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

1. La Comisión Europea, al amparo del artículo 226 CE, imputa a la República Portuguesa la infracción de la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, [2] al no haber adoptado las medidas pertinentes para hacerla aplicable a la profesión notarial de dicho país.

2. Al igual que en los asuntos C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 y C-61/08, cuyo objeto es también la profesión notarial, en este asunto es necesario determinar previamente si el artículo 45, apartado 1 CE, que prevé una derogación para las actividades que participan en el ejercicio del poder público, es aquí aplicable. [3] Pero, a diferencia de los asuntos citados, la Comisión no impugna la existencia de cláusulas de nacionalidad, dado que en Portugal, en principio, no existe tal limitación. El motivo de este recurso reside en la existencia de un sistema de acceso a la profesión notarial portuguesa diametralmente contrario al que exige la legislación comunitaria, concretamente la Directiva 2005/36, en materia de títulos profesionales.

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005 (DO L 255, p. 2).

3 — 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).

I. Marco normativo

A. *El Derecho comunitario*

3. La Directiva 89/48/CEE, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, [4] preveía un plazo de transposición que, de acuerdo con su artículo 12, vencía el 4 de enero de 1991.

4. En su artículo 2, el texto indicaba:

«1. 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.

2. 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. La profesión de notario no ha sido regulada por ningún instrumento a los que alude el apartado 2 del recién citado precepto.

6. La Directiva 89/48 fue derogada y objeto de codificación por 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, 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*

7. En Portugal, la profesión notarial está regulada por los Decretos-Ley 26/2004 y 27/2004, del Ministro de Justicia, de 21 de abril de 2004. Mediante Decreto 398/2004, también de 21 de abril de 2004, el gobierno adoptó el reglamento por el que se establece el régimen de atribución del título de notario. Este conjunto de disposiciones llevó a cabo una liberalización de la profesión notarial portuguesa, cuya función venía desempeñada por funcionarios de la Administración, sujetos a un régimen de Derecho público.

8. En el artículo 1 del Decreto-ley 26/2004, se prevé que «el notario es el jurista cuyos documentos escritos, elaborados en el ejercicio de su función, dan fe pública».

4 — Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988 (DO 1989, L 19, p. 16).

9. El notario es simultáneamente un funcionario que autentica actos jurídicos, así como un profesional liberal que actúa con toda independencia e imparcialidad. El citado artículo 1 añade que el carácter público y privado de la función notarial es indisociable.

10. Tal como ha reconocido Portugal en su escrito de contestación, la autenticación constituye la actividad principal de la profesión notarial. La autenticación se articula como un acto de delegación del Estado en favor del notario, a quien atribuye la facultad de dar fe pública. Según el artículo 21 del Decreto-ley 26/2004, el símbolo que expresa la intervención notarial es el sello, o su número equivalente, cuyo titular es el notario en exclusiva. El notario interviene a petición de las partes, y garantiza a éstas la legalidad, así como el archivo y conservación de los actos intervenidos.

11. Según el artículo 371 del Código Civil portugués, los documentos autenticados están dotados de una fuerza probatoria cualificada que sólo puede impugnarse mediante vías procesales extraordinarias (artículo 372 del Código Civil). Asimismo, el artículo 46 de la Ley de enjuiciamiento civil declara que la autenticación confiere carácter ejecutivo al documento.

12. En virtud del artículo 25 del Decreto-ley 26/2004, el acceso a la profesión de notario está sujeto a cuatro condiciones: no estar inhabilitado para ejercer funciones públicas; ser titular de una licenciatura en Derecho reconocida por la legislación portuguesa; superar un periodo de prácticas; y haber superado el concurso de acceso convocado por el Consejo del notariado.

13. Aunque el notariado es una actividad liberal, el acceso a la profesión está, en virtud del artículo 6 del Decreto-ley 26/2004, sujeto a un *numerus clausus*. Asimismo, el notario actúa en un espacio territorial determinado, la circunscripción, y como resultado de la atribución de una licencia de instalación. Los honorarios de los notarios se calculan a partir de unos baremos aprobados por el Ministro de Justicia, donde se fijan importes mínimos y máximos, a la vez que se prevé la posibilidad de que existan determinados servicios notariales libres en cuanto al precio.

II. Los procedimientos pre-contencioso y contencioso

14. Con fecha de 21 de diciembre de 2001, la Comisión dirigió a Portugal una carta de emplazamiento, señalando la falta de transposición de la Directiva 89/48 en lo relativo a la profesión notarial. Portugal dio respuesta mediante carta de 17 de junio de 2002, alegando que el gobierno preparaba una reforma legislativa al respecto.

15. El 18 de octubre de 2006 la Comisión transmitió su dictamen motivado a Portugal, instando a que se pusiera fin al

incumplimiento en un plazo de dos meses. A este escrito dio respuesta Portugal mediante carta de 24 de enero de 2007, afirmando que los notarios portugueses participan directa y efectivamente en el ejercicio del poder público, y que por tanto no están sujetos a la libertad de establecimiento ni a la legislación derivada que desarrolla dicha libertad.

16. El marco normativo nacional relevante a los efectos de este proceso por incumplimiento es, por tanto, el vigente a 18 de diciembre de 2006, fecha en la cual transcurrió el plazo otorgado por la Comisión al Estado demandado en el dictamen motivado.

17. El 12 de febrero de 2008 la Comisión interpuso recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia al amparo del artículo 226 CE, al que siguieron los respectivos escritos de contestación, réplica y dúplica entre la demandante y el Estado miembro demandado. Asimismo, el Reino Unido ha intervenido en apoyo de la Comisión, mientras que las intervenciones de la República Checa, Lituania, Eslovenia y Eslovaquia se han expresado en apoyo de Portugal.

III. Pretensiones de las partes

18. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que:

— Al no haber transpuesto la Directiva 2005/36, