión.

Además, y con carácter previo a lo anterior, la República Federal de Alemania esgrime una excepción de inadmisibilidad, alegando que la Comisión formuló su posición pre-contenciosa invocando la Directiva 89/48, cuando ahora, en su escrito de demanda, denuncia el incumplimiento de la Directiva 2005/36, que sustituye a la anterior.

IV. Sobre la admisibilidad

66. En el asunto C-54/08, que afecta a la República Federal de Alemania en calidad de demandada, ésta, apoyada por Eslovenia y Letonia, esgrime una excepción de inadmisibilidad en razón de las normas invocadas por la Comisión. En su opinión, la Comisión le ha imputado la infracción de la Directiva 89/48 durante la fase pre-contenciosa de este recurso por incumplimiento, habiéndole ahora, en la fase contenciosa, imputado la infracción de la Directiva 2005/36, texto que sustituye al anterior.

67. Esta excepción no puede prosperar.

68. Según reiterada jurisprudencia, la regularidad del procedimiento administrativo previo constituye una garantía esencial querida por el Tratado, no sólo para la protección de los derechos del Estado miembro de que se trate, sino también para garantizar que el posible procedimiento contencioso tenga por objeto un litigio claramente definido. Sólo a partir de un procedimiento precontencioso regular puede el procedimiento contradictorio ante el Tribunal de Justicia permitir a éste juzgar si el Estado miembro ha incumplido efectivamente las obligaciones precisas cuya infracción alega la Comisión. [53]

69. Ahora bien, como ha reiterado el Tribunal de Justicia, aunque, en principio, las pretensiones contenidas en el recurso no pueden ampliarse más allá de los incumplimientos alegados en las conclusiones del dictamen motivado, y en el escrito de requerimiento, no es menos cierto que, cuando durante el

53 — Auto de 11 de julio de 1995, Comisión/España (C-266/94, Rec. p. I-1975), apartados 17 y 18.

procedimiento administrativo previo se produce una modificación del Derecho comunitario, «la Comisión está legitimada para instar la declaración de un incumplimiento de las obligaciones cuyo origen se encuentra en la versión inicial de una directiva, posteriormente modificada o derogada, que hayan sido mantenidas por las disposiciones nuevas». [54]

V. Sobre el fondo

A. *Sobre el primer motivo de incumplimiento*

72. Con su primer motivo de incumplimiento, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que los Estados miembros demandados, al haber reservado el acceso a la profesión de notario única y exclusivamente a sus nacionales, han infringido los artículos 43 y 45.1 CE.

70. Pues bien, como ha señalado la Comisión, de un examen comparativo de dichas disposiciones se desprende que la Directiva 2005/36 no hizo sino reforzar y codificar las disposiciones de la Directiva 89/48. Por lo tanto, la mayoría de las obligaciones que se imponían a los Estados miembros como consecuencia de la Directiva 89/48 siguen siendo aplicables en virtud de la Directiva 2005/36.

73. Los Estados miembros oponen un entendimiento diferente de la norma resultante de ambos preceptos, basado esencialmente en la determinación del ámbito de aplicación de la norma expresada en negativo en el segundo de los preceptos, es decir, una diferente interpretación de la fórmula «actividades que estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público».

71. De ello se desprende que procede admitir el recurso, sin aceptar la excepción de inadmisibilidad formulada por Alemania, dado que se refiere a las obligaciones resultantes de la Directiva 2005/36, que ya eran aplicables en virtud de la Directiva derogada.

74. En efecto, y expresado de forma muy elemental, si para la Comisión el artículo 45.1 CE es sustancialmente un precepto ceñido a la noción de «coacción», los Estados miembros defienden una interpretación netamente más amplia, en el entendimiento de que la norma engloba toda forma de decisión que surta efectos particulares y diferencias respecto de los que produce un acto privado.

54 — Véanse, entre otras, las sentencias de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia (C-365/97, Rec. p. I-7773), apartado 36, y de 5 de junio de 2003, Comisión/Italia (C-145/01, Rec. p. I-5581), apartado 17.

1. Tres observaciones introductorias de carácter general

75. Con carácter previo, se imponen tres consideraciones generales. Una, relativa a la estructura de la regla resultante de los artículos 43 y 45.1 CE; otra relativa al sentido o, si se prefiere, a la economía del propio artículo 45.1 CE; la tercera, referida a la aplicación del principio de proporcionalidad.

a) La norma cuya infracción la Comisión imputa a los Estados: los artículos 43 y 45.1 CE

76. Como se acaba de exponer, la Comisión denuncia la infracción del conjunto normativo resultante de los artículos 43 y 45.1 CE, del que se deduce el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. La peculiaridad de este incumplimiento, construido a partir de la suma de dos disposiciones del Tratado, merece un primer comentario por mi parte.

77. En efecto, los artículos 43 y 45.1 CE integran propiamente una unidad normativa a partir de una regla (libertad de establecimiento) y de una excepción (actividades relacionadas con el ejercicio del poder público), que definen así su ámbito de aplicación. De la conexión entre ambas reglas resulta la norma determinante para la resolución del presente asunto. No nos encontramos, por tanto, ante una regla (artículo 43 CE) simplemente *excepcionada* (artículo 45.1 CE) en su aplicación, sino ante una regla diferente: la que determina el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento para el ejercicio de actividades *no* relacionadas con la participación en el ejercicio del poder público. Tal es el ámbito de aplicación de la concreta libertad que garantiza el Tratado, y así debe entenderse el proceder de la Comisión al declarar como incumplidos los artículos 43 y 45.1 CE.

78. Ésta es, por otra parte, la diferencia determinante que separa funcionalmente a los dos párrafos que integran el artículo 45 CE. El primero, como se viene viendo, integra de manera directa y acabada *(perfecta),* si bien en negativo, el ámbito de aplicación de la libertad, al declarar excluidas inmediatamente del mismo («no se aplicarán») las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público. El segundo, por el contrario, abre simplemente la posibilidad de que el Derecho derivado introduzca restricciones adicionales al ámbito de la libertad fijado por el Tratado tal como resulta de la suma del artículo 43 y del párrafo primero del artículo 45. Esta posibilidad genérica de derogación puntual del ámbito de la libertad, por más que hasta el presente no se haya hecho uso de ella, queda por completo fuera de los presentes recursos de incumplimiento. No obstante, su contraste

con la previsión del párrafo primero permite comprender y explicar la función y alcance de este último.

79. Por tanto, conviene insistir en que el artículo 43 CE no declara una libertad, la de establecimiento, que *luego* resulta excepcionada en el artículo 45.1 CE. Dicho si se quiere de otro modo, no se trata de una excepción a la aplicación de una regla, sino de una excepción constitutiva de la regla que en el Tratado determina el ámbito de aplicación de la libertad. La obligación de los Estados miembros, por tanto, es la de hacer efectiva la libertad de establecimiento respecto de actividades económicas que no tengan, aunque sea ocasionalmente, una relación con el ejercicio del poder público. A la determinación del alcance del artículo 43 introducido por el artículo 45.1 me referiré en lo sucesivo como «ámbito negativo de aplicación de la libertad de establecimiento».

b) La dificultad interpretativa del sentido del artículo 45.1 CE

80. La segunda observación introductoria de carácter general es ya de orden sustantivo. En efecto, parece de entrada claro que la previsión, contenida en el artículo 45.1 CE, de «actividades» económicas «relacionadas con el ejercicio del poder público» está haciendo alusión a un *cuerpo extraño* en la fenomenología del poder público moderno. La separación de los ámbitos de lo público y de lo privado, o del Estado y de la Sociedad si se prefiere, característica del mundo político moderno, conduce a que, en principio, no queden hoy actividades de participación en el poder público que se mantengan fuera de los tres poderes en los que se considera que se articula el poder público. Una actividad económica privatizada (o no nacionalizada) que, sin embargo, tenga el carácter de ejercicio del poder público es algo, por tanto, relativamente *inesperado* en la economía del Tratado. Y, sin embargo, eso es lo que se sigue leyendo en el hoy artículo 51 TFUE, anteriormente artículo 45 CE, y así hasta la primera versión del Tratado CEE en 1957**.** La misma previsión cabe encontrar, por lo demás, y de nuevo, en los artículos 23 y 27 del Acuerdo de Asociación Europea de Libre Comercio.

81. Parece natural suponer que esta presencia constante de la referida previsión a lo largo de la evolución del Derecho primario debe responder a alguna finalidad, debe ser expresión de alguna idea subyacente.[55] Y la única explicación lógica es la de que los Estados

55 — Véase Tomuschat, Chr., «Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 27 (1967), p. 53 y ss.

miembros, en su condición de autores de los Tratados, y acaso con fundamento en su propia cultura y tradición jurídicas, han prestado atención al hecho de que, al menos en un número significativo de ellos, sus respectivos ordenamientos integraban determinadas actividades de participación en el ejercicio del poder público que, sin embargo, no eran asumidas por los poderes públicos, sino que por el contrario asumían la forma de actividades económicas o de actividades en manos de sujetos económicos. Un planteamiento que llevase a la conclusión de que *no se nos ocurre* ninguna actividad de las existentes que mereciese tal calificativo arrojaría cierto interrogante sobre la solidez de dicha interpretación.

82. Cosa distinta es que podamos entender que el artículo 45.1 CE está concebido como una habilitación a los Estados a operar una indefinida o genérica privatización del poder político (una peculiar *devolution*), que le diese el sentido de «actividad económica». No me parece que tal sea el caso. Por el contrario, el artículo 45.1 CE no debe verse tanto como un precepto con futuro cuanto como un precepto *con pasado*. La comprensión probablemente más acertada del artículo 45.1 CE es la de que el Tratado ha querido dejar fuera de la libertad de establecimiento alguna actividad económica que excepcionalmente sigue teniendo por objeto un fenómeno de relación con el poder político estatal. Naturalmente, el Tratado deja a los Estados plena libertad de mantener o de poner fin a este tipo de actividades económicas. Ahora bien, en la medida en que los Estados las mantienen, el Tratado dispone directamente su exclusión de la libertad de establecimiento. Cabría en este sentido aventurar el símil de una cláusula facultativa de *stand-still.*

c) La incorporación del principio de proporcionalidad

83. En el curso de este proceso los Estados miembros han afirmado que la aplicación de los artículos 43 y 45.1 CE no admite un control de proporcionalidad. Con esta afirmación, los demandados e intervinientes defienden que, cuando se cumplen los requisitos del artículo 45.1 CE, no cabe realizar ninguna ponderación que permita aplicar la norma de forma gradual. Precisamente ésta, la gradualidad, es la función del principio de proporcionalidad cuando se aplica a una excepción de las libertades, pues es la herramienta que debe utilizarse para determinar hasta qué grado una restricción a una libertad es necesaria para alcanzar objetivos legítimos de

seguridad, salud pública u orden público.[56] Los Estados demandados en este proceso coinciden al esgrimir que el artículo 45.1 CE no admite un control a la luz del principio de proporcionalidad, sino que es un supuesto, por así decir, binario: o se aplica o no se aplica, pero no otorga al intérprete margen alguno para la ponderación.

84. En efecto, cada vez que nuestra jurisdicción se ha enfrentado a una cuestión de interpretación del artículo 45.1 CE, el análisis se ha limitado a esclarecer si la actividad participaba directa y efectivamente en el ejercicio del poder público. Sin embargo, y como se expondrá más adelante, es necesario destacar igualmente que, hasta la fecha, el Tribunal de Justicia nunca se ha visto en la necesidad de ir más allá de una primera fase en el recorrido que exige la aplicación del artículo 45.1 CE, habiendo podido limitarse siempre, desde una primera aproximación conceptual, a declarar que la actividad en cuestión no participaba en el ejercicio del poder público. En otras palabras, los supuestos en los que el Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre la interpretación del artículo 45.1 CE, han podido resolverse sin necesidad de abundar en los pormenores de la construcción conceptual de la categoría «poder público».[57] Por el contrario, ante la hipótesis de una respuesta positiva, el Tribunal de Justicia debe profundizar en el razonamiento. En este segundo instante, la interpretación consiste en determinar, atendiendo al grado de participación en el ejercicio del poder público que exprese la actividad, si la medida nacional cuestionada es necesaria para alcanzar los objetivos de los artículos 43 y 45.1 CE.

85. Por tanto, cabe concluir que los artículos 43 y 45.1 CE admiten un control de proporcionalidad.

86. En el contexto de los citados preceptos, el control de proporcionalidad se aplica, llegado el caso, realizando un examen similar al que ha empleado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia,[58] que pondera 1) la incisividad de la medida adoptada, por un lado, y 2) el grado en el que la actividad en liza participa en el ejercicio del poder público. Cuanto más directa o inmediata sea la participación, un abanico más extenso de medidas abarcará el artículo 45.1 CE. Cuanto menos directas, las medidas justificables en su virtud serán menores, tanto en cantidad como en intensidad.

56 — Artículo 46.1 CE. Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia aplicando un control de proporcionalidad caso a caso, tal como se desprende de una amplia jurisprudencia. Véanse, entre algunas de las más recientes, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Rec. p. I-7995), apartados 61 y siguientes; y de 3 de octubre de 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Rec. p. I-9521), apartado 46. Sobre el principio y su papel como norma de ponderación en el marco de las libertades, véase Tridimas, T., *The General Principles of EU Law,* 2ª ed., Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 193 y ss., y Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo,* Giuffrè Editore, Milán, 1998, pp. 103 y ss.

57 — Véase, por todos, Henssler, M., y Filian, M., «Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG», *Europarecht,* 2005, p. 192 y ss.

58 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 55.

2. La actividad de participación en el ejercicio del poder público

a) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia

87. Al afrontar el estado actual de la jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 45.1 CE, el primer elemento a destacar es la reiteración con la que el Tribunal de Justicia ha insistido en la necesidad de realizar una interpretación estricta. Ya desde 1974, en el asunto Reyners, [59] se mostró que la jurisprudencia iba a circunscribir la disposición a un terreno muy estrecho. Prueba de este enfoque es el hecho de que, tras más de medio siglo de jurisprudencia y de una quincena de sentencias dictadas, el Tribunal de Justicia aún no ha declarado que una determinada actividad encuentre cobijo en los artículos 43 y 45.1 CE.

88. En segundo lugar, la jurisprudencia ha especificado que una «actividad» no es sinónimo de una «profesión». Por tanto, el que una actividad constituya una participación en el ejercicio del poder público, no supone *per se* que los artículos 43 y 45.1 CE se proyecten sobre todas las demás actividades que desempeña el profesional en cuestión. Este razonamiento ha llevado al Tribunal de Justicia a afirmar que sólo en los casos en que las actividades de poder público sean inseparables de las restantes, se podrá reducir el alcance y aplicabilidad de los artículos 43 y 45.1 CE respecto de una profesión completa. Tal como declaró en la citada sentencia Reyners, no se puede admitir un pronunciamiento sobre la totalidad de la profesión «cuando, en el marco de una profesión independiente, las actividades que estén eventualmente relacionadas con el ejercicio del poder público constituyan un elemento separable del conjunto de la actividad profesional de que se trate». [60]

89. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia ha precisado en el asunto Reyners que el ámbito de los artículos 43 y 45.1 CE «se limita a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público», [61] sin que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones unilaterales al respecto que extiendan o reduzcan sus términos. [62]

90. En fin, como cuarto y último elemento que merece ser resaltado de nuestra jurisprudencia, se destaca la necesidad de analizar las funciones específicas que se desempeñan con ocasión de cada actividad, en una apreciación muy ligada a las circunstancias concretas del caso, que obligarán al Tribunal

59 — Sentencia de 21 de junio de 1974 (2/74, Rec. p. 631).

60 — Sentencia antes citada, apartado 47.

61 — Sentencia antes citada, apartado 45.

62 — Sentencia de 15 de marzo de 1988, Comisión/Grecia (147/86, Rec. p. 1637), apartado 8.

a profundizar en cuestiones de Derecho nacional de no siempre fácil resolución. Así, desde la sentencia Reyners quedó claro que las características que deben cumplirse para aplicar el artículo 45.1 CE deben «apreciarse separadamente para cada Estado miembro en particular, a la vista de las disposiciones nacionales aplicables a la organización y al ejercicio de esta profesión». [63] Esta característica ha contribuido a que la jurisprudencia resulte casuística, poco expresiva y muy ceñida a las peculiaridades de cada actividad. Tanto es así, que actualmente no existe ni una sola resolución en la que el Tribunal haya desarrollado el sentido de las expresiones «directa» o «específica», ni «poder público».

91. Atendiendo al resultado práctico de esta jurisprudencia, se observa, como ya he adelantado, que en las resoluciones dictadas hasta la fecha por el Tribunal de Justicia no se ha llegado a la conclusión de que una actividad participa de forma directa y específica en el ejercicio del poder público. [64] La profesión de abogado, [65] la docencia o la dirección de centros privados de enseñanza, [66] la gestión de sistemas informáticos para administraciones públicas, [67] los auditores de seguros, [68] la inspección técnica de vehículos, [69] la venta de apuestas y loterías, [70] la seguridad privada, [71] los servicios públicos de socorro, [72] o los organismos de control de los productos de agricultura ecológica; [73] todas estas actividades han pasado por el escrutinio del Tribunal de Justicia, y en todos los casos se descartó que fueran actividades ligadas al ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45.1 CE. [74]

63 — Sentencia antes citada, apartado 49.

64 — La República Federal de Alemania considera que en la sentencia de 5 de octubre de 1994, Van Schaik (C-55/93, Rec. p. I-4837), el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que una actividad económica participaba en el ejercicio del poder público. En dicha sentencia se declaró, concretamente en su apartado 16, que la concesión de una autorización de inspección por parte de un Estado miembro a talleres establecidos en otros Estados miembros, supone la extensión de una prerrogativa de poder público fuera del territorio nacional. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que era la facultad de otorgar autorizaciones, y no la actividad económica autorizada, la que participaba en el ejercicio del poder público.

65 — Sentencia Reyners, antes citada.

66 — Sentencia Comisión/Grecia, antes citada.

67 — Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C-3/88, Rec. p. 4035).

68 — Sentencia de 13 de julio de 1993, Thijssen (C-42/92, Rec. p. I-4047).

69 — Sentencias de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C-438/08, Rec. p. I-10219), y Van Schaik, antes citada.

70 — Sentencia de 26 de abril de 1994, Comisión/Italia (C-272/91, Rec. p. I-1409).

71 — Sentencia de 29 de octubre de 1998, Comisión/España (C-114/97, Rec. p. I-6717); de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica (C-355/98, Rec. p. I-1221); de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia (C-283/99, Rec. p. I-4363); y de 13 de diciembre de 2007, Comisión/Italia (C-465/05, Rec. p. I-11091)..

72 — Sentencia de 29 de abril de 2010, Comisión/Alemania (C-160/08, Rec. p. I-3713).

73 — Sentencias de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Alemania (C-404/05, Rec. p. I-10239), y de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria (C-393/05, Rec. p. I-10195).

74 — Lo cual no significa que el Tribunal de Justicia haya guardado silencio respecto de posibles actividades englobadas bajo el artículo 45.1 CE, como en el ya citado asunto Van Schaik, o incluso en el ámbito del artículo 39.4, relativo a la circulación de trabajadores, donde aparecen, como *obiter dicta*, alusiones destacadas a actividades que podrían, en hipótesis, participar en el ejercicio del poder público, como el caso de la policía y los fedatarios en la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Rec. p. I-10391).

b) La necesaria profundización en la noción de poder público

92. Como se acaba de exponer, son pocos los elementos que se desprenden de la jurisprudencia a la hora de indagar en la naturaleza o cualidad del «poder público» aludido en el precepto que nos ocupa. La definición de lo que sea poder público en el sentido del artículo 45.1 CE [75] no puede evitar partir de una determinada *precomprensión* de la idea de poder público en tanto que categoría común de la Teoría del Estado, en la que necesariamente se inserta conceptualmente la Unión como comunidad de Estados. [76]

93. En este sentido, «poder público» es, ante todo, «poder», esto es, capacidad de imposición de una conducta conforme a una voluntad irresistible. Con arreglo a una comprensión pacíficamente aceptada, y en su máxima expresión, esa capacidad es exclusiva del Estado, es decir, de la institución en la que se personaliza el ordenamiento jurídico como instrumento de administración y ordenación de la fuerza legítima. [77] Poder público es, así, el poder del soberano, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. Quiere esto decir que en el Estado no hay más fuerza legítima que la administrada por el poder público. Y ello ya sea en beneficio de la existencia del Estado y de la consecución de sus fines (interés general), ya sea al servicio de legítimas expectativas de conducta interesadas por unos particulares frente a otros (interés privado). En este último caso, siempre mediante el respeto de las condiciones previamente establecidas. [78]

95. Ciertamente, el fin al que sirve la fuerza monopolizada y administrada por el Estado constituye un primer criterio a la hora de trazar la frontera entre el poder público y los particulares. El poder público, en efecto, ha de procurar la consecución de aquellos objetivos de orden general que constituyen el fundamento de legitimación de la concreta forma de Estado adoptada por el poder político (típicamente, en Europa, el Estado social y democrático de Derecho). Los particulares, por el contrario, en ejercicio de su autonomía como individuos, pueden aplicarse a

75 — Que, por lo demás, en sus distintas versiones se sirven indistintamente de dos términos susceptibles, en el plano teórico, de ciertos matices, como son los de «autoridad» y «poder público». Se habla de «autoridad», por ejemplo, en las versiones francesa («l'exercice de l'autorité publique»), inglesa («the exercise of official authority»), portuguesa («exercício da autoridade pública»), rumana («exercitării autorităţii publice») y maltesa («l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika»), prefiriendo la expresión «poder público» las versiones española («ejercicio del poder público»), alemana («Ausübung öffentlicher Gewalt»), italiana («esercizio dei pubblici poteri») y sueca («utövandet av offentlig makt»).

76 — Por más que la última palabra en la conformación del concepto haya de corresponder al Derecho de la Unión, en el bien entendido de que este Tribunal de Justicia, como intérprete supremo de este Derecho, perfile su definición tomando siempre como punto de partida las diferentes aproximaciones nacionales a la categoría en cuestión. Por todos, Schlag, M., «Art. 45», *EU-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2009.

77 — Por todos, entre una amplia bibliografía, Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962.

78 — Queda fuera de consideración, obviamente, el caso de la fuerza monopolizada por otro Estado, que convive con el primero desde el respeto a los respectivos ámbitos de soberanía delimitados por el Derecho internacional.

la satisfacción de sus intereses privados. Y pueden hacerlo sirviéndose, eventualmente y en las condiciones establecidas por el ordenamiento, de la fuerza administrada por el poder público, que a esos fines representa, en principio, un instrumento al servicio de intereses no generales.

96. Ahora bien, el criterio más tradicionalmente seguido en orden a la identificación del poder público es el que atiende a la capacidad del poder público para imponer su voluntad unilateralmente, es decir, sin necesidad del consentimiento del sujeto obligado. Por el contrario, el particular sólo puede hacer aceptable su voluntad a otro particular con el consentimiento de este último.

97. No obstante, las cosas no son tan simples cuando se trata, como es siempre nuestro caso, de un Estado democrático. Pues, en estos supuestos, el consentimiento es siempre, de alguna manera y en último término, necesario. De otro lado, conviene relativizar la afirmación según la cual la voluntad del poder público se impone de manera incontestable. Y es que, desde la perspectiva ahora del Estado de Derecho, consustancial también a la Unión, toda actuación del poder público es susceptible de revisión. En realidad, el poder soberano del Estado democrático es, desde esta perspectiva, antes *auctoritas* que puro *imperium*. [79] Esto es, poder de dominación ejercido por la voluntad misma de los sujetos a obediencia, y asegurada por la legitimidad de origen de la voluntad de dominio, más que por la pura amenaza de la coacción física. [80]

98. Esto supone, desde esta perspectiva, que el concepto en cuestión no es un concepto absoluto, sino relativo, susceptible, por tanto, de graduación. [81] A mayor facilidad para la imposición de una conducta, mayor proximidad a la cualidad del poder público, pero siempre descartada la imposición de plano e incontestable.

99. Por todos estos motivos, atender al criterio del fin (interés general/interés particular) o al criterio del modo de imposición de la obligación asegurada por la fuerza (unilateral/bilateral) supone andar un camino que fatalmente desemboca en un terreno poco firme. Tropezamos aquí, en efecto, con

79 — En realidad, como es bien sabido, la soberanía es una cualidad que, predicada del Estado, no puede ser pretendida por ninguno de sus órganos, que, como el Estado mismo, no tienen otro fundamento que la Constitución: «No hay más Estado que el constituido por la Constitución», «es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert» (Häberle, P., Europäische Verfassungslehre, 6ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 187, recogiendo la idea de R. Smend y A. Arndt). En el Estado constitucional, se ha dicho, no hay soberano, pues la soberanía es una cualidad *del* Estado en su conjunto Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates,* Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburgo, 1975.

80 — Legitimidad de origen a la que se suma la dispensada por su ejercicio con arreglo a la lógica de los procedimientos. En esa línea, Luhmann, N., «*Legitimation durch Verfahren*», Ed. Luchterhand, Neuwied/Berlín, 1969.

81 — En este sentido, por ejemplo, ya Chr. Tomuschat, antes citado, p. 69.

conceptos extraordinariamente imprecisos, sujetos como están al arbitrio de magnitudes relativas y, por ello, inaccesibles a un grado mínimo de objetividad. Desde luego son criterios operativos cuando se confrontan con supuestos incuestionables de ejercicio de poder público, como es el caso de aquellas actividades más directamente relacionadas con la actuación de las prerrogativas de la soberanía (ejército, fuerza pública, jurisdicción, gobierno). Pero no bastan para dar cuenta de la calificación que merecen otras actividades públicas menos conectadas con el ejercicio de la coacción y, sin embargo, cualitativamente distintas de la actividad privada.

100. Dando un paso más en esta reflexión, conviene atender a la cualidad del Estado moderno, en tanto que forma de ordenación del poder mucho más sofisticada que las previamente conocidas. Éstas últimas quedaban reducidas a la administración de la coacción física mediante procedimientos de definición de las condiciones de su ejercicio extraordinariamente simplificados. De ahí que, a fin de dar cuenta del fenómeno del poder público en toda su complejidad, resulte hoy prácticamente inevitable operar con un concepto de poder público construido a partir de la lógica del orden jurídico en el que dicho poder actúa.

101. En esa línea, el ordenamiento jurídico representa un proceso de ordenación del ejercicio de la fuerza legítima susceptible de concluir, en su caso, con la aplicación de dicha fuerza en un supuesto concreto. Siendo ello así, no debe haber inconveniente en aceptar que los actos con los que el ordenamiento concluye (allí donde el proceso de la fuerza legítima termina con un acto que pone fin a ese proceso, dándole un estado definitivo) aparecen como la expresión más acabada del orden jurídico. [82]

102. Con arreglo a este planteamiento, el criterio determinante para la calificación de un acto como derivado del poder público sería entonces el de la naturaleza de su relación con el ordenamiento del Estado. Concretamente, la cualidad de una actividad habría de verse como expresiva de una participación en el ejercicio del poder público a partir del criterio de su inserción (su grado de *pertenencia)* en dicho orden jurídico. El criterio, por tanto, no sería el de su mera conformidad con dicho orden, sino el de su incorporación como acto del ordenamiento. [83]

82 — Sobre la concepción del ordenamiento como una sucesión de imputaciones reconducibles a una primera norma positiva, expresiva del poder soberano, paradigmáticamente, Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Viena, 1960.

83 — De ahí que la indagación acerca de si una determinada actividad participa o no en el ejercicio del poder público no requiera de un esfuerzo de adscripción a uno de los tres poderes y/o funciones estatales, es decir, la legislativa, la ejecutiva o la judicial, en particular de esta última, como ha podido verse en las argumentaciones opuestas en este procedimiento.

103. En este sentido, la jurisdicción puede ser vista como la expresión más caracterizada del poder público. Con sus resoluciones, en efecto, se dice definitivamente el Derecho y, en este sentido, el ordenamiento jurídico viene a confundirse con ellas. [84] Pero, por eso mismo, también podemos decir que es poder público aquel cuyos actos pueden alcanzar esa condición sin necesidad de *iurisdictio*. Para comenzar, la ley es ejecutiva por sí misma, como lo es igualmente la disposición administrativa o la orden de la fuerza pública. Se trata siempre de actos y disposiciones susceptibles de revisión judicial, pero en todo caso no necesitadas de *autorización,* para desplegar inmediatamente sus efectos.

104. A partir de lo anterior, es claro que ningún particular puede producir actos jurídicos capaces de imponerse a un tercero si no es mediante la intervención del poder público. Una vez que queda excluido el uso de la fuerza por los particulares, la realización del propio derecho requiere siempre de una autorización pública. El poder público no se limita en tales casos a *revisar* un acto capaz de desplegar por sí solo algún efecto vinculante para con un tercero, como es el caso con los actos de la Administración, del Gobierno o del poder legislativo. Por el contrario, el poder público, en estos supuestos, interviene siempre como autoridad *constitutiva* respecto de la obligación que el particular pretende hacer valer ante un tercero. Se tratará entonces de obligaciones que pueden haber nacido de un concurso de voluntades (contrato/principio dispositivo), pero la exigencia del cumplimiento de las mismas no está al alcance del particular si no media la intervención pública.

105. Por tanto, y como conclusión de todo lo anterior, cabe sostener, siempre con el grado de abstracción que el caso impone, que entre los caracteres que identifican al poder público en las distintas tradiciones nacionales cabe contar con el que se traduce en su capacidad para imputar un acto, disposición o conducta a la voluntad del Estado formalizada a través del ordenamiento jurídico. Es éste, en efecto, un mínimo denominador común en el que vienen a coincidir todas esas tradiciones, que encuentran en la imputabilidad de una voluntad concreta a la voluntad general del Estado el criterio determinante para el trazado de la divisoria que separa el ámbito de lo público frente al de los particulares.

106. Las anteriores consideraciones deben permitir abordar la cuestión central planteada por la actividad notarial con alguna mayor seguridad.

84 — Merkl, A., *Die Lehre von der Rechtskraft*, Deuticke, Leipzig, 1923.

3. Acerca de si la actividad notarial y, en concreto, la actividad de autenticación, forma parte del ámbito negativo de la libertad de establecimiento

107. Con todo, alguna advertencia resulta todavía oportuna. La cuestión de si la actividad notarial se inserta en lo que venimos llamando el «ámbito negativo» de la libertad de establecimiento no sólo no está resuelta en la jurisprudencia del Tribunal, innecesario resulta a estas alturas decirlo, sino que viene precedida de un intenso y extenso debate del que ha habido abundante eco tanto en las observaciones escritas como en la prolongada vista del pasado 27 de abril. La jurisprudencia, ciertamente, contiene algún que otro pasaje, que puede considerarse como favorable a una respuesta positiva. [85] Pero en modo alguno puede decirse que el Tribunal de Justicia haya tenido ocasión de abordar la cuestión con el detenimiento imprescindible.

108. Por su parte, que el debate ha sido intenso y extenso es algo que ponen visiblemente de manifiesto las tomas de posición, separadas en el tiempo, del Parlamento europeo. [86] Lo mismo se diga respecto del ya reproducido considerando 41 de la Directiva 2005/36, con independencia de su mayor o menor ambigüedad, sobre el que volveremos más adelante. Es claro, en todo caso, que ninguna de estas manifestaciones es capaz de suplir ni librar al Tribunal de justicia de su función de decir la última palabra en la interpretación de los Tratados.

a) La autenticación como actividad central de los notarios en los Estados demandados

109. Como quiera que sea, comencemos por recordar que tanto los Estados como la Comisión reconocen que el núcleo de la actividad notarial reside en el poder de autenticación y en los efectos que éste lleva aparejado: la ejecutividad y la fuerza probatoria. Algunos Estados miembros, como Bélgica o Austria, han destacado algunas funciones accesorias que desempeña el notariado en sus sistemas jurídicos y que reflejan elementos de poder

85 — En el ya citado asunto Colegio de Oficiales de la Marina Mercante, el Tribunal de Justicia afirmó, en un supuesto que, sin embargo, afectaba al artículo 39.4 CE, que «el Derecho español otorga [...] atribuciones en materia de fe pública y de estado civil, que no pueden deducirse de las meras necesidades de mando del buque. Tales funciones constituyen una participación en el ejercicio de prerrogativas de poder público en aras de la protección de los intereses generales del Estado del pabellón» (apartado 42).

86 — Véanse las Resoluciones del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 y de 23 de marzo de 2006, declarando que la profesión notarial participa directa y efectivamente en el ejercicio del poder público. La Resolución de 2006 declaraba muy explícitamente que el Parlamento «entiende que el artículo 45 del Tratado es de aplicación plena a la profesión de notario como tal», y basaba tal afirmación en el hecho de que «la delegación de una parte de la autoridad por parte del Estado constituye un elemento original inherente a la profesión de notario, y considerando que esta autoridad se ejerce en la actualidad de manera regular y supone la mayor parte de la actividad de un notario».

público. Sin embargo, todos ellos, incluida la Comisión, están de acuerdo en que la autenticación, seguida de sus efectos, constituye la actividad por excelencia definidora de la profesión, sin la cual carecería ésta de sentido.

110. Asimismo, si los seis recursos de incumplimiento han podido ser agrupados a efectos de las presentes conclusiones ello es debido muy fundamentalmente a la circunstancia de que resulta posible hablar de una «actividad notarial» en términos que son aplicables a todos ellos. Es decir, cabe hablar, respecto de los seis Estados, de una actividad central de «autenticación», de efectos ampliamente comunes en los ordenamientos jurídicos respectivos. Naturalmente, en el ámbito de soberanía de los Estados está la alteración de esta situación, ya sea porque el Estado pase a ejercer directamente, a través de su propia administración, estas funciones, ya sea porque debilite radicalmente las consecuencias de la intervención notarial sobre los documentos «públicos». Ejemplo de lo primero es el caso de Portugal hasta el inicio de su proceso de alteración de la profesión notarial o, el de Baden-Württemberg; ejemplo de lo segundo podría ser, en hipótesis, el propio caso de Portugal, en función de la profundidad del proceso de cambio llevado a cabo en la última década. [87] En una palabra, la respuesta al problema que plantean los presentes recursos debe llevarse a cabo a partir de una calificación de unas determinadas actividades profesionales tal como hoy están reguladas en los Estados concernidos. Una alteración en esta regulación puede evidentemente tener repercusiones sobre la respuesta que dé el Tribunal de Justicia.

111. Asimismo, importa también advertir aquí, siguiendo a la sentencia Reyners y como ya se puso de manifiesto con anterioridad, que sólo cabe proyectar lo que estoy llamando el ámbito negativo de aplicación de la libertad de establecimiento a una profesión entera cuando «las actividades que estén eventualmente relacionadas con el ejercicio del poder público constituyan un elemento [inseparable] del conjunto de la actividad profesional». [88] Forzoso es, pues, coincidir con los Estados miembros y con la Comisión en que la autenticación, así como sus efectos, forman un elemento inseparable del conjunto de la actividad notarial. Por tanto, si se confirma que esta actividad supone una participación directa y específica en el poder público, la actividad notarial, entendida como

87 — Sobre el caso concreto del notariado portugués, véanse mis conclusiones en el asunto Comisión/Portugal, leídas en el mismo día que las presentes (C-52/08).

88 — Sentencia antes citada, apartado 47.

profesión en su conjunto, quedaría comprendida dentro del supuesto contemplado en el artículo 45.1 CE.

112. En los seis Estados demandados, la misión del notario consiste principalmente en la constitución de actos auténticos que gozan de dos características principales: la fuerza probatoria perfecta y la ejecutividad. [89] En una descripción ampliamente válida para el conjunto de estos Estados, y recordando la descripción efectuada en el arranque de estas conclusiones, cabe decir que, para realizar la autenticación, el notario actúa a petición de parte y efectúa un examen de legalidad del acto del que da fe. La intervención del notario puede ser obligatoria o facultativa, en función del acto que haya de elevarse a público, y en ella se 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. [90]

113. Los actos intervenidos notarialmente tienen fuerza probatoria perfecta y equivalente a la que confieren los actos adoptados por un oficial público, susceptible de presunción en contrario sólo ante los tribunales de justicia. Quiere decirse que la revisión de la apreciación realizada por el notario admite recurso, pero a través de un cauce extraordinario de revisión. [91]

114. Asimismo, el acto autenticado tiene fuerza ejecutiva en todo el territorio del país. De tal manera, el acto notarial no requiere del consentimiento del deudor a fin de acometer su ejecución (aunque sí es necesaria la notificación), correspondiendo directamente a una autoridad pública la puesta en marcha de aquélla. En caso de oposición a la ejecución, el deudor puede acudir a los tribunales mediante un incidente de ejecución. [92]

b) La adscripción de la actividad de autenticación al ejercicio del poder público

115. La respuesta a la que, en definitiva, es la cuestión esencial planteada por los presentes recursos de incumplimiento, resulta casi naturalmente de las consideraciones antes expuestas acerca de los criterios definitorios del poder público. Si, en efecto, uno de los elementos más característicos en el Estado moderno es el de su conexión con el ordenamiento jurídico, la capacidad de una determinada actividad para incidir en la configuración de un ordenamiento jurídico estará en situación de contribuir decisivamente a la definición de la respuesta.

116. Si se me permite recordar algunas de dichas consideraciones, la voluntad del Estado encuentra su expresión definitiva en los

89 — Véanse los puntos 13, 20, 27, 34, 42 y 49 de estas conclusiones.

90 — Véanse los puntos 14, 21, 28, 35, 36, 43 y 50 de estas conclusiones.

91 — Véanse los puntos 15, 22, 29, 37, 44 y 51 de estas conclusiones.

92 — Véanse los puntos 16, 23, 30, 38, 45 y 52 de estas conclusiones.

pronunciamientos jurisdiccionales, la cual puede venir anticipada por medio de actos dotados, según el sujeto del que procedan, de una fuerza ejecutiva más o menos inmediata. También se ha visto cómo es precisamente el grado de inmediatez de esa fuerza ejecutiva el criterio más seguro para la identificación del poder público. Desde luego, siempre cabrá oponerse jurídicamente a toda pretensión de ejecución, y en tal caso será de nuevo la jurisdicción quien resuelva de manera definitiva. En efecto, esa función pacificadora propia de la jurisdicción puede tener lugar con ocasión de la resolución de un concreto litigio, en particular a partir de pretensiones privadas contrapuestas (típicamente las que tienen lugar a partir de los derechos de los particulares frente a sus iguales en el tráfico civil).

117. Pues bien, y esto es lo que a nuestros efectos particularmente importa, un determinado ordenamiento nacional puede optar igualmente por *anticiparse* por así decir al conflicto (y por tanto prevenirlo). Y ello singularmente por medio de la cualificación como públicos (con valor jurídico probado y fuerza ejecutoria incorporada) de determinados actos y disposiciones de particulares que, en sí mismos, no podrían, de otro modo, pretender más valor que el de las actuaciones privadas. Con esta intervención pública en los actos de los particulares, el poder público dota de seguridad y certeza a los mismos, pacificando así el tráfico jurídico. Con independencia de lo cual, es claro que la posibilidad de la intervención de la jurisdicción nunca queda excluida si, pese a todo, el conflicto finalmente se presenta. [93] Con cierta impropiedad, pero con evidente fuerza expresiva, esta función pacificadora anticipada, típica de la actividad notarial de autenticación, ha dado lugar a su calificación como «justicia preventiva».

118. Dicho de otro modo, en el contexto conceptual definido en los apartados 92 y 105 de estas conclusiones, los notarios, mediante la autenticación, ejercen, directa y específicamente, una actividad de carácter público, en el sentido de que con ella anticipan a los particulares una autorización para ejercer el propio derecho que, de otro modo, deberían requerir caso por caso. La intervención notarial dispensa de la necesidad de requerir la de otro poder público cuando se quiera hacer valer la realidad declarada auténtica por el notario y, por tanto, confiere al acto autenticado un valor jurídico cualificado, público, que sólo puede discutirse ya ante la jurisdicción (como puede serlo, por lo demás, cualquier acto del poder público). Obviamente, no es la inmunidad frente al control jurisdiccional, imposible en un Estado de Derecho, la cualidad determinante de la condición de poder público, sino la presunción cualificada

93 — Sobre el particular, de Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

de legitimidad de sus actos propios y, en consecuencia, un cierto grado de exigencia en las condiciones necesarias para su control.

119. Es obvio que el notario no ejerce coacción, ni impone unilateralmente obligación alguna. Pero no es éste, como se ha visto, el único criterio determinante de la cualidad de poder público. La autenticación confiere carácter público a actos de particulares, en el sentido de que les confiere anticipadamente un valor jurídico que, de no mediar su intervención, los particulares necesariamente habrían de solicitar de (otro) poder público para hacerlos efectivos con arreglo a Derecho. Se trata, si se quiere, de un poder público que se desenvuelve en el terreno ya más próximo al de los particulares, que es por antonomasia el de la autonomía de la voluntad. Pero su dimensión pública es incontestable si se atiende a su capacidad para convertir en público lo meramente privado y dotarlo, así, de la fuerza inherente al poder público. [94]

120. Cosa distinta es que, admitida la menor intensidad, si se quiere, de su conexión con el ejercicio del poder público en sentido más estricto (por conexión con las facultades del poder soberano), la actividad notarial pueda estar sometida en su ejercicio a condiciones menos estrictas que las reservadas para el caso de las autoridades más implicadas en la expresión de la soberanía.

121. En consecuencia, y en la medida en que la autenticación responde a esa función, considero que se trata de una actividad que participa directa y específicamente en el ejercicio del poder público, al dotar de una cualificación propia a actos, disposiciones y conductas que en otro caso no tendrían más valor jurídico que el de la expresión de una voluntad privada. Aplicada la jurisprudencia Reyners a esta conclusión, y siendo la autenticación el núcleo indisociable de la función notarial en todos los Estados demandados, ha de afirmarse que la profesión notarial, en general y comprendida en su conjunto, participa directa y específicamente en el ejercicio del poder público.

122. Entiendo, sin embargo, que esta conclusión no permite todavía, por sí sola, dar respuesta al primer motivo de los presentes recursos de incumplimiento.

94 — En este sentido, algunas peculiaridades, de tipo simbólico, puestas de manifiesto por algunos Estados miembros pueden servir de confirmación de la tesis que sostengo. Así, el hecho de que, en algunos Estados, los notarios reciban en depósito y hagan uso del sello del Estado. Igualmente expresiva de la función pública de los notarios aparece la fórmula ejecutoria, en algunas ocasiones, como, por ejemplo, en Francia: «En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis».

4. La cláusula de nacionalidad ante el principio de proporcionalidad

123. Hasta aquí ha llegado el análisis de la vertiente funcional de la profesión notarial en los Estados demandados. Sin embargo, la Comisión ha concentrado su petición de declaración de incumplimiento en un concreto extremo del estatuto de los notarios, la cláusula de nacionalidad. Pues bien, a partir de aquí es preciso esclarecer si la inclusión de la profesión notarial en el «ámbito negativo de aplicación» de la libertad de establecimiento arrastra ineluctablemente, o no, la legitimidad de dicha cláusula. Ello es tanto como decir que, como se había anunciado, es necesario realizar un control de proporcionalidad en el que se pondere, por un lado, la discriminación por razón de nacionalidad y, por otro, el grado de relación de la actividad notarial con el poder público.

a) El estatuto notarial

124. Ciertamente a la función sigue un estatus, y este estatus confirma la calificación efectuada respecto de la función. Así, el notario es un funcionario público que representa al Estado, si bien la actividad está considerada como una profesión liberal. Su nombramiento es permanente y está sujeto a un régimen disciplinario propio de quienes trabajan por cuenta del poder público. [95]

125. La naturaleza funcionarial del vínculo entre el notario y el Estado es especialmente expresiva de la conexión con el poder público. Pues se trata de un nexo que surge en el inicio de la actividad, al prever pruebas de acceso asimiladas a las que rigen para los cuerpos de funcionarios, y que requiere igualmente la prestación de un juramento. El estatuto es, por tanto, la expresión del carácter institucional del vínculo entre el notario y el Estado y que, en consecuencia, permite a aquél formalizar la voluntad estatal a través de la intervención de actos jurídico-privados.

126. En virtud de dicho vínculo, los Estados demandados han introducido en sus ordenamientos el requisito de ostentar la nacionalidad del país a quienes quieran acceder a la profesión de notario. Este requisito, que introduce una discriminación directa por razón de nacionalidad y evidentemente forma parte del estatuto personal de quien desempeña la profesión de notario, es el elemento que, en opinión de la Comisión, infringe los artículo 43 y 45.1 CE y que, como a continuación se expondrá, debe ser objeto de un control de proporcionalidad.

95 — Véanse los puntos 18, 25, 32, 40, 47 y 54 de estas conclusiones.

b) La discriminación por razón de nacionalidad a la luz de los artículos 43 y 45.1 CE

127. Tal y como ya se ha expuesto en los apartados 83 a 86 de estas conclusiones, al aplicar los artículos 43 y 45.1 CE no sólo es necesario apreciar si una actividad participa en el ejercicio del poder público, sino que también debe, a continuación, analizarse si la medida estatal impugnada encuentra justificación, a la luz del principio de proporcionalidad, en los objetivos que persiguen ambos preceptos.

128. En primer lugar, hay que destacar que el artículo 45.1 CE, a pesar del entendimiento más «espontáneo» que se haya podido venir haciendo, y a pesar de que la jurisprudencia acaso pueda apuntar hacia lo contrario, [96] no hace referencia alguna a la discriminación por razón de nacionalidad. Por tanto, la asociación que tradicionalmente se hace entre el artículo 45.1 CE y los requisitos de nacionalidad debe apreciarse con cautela, pues es una relación que se ha formado como consecuencia de los asuntos que ha resuelto hasta la fecha el Tribunal de Justicia, pero no es el fruto de un vínculo *necesario* entre ambos. [97] Es importante resaltar que, si bien el artículo 45.1 CE es una disposición que no ha cambiado desde su redacción originaria, el Tratado sí lo ha hecho y en profundidad. Si la primera comprensión del artículo 45.1 CE pudo estar ligada a la nacionalidad, la transformación que han vivido los Tratados constitutivos en los últimos veinte años no debe llevar a concluir, de forma un tanto precipitada, que dicho precepto presuponga necesariamente que los Estados miembros están legitimados para introducir sin mayores cautelas discriminaciones por razón de nacionalidad.

129. En segundo lugar, apenas es necesario advertir que la discriminación directa por razón de nacionalidad no es una medida cualquiera, cuyo resultado se agote en la simple obstaculización de la libre circulación. Muy al contrario, esta forma de discriminación tiene una dimensión muy particular para el Derecho de la Unión, pues, para empezar, constituye la manifestación más descarnada del proteccionismo nacional. [98] En una Unión

96 — Véase la jurisprudencia citada en la notas 64 a 73.

97 — Prueba de ello es que el artículo 45.1 CE ha sido también invocado, aunque sin éxito, para justificar requisitos de residencia, o de estructuras permanentes en un Estado miembro, como sucedió en los asuntos Comisión/Alemania y Comisión/Austria, antes citados.

98 — Véanse, en general, Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Ed. Kluwer, La Haya, 2003, y Rossi, M., «Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV» *Europarecht,* 2000, p. 197 y ss.

que proclama la creación de un mercado sin fronteras interiores, la existencia de discriminaciones directas por razón de nacionalidad constituye la negación de la idea misma de la integración. La excepcionalidad sobresale aún más si se recuerda que la Unión ha interiorizado los derechos fundamentales, singularmente el principio de igualdad, a tenor de los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales. [99] Así, una Unión de Derecho que garantiza el respeto a los derechos fundamentales no puede menos que interrogarse ante un resultado interpretativo que aboque en una forma de discriminación que es ya grave por sí misma, pero que, además, atenta contra los principios más elementales del mercado interior. Así lo constata el artículo 12 CE, cuando declara que «se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad», y así lo confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que reiteradamente ha descartado el recurso a estas medidas por parte de los Estados miembros. En consecuencia, puede afirmarse que entre todas las causas de discriminación que prohíbe el Derecho de la Unión, la fundamentada en la nacionalidad resulta particularmente grave. [100]

130. Resulta, por tanto, inevitable plantearse el alcance de la fuerza derogatoria de la regla resultante de los artículos 43 y 45.1 CE sobre el resto del Tratado y, en particular, sobre algunos de sus principios básicos.

131. Como resulta bien sabido, las discriminaciones por razón de nacionalidad están proscritas por el Tratado en el artículo 12 CE. [101] Ahora bien, como resultado de una aplicación conjunta de los artículos 43 y 45.1 CE podría suceder, en principio, que un Estado adopte lícitamente respecto de personas físicas, una medida que entrañe una discriminación de esta naturaleza. Alternativamente, se podría afirmar que, en un supuesto así, cabe aplicar el artículo 18 CE, que proclama la libre circulación de perso-

99 — En sus conclusiones presentadas en el asunto Coleman (sentencia de 17 de julio de 2008, C-303/06, Rec. p. I-5603) el abogado general Poiares Maduro destacaba que «la manera más fácil de que la dignidad y la autonomía de [las] personas resulte afectada es situarla directamente en el punto de mira por tener una característica problemática. Tratar a alguien peor por razones tales como religión, edad, discapacidad u orientación sexual socava ese valor especial y único que tienen las personas en virtud de su condición humana. Reconocer el mismo valor a cada ser humano significa que uno debe ser ciego a este tipo de consideraciones cuando impone una carga a alguien o le priva de un beneficio. Con otras palabras, se trata de características que no deberían desempeñar papel alguno a la hora de determinar si es justo o no tratar a alguien de un modo menos favorable» (punto 10).

100 — Prueba de esta gravedad es la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia que reiteradamente ha desautorizado los esfuerzos de los Estados miembros por justificar la adopción de normas discriminatorias por razón de nacionalidad. Véanse, entre muchas otras, las sentencias de 20 de octubre de 1993, Phil Collins y otros (C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145), apartado 33; de 2 de octubre de 1997, Saldanha y MTS (C-122/96, Rec. p. I-5325), apartados 26 y 29; de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia (C-388/01, Rec. p. I-721), apartados 19 y 20; de 5 de junio de 2008, Wood (C-164/07, Rec. p. I-4143), apartado 13, y de 16 de diciembre de 2008, Huber (C-524/06, Rec. p. I-9705) apartados 78 y 79.

101 — Véanse las sentencias de 17 de mayo de 1994, Corsica Feries (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 19; de 29 de febrero de 1996, Skanavi y Chryssanthakopoulos (C-193/94, Rec. p. I-929), apartado 20; de 25 de junio de 1997, Mora Romero (C-131/96, Rec. p. I-3659),, apartado 10; de 12 de mayo de 1998, Gilly (C-336/96, Rec. p. I-2793), apartado 37; de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal (C-100/01, Rec. p. I-10981), apartado 25; de 11 de diciembre de 2003, AMOK (C-289/02, Rec. p. I-15059), apartado 25; de 29 de abril de 2004, Weigel (C-387/01, Rec. p. I-4981), apartado 57.

nas cuando no sean de aplicación las libertades económicas. Sin embargo, este precepto, como es bien sabido, se aplica «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados»; limitaciones que incluyen, claro está, al artículo 45.1 CE. [102]

132. Por tanto cabe afirmar que, al situar una discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito negativo de aplicación de la libertad de establecimiento, los Estados miembros quedarían habilitados a excepcionar el Derecho de la Unión sin que, en principio, ninguna otra disposición de los Tratados permita cuestionar la medida.

133. Este resultado, que sitúa al artículo 12 CE en una situación de subordinación respecto de otras disposiciones del Tratado, me parece cuestionable. El hecho de que el artículo 12 CE esté sujeto a condiciones no implica, antes al contrario, que se trate de una norma subsidiaria. Su posición sistemática en el Tratado, así como la relevancia que asume el principio de no discriminación en el Derecho de la Unión, apela a una comprensión del precepto más como una norma panóptica que como una norma subsidiaria, en el sentido de automáticamente excluible en función de otros preceptos más específicos del Tratado. Además, el Tribunal de Justicia parece haberse inclinado por esta interpretación en tiempos más recientes. [103] Por tanto, el solo hecho de que una actividad se aprecie, a la luz de los artículos 43 y 45.1 CE, como comprendida en el ámbito negativo de aplicación de la libertad de establecimiento, no implica necesariamente que esté exenta de una interpretación sistemática a la luz del artículo 12 CE.

134. Esta interpretación se refuerza aún más al observar que, en un caso como el presente, donde una actividad como la notarial aparece relacionada con el ejercicio del poder público, siguen siéndole aplicable a aquélla otras disposiciones del Tratado. Tal es singularmente el caso del artículo 86 CE, que exige a los Estados miembros que velen por el cumplimiento de las normas de competencia en aquellos sectores sujetos a obligaciones de servicio público. [104] Si el Tribunal de Justicia declara

102 — Véanse Rossi, M., «Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV», antes citado, pg. 208; Epiney, A., «The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship», *European Law Journal*, 2007, p. 611 y ss.; Kadelbach, S., «Union Citizenship», en von Bogdandy, A., y Bast, J., *Principles of European Constitutional Law*, 2ª ed, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005, p. 461.

103 — Véase la sentencia de 11 de enero de 2007, Comisión/Grecia (C-251/04, Rec. p. I-), apartado 26, así como las conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto Neukirchinger (C-383/08, pendiente ante este Tribunal), presentadas el 7 de septiembre de 2010, en particular los puntos 60 a 69.

104 — Véanse van Vormizeele, P.V., «Art. 86», en Schwarze, J., *EU-Kommentar*, antes citado; Buendía Sierra, J. L., *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999; Prosser, T., *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford, 2005, y Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishers, Oxford, 2007.

que una actividad se encuentra bajo el alcance del artículo 45.1 CE, ello no implica necesariamente que aquélla se encuentre inmune a las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE. [105] Lo mismo sucede con las bases jurídicas previstas para la puesta en marcha de las políticas de la Unión, que en nada impiden a las instituciones adoptar reglamentos o directivas en ámbitos que, desde la perspectiva de las libertades, han sido excluidos de su ámbito de aplicación. Así lo confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, por ejemplo, tiene declarado que la actividad notarial se encuentra sujeta a IVA, al considerar que el notario es sujeto pasivo del impuesto, en tanto que realiza con carácter independiente una actividad económica, «cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad». [106] En efecto, en el asunto Comisión/Países Bajos nuestra jurisdicción a la vez que constató el carácter público de la actividad notarial, declaró en el contexto preciso de la imposición indirecta, que dicha actividad no se ejerce en calidad de órgano de Derecho público, «puesto que no están integrados en la organización de la administración pública, sino en tanto que actividades económicas independientes, ejercidas en el marco de una profesión liberal». [107]

135. En definitiva, el hecho de que una actividad se encuentre relacionada con el ejercicio del poder público no exime a los Estados miembros de cumplir el Derecho de la Unión. Esta obligación, que en el caso de autos afecta a la actividad notarial y, por tanto, a un colectivo integrado por personas físicas, debe tenerse en especial consideración cuando se produce una discriminación por razón de nacionalidad. Al tratarse de personas físicas, por un lado, y discriminaciones basadas en la nacionalidad, por otro, el presente asunto exige necesariamente abordar el problema también a la luz del estatuto de ciudadanía de la Unión.

136. Desde el año 1992, en efecto, tanto los Tratados como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han contribuido a crear un vínculo de ciudadanía, directo y de carácter evolutivo, entre el individuo y la Unión. [108] Como es bien sabido, esta relación se constituye a través de la nacionalidad de cada Estado miembro, lo que no quiere decir que se trate de una ciudadanía superpuesta, antes al contrario: es un estatuto que se constituye como consecuencia del nacional, pero que, una vez creado, se proyecta y atribuye derechos y deberes de forma autónoma, sin que los Estados miembros puedan adoptar normas que lo contraríen. Esta autonomía la ha confirmado recientemente el Tribunal de Justicia en el asunto

105 — Véanse, entre otras, las sentencias de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769); de 4 de mayo de 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479); de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223); de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979); de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941); de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941); de 3 de julio de 2003, Chronopost y otros/Ufex y otros (C-83/01 P, C-93/01 P y C-94/01 P, Rec. p. I-6993); así como la de 1 de julio de 2008, MOTOE (C-49/07, Rec. p. I-4863).

106 — Sentencia de 26 de marzo de 1987, Comisión/Países Bajos (235/85, Rec. p. 1471). La cita procede del artículo 4, apartado 1, de la llamada «Sexta Directiva del IVA», Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54).

107 — Sentencia antes citada, apartado 22.

108 — Véase, entre otros, O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship,* Kluwer Law International, La Haya, 1996, pp. 23 a 30.

Rottmann, al afirmar que los Estados miembros no pueden interferir en el vínculo entre el ciudadano y la Unión privando injustificadamente a aquél de la nacionalidad estatal. En consecuencia, una medida nacional que pueda «acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo 17 CE y de los derechos correspondientes está comprendida, *por su propia naturaleza,* en el ámbito del Derecho de la Unión». [109]

137. Además, la ciudadanía europea no sólo se proyecta como un vínculo directo entre el ciudadano y la Unión, sino también como una esfera de relaciones entre el ciudadano y todos los Estados miembros. Esta vertiente de la ciudadanía garantiza a todo nacional el derecho a la libre circulación por el territorio de la Unión, así como el derecho a residir en cualquier Estado miembro. El vínculo con la Unión despliega así un efecto horizontal respecto de todas las autoridades nacionales, que deben abstenerse de adoptar medidas que obstaculicen o hagan más difícil la libre circulación, incluso cuando la medida afecta a los nacionales del propio Estado concernido. [110] A este fin, el Tribunal de Justicia ha reforzado el alcance del artículo 18 CE, comenzando por atribuirle efecto directo [111] y desarrollando después una relevante jurisprudencia que ha dado contenido al estatuto del ciudadano móvil, incluso en situaciones donde el individuo afectado no ejercía actividad económica alguna, [112] o cuando la medida afectaba a familiares procedentes de Estados terceros. [113]

138. Una cláusula de nacionalidad que afecta a personas físicas y que se introduce bajo la pretendida cobertura del ámbito negativo de la libertad de establecimiento, debe ante todo ser calificada como una medida que incide en el estatuto de ciudadanía. Y ello en la medida en que utiliza el criterio de imputación de la ciudadanía europea, la nacionalidad del Estado, como causa para impedir el acceso a actividades que participan en el ejercicio del poder público, en el sentido del artículo 45.1 CE. Ahora bien, los Tratados sólo pueden admitir en circunstancias muy cualificadas, que, como veremos, no se darían en nuestro caso, que la causa constitutiva de la ciudadanía europea actúe como causa de derogación de una facultad íntimamente ligada

109 — Sentencia de 2 de marzo de 2010 (C-135/08, Rec. p. I-1449), apartado 42 (cursiva añadida).

110 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 2 de octubre de 2003, Garcia Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613); de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul (C-353/06, Rec. p. I-7639) o la ya citada en el asunto Rottmann.

111 — Sentencia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, Rec. p. I-7091).

112 — Sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Rec. p. I-6193); de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279); de 15 de marzo de 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119); de 26 de octubre de 2006, Tas-Hagen y Tas (C-192/05, Rec. p. I-10451); de 23 de octubre de 2007, Morgan y Bucher (C-11/06 y C-12/06, Rec. p. I-9161), y, más recientemente, las sentencias de 23 de febrero de 2010, Teixeira (C-480/08, Rec. p. I-1107) e Ibrahim (C-310/08, Rec. p. I-1065).

113 — Véanse, por ejemplo, las sentencias, Carpenter, antes citada, y de 19 de octubre de 2004, Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925).

al estatuto de ciudadanía de la Unión. Al asumir una dimensión transnacional, la ciudadanía europea se asienta sobre la existencia de una comunidad de Estados e individuos que comparten una escala de valores, un alto grado de confianza mutua, así como un compromiso de solidaridad. Si al atribuir la nacionalidad de un Estado miembro se introduce al individuo en esa comunidad de valores, de confianza y de solidaridad, resultaría paradójico que sea precisamente la pertenencia a la misma la que prive al ciudadano de la Unión de ejercer los derechos y libertades que garantiza el Tratado.

139. Por todo lo anterior, cabe afirmar que una discriminación por razón de nacionalidad es una medida que, por su propia naturaleza, constituye una inmisión grave en la esfera del ciudadano europeo, que sólo tras un estricto examen de proporcionalidad, lo que implica la presencia de muy poderosas razones de interés general, sería admisible desde la perspectiva de los artículos 43 y 45.1 CE.

c) El juicio de proporcionalidad

140. Por fin, como se ha expuesto anteriormente, al aplicar un control de proporcionalidad a la regla resultante de los artículos 43 y 45.1 CE es necesario atender al grado de participación en el ejercicio del poder público de la actividad en cuestión. En el caso de autos, y tal como he expuesto en los puntos 115 a 121 de estas conclusiones, la actividad notarial participa en el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45.1 CE, pero, tal como resulta ya de su propia configuración como actividad económica, lo hace en un grado de intensidad menor al de otras actividades, como puedan ser las que supongan el ejercicio directo de las potestades públicas. Por tanto, los Estados miembros están habilitados a adoptar medidas que consideren oportunas y al margen de las libertades citadas, pero siempre que guarden una relación de proporción con los fines u objetivos perseguidos. A la vista de los argumentos aportados por los Estados, si bien es cierto que la profesión notarial está rodeada de garantías y especificidades que visualizan la relevancia de la misma para el tráfico jurídico-privado, también es cierto que ninguna de dichas peculiaridades justifican el que el estatuto de sus miembros integre una medida tan severa y drástica como la discriminación directa por razón de nacionalidad aquí suscitada.

141. Los Estados demandados han invocado, singularmente y a estos efectos, la relevancia del juramento que prestan los notarios antes de la asunción de funciones. Según los Estados, esta declaración expresa el vínculo estrecho que existe entre el notario y el Estado que le atribuye una potestad pública, un vínculo

que exterioriza la lealtad del individuo con una comunidad política dada, y que en el caso de autos se exterioriza en forma de un requisito de nacionalidad. Los Estados demandados han destacado reiteradamente la importancia de este vínculo y, en el caso concreto de Luxemburgo, se llega a asociar la cláusula de nacionalidad para acceder a la profesión de notario con la protección de la identidad constitucional del Gran Ducado.

142. Sin embargo, la noción de lealtad, como manifestación de compromiso y solidaridad con la comunidad política, no puede considerarse ya signo distintivo, exclusivo y excluyente, de los Estados miembros en tanto que tales, de tal modo que requiera ineluctablemente del vínculo de la nacionalidad. Al contrario, el ciudadano europeo, en tanto que tal, no es ajeno a un compromiso de lealtad con la Unión. Una premisa con arreglo a la cual un nacional de un Estado miembro no encontraría modo de expresar un legítimo compromiso de lealtad con otro Estado miembro si no es previa adopción de la nacionalidad correspondiente a este último, supondría un cuestionamiento notable tanto de los artículos 17 y 18 CE, como de los derechos políticos de ciudadanía derivados de los Tratados, al igual que de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

143. Los instrumentos de cooperación judicial en asuntos civiles y penales adoptados por la Unión, destacadamente el previsto en el Reglamento (CE) nº 44/2001, [114] refuerzan esta última idea. El notario, con su intervención, ejerce una actividad de carácter público con efectos que se reconocen automáticamente en todos los Estados de la Unión. La existencia de un alto grado de confianza, así como la comunidad de valores y principios en la que se asienta la Unión, convierten al notario no sólo en agente público del Estado, sino también de la Unión. Ese depósito de autoridad, operativo en el ámbito de la Unión, refleja un compromiso de lealtad más complejo que el existente simplemente entre el nacional y su Estado. El notario se inserta así en un marco en el que la lealtad se proyecta tanto sobre el Estado que confiere la autoridad como con la Unión que la asume, al igual que sobre los demás Estados miembros.

144. Llegado un momento en el proceso de integración europea en el que los ciudadanos de la Unión están facultados para participar en los procesos democráticos de decisión nacional allá donde residen, como es el caso de la democracia local, o para impulsar

114 — Reglamento 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 en concreto su artículo 57.

iniciativas legislativas populares a nivel europeo, la noción de lealtad no puede circunscribirse única y necesariamente a los nacionales del propio Estado. Entendida la lealtad como un compromiso en la asunción de derechos y deberes que une al ciudadano con el Estado miembro y con la Unión, considero que no es necesario, ni por tanto legítimo, en las circunstancias de este procedimiento, exigir un vínculo de nacionalidad con el Estado miembro a fin de expresar dicha responsabilidad.

145. Una mención aparte merece, en todo caso, la función del Gerichtskommissär que asumen los notarios particularmente en Austria. Si bien es cierto que el notario, en el ejercicio de estas funciones, puede adoptar decisiones individuales y obligatorias, también es cierto que se trata de una función accesoria que, además, se limita significativamente a la materia sucesoria. Asimismo, tal como declaró el agente del gobierno austriaco en el curso de la vista, el notario que interviene como Gerichtskommissär actúa en calidad de profesión liberal y no como funcionario, algo que, en principio, indica que se trata de una función abierta a la competencia. Por tanto, y a la luz de los elementos aportados al proceso, el hecho de que el notario austriaco asuma funciones de comisario judicial no justifica tampoco que la regla resultante de los artículos 43 y 45.1 CE dé cobertura a una discriminación directa por razón de nacionalidad.

5. Conclusión al primer motivo de incumplimiento

146. En definitiva, una medida que introduce una cláusula de nacionalidad como la cuestionada por la Comisión en estos procedimientos, resulta desproporcionada en cuanto no es necesaria para alcanzar los fines que persigue cada Estado al sustraer la actividad notarial de la libertad de establecimiento. En consecuencia, y a pesar de tratarse de una actividad que participa en el ejercicio del poder público, y por tanto comprendida en el ámbito negativo de la libertad de establecimiento, considero que, en las circunstancias precisas de la profesión notarial, los artículos 43 y 45.1 CE no admiten una medida estatal que discrimina por razón de nacionalidad a quienes quieren acceder a dicha profesión. Por todo lo anterior, considero que la actividad notarial tal como se desarrolla en los Estados demandados, si bien queda comprendida dentro del ámbito negativo de aplicación de la libertad de establecimiento resultante de los artículos 43 y 45.1 CE, no autoriza, por desproporcionada, la previsión de una cláusula de nacionalidad como pieza del estatuto notarial, por no venir ello exigido por el grado de intensidad en que dicha actividad participa en el ejercicio del poder público. Procede, por tanto, estimar el primer motivo de incumplimiento, basado en la vulneración de los artículos 43 y 45.1 CE.

B. *Sobre el segundo motivo de incumplimiento*

147. Con la excepción de la República Francesa, la Comisión imputa a los Estados demandados la infracción de la Directiva 2005/36, relativa al reconocimiento de cualificaciones, al no haberla aplicado a la actividad notarial en su normativa interna de transposición.

148. Como se ha expuesto anteriormente, la profesión notarial se encuentra en el «ámbito negativo de aplicación» de la libertad de establecimiento, como consecuencia de la interpretación de los artículos 43 y 45.1 CE. Asimismo, ya he destacado en las páginas precedentes que un desenlace de este tipo no implica necesariamente que los Estados no deban cumplir las obligaciones que se derivan de los Tratados. Sin embargo, en el caso de la Directiva 2005/36 existen dudas razonables sobre su aplicación a la profesión notarial.

149. En el marco de un recurso por incumplimiento, corresponde a la Comisión demostrar que el Estado demandado ha incurrido en una infracción del ordenamiento de la Unión. Sin embargo, y tal como consta en autos, la Comisión se ha limitado a invocar la no transposición en plazo de la Directiva 2005/36, mientras que los Estados miembros han destacado no sólo la aplicación del artículo 45.1 CE, sino también la exclusión que hace el citado texto, en el considerando 41, de la actividad notarial.

150. En su considerando 41, la propia Directiva 2005/36 declara que «la presente Directiva no prejuzga la aplicación del artículo 39, apartado 4, ni del artículo 45.1 del Tratado relativos en particular a los notarios». El legislador, aun con toda la ambigüedad de esta declaración, parece implícitamente dar a entender que la respuesta a la adscripción de la actividad notarial al artículo 45.1 CE *arrastraría* la respuesta a la cuestión de la aplicación de la Directiva a esta profesión. De la estrategia procesal de la Comisión, al limitarse a argumentar desde la perspectiva del artículo 45.1 CE, parece deducirse que comparte el planteamiento recogido en el referido considerando 41. Ahora bien, dada la respuesta que propugno a la primera cuestión, habría sido necesario que la Comisión hubiera aportado otros argumentos en relación con la extensión de la Directiva a la profesión notarial. Su argumento único basado en una interpretación de la noción de «poder público» que recoge el artículo 45.1 CE, ha quedado, en efecto, desactivado. En estas circunstancias, es claro que la Comisión no ha aportado

ningún argumento válido que nos permita estimar el segundo motivo de incumplimiento.

151. En consecuencia, considero que el segundo motivo, en la medida en que la Comisión no ha demostrado que los Estados miembros estén obligados a dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en la citada Directiva 2005/36 respecto de la actividad notarial, no está fundado.

VI. Costas

152. De acuerdo con el artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, «cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas». Al haber admitido uno de los dos motivos de incumplimiento esgrimidos, recomiendo al Tribunal de Justicia, a fin de realizar una justa distribución de las cargas que ha supuesto este procedimiento para las partes, que la Comisión Europea, el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Austria, la República Federal de Alemania y la República Helénica soporten sus propias costas.

153. Respecto del recurso de incumplimiento dirigido contra la República Francesa, debe recordarse que el artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, establece que la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimado el único motivo formulado por la República Francesa, procede condenarla en costas, al haberlo solicitado así la Comisión.

154. Con arreglo al apartado 4, párrafo primero, del citado artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la República de Lituania, Rumanía, la República de Bulgaria, la República de Polonia, la República Federal de Alemania, la República de Eslovenia, la República de Austria, la República Checa, la República Eslovaca, la República de Hungría, la República de Letonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Francesa, que han intervenido como coadyuvantes en el presente litigio, soportarán sus propias costas.

VII. Conclusión

155. Por todo lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia:

En el recurso C-47/08:

1) Declarar que el Reino de Bélgica, al adoptar una medida como la prevista en el artículo 35, apartado 3, de la Ley de 25 Ventoso del año XI, modificada por la Ley de 4 de mayo de 1999, por la que se limita el acceso a la profesión notarial exclusivamente a los nacionales belgas, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Que la Comisión y el Reino de Bélgica carguen con sus propias costas.

4) Que la República de Lituania, la República Checa, la República de Eslovaca, la República de Hungría, la República de Letonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Francesa, que han intervenido como coadyuvantes en el presente litigio, soporten sus propias costas.

En el recurso C-50/08:

1) Declarar que la República Francesa, al adoptar una medida como la prevista en el artículo 3 del Decreto de 5 de julio de 1973, modificado por el Decreto 89-399,

de 20 de junio de 1989, por la que se limita el acceso a la profesión notarial exclusivamente a los nacionales franceses, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

2) Condenar en costas a la República Francesa.

3) Que la República de Lituania, Rumanía, la República Checa, la República Eslovaca, la República de Hungría, la República de Letonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Bulgaria, que han intervenido como coadyuvantes en el presente litigio, soporten sus propias costas.

En el recurso C-51/08:

1) Declarar que el Gran Ducado de Luxemburgo, al adoptar una medida como la prevista en el artículo 15 de la Ley de 9 de diciembre de 1976, por la que se limita el acceso a la profesión notarial exclusivamente a los nacionales luxemburgueses, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Que la Comisión y el Gran Ducado de Luxemburgo carguen con sus propias costas.

4) Que la República de Lituania, la República Checa, la República de Polonia, la República Eslovaca, la República de Hungría, la República de Letonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Francesa, que han intervenido como coadyuvantes en el presente litigio, soporten sus propias costas.

En el recurso C-53/08:

1) Declarar que la República de Austria, al adoptar una medida como la prevista en el artículo 6, apartado 1, letra a), del reglamento notarial, RGBl nº 75/1871, modificado por el BGBl nº 164/2005, por el que se limita el acceso a la profesión notarial exclusivamente a los nacionales austriacos, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Que la Comisión y la República de Austria carguen con sus propias costas.

4) Que la República de Eslovenia, la República de Lituania, la República Checa, la República de Polonia, la República de Hungría, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Eslovaca, la República de Letonia, la República Federal de Alemania y la República Francesa, que han intervenido como coadyuvantes en el presente litigio, soporten sus propias costas.

En el recurso C-54/08:

1) Declarar que la República Federal de Alemania, al adoptar una medida como la prevista en el artículo 5 del código federal del notariado, modificado por la Ley de 26 de marzo de 2007, por la que se limita el acceso a la profesión notarial exclusivamente a los nacionales alemanes, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Que la Comisión y la República Federal de Alemania carguen con sus propias costas.

4) Que la República de Eslovenia, la República de Lituania, la República Checa, la República de Polonia, la República de Hungría, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República de Estonia, la República Eslovaca, la República de Austria, la República de Letonia, la República de Bulgaria y la República Francesa, que han intervenido como coadyuvantes en el presente litigio, soporten sus propias costas.

En el recurso C-61/08:

1) Declarar que la República Helénica, al adoptar una medida como la prevista en el artículo 19, apartado 1, de la Ley 2830/2000, por la que se limita el acceso a la profesión notarial exclusivamente a los nacionales griegos, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Que la Comisión y la República Helénica carguen con sus propias costas.

4) Que el República de Lituania, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa y la República Francesa, que han intervenido como coadyuvantes en el presente litigio, soporten sus propias costas.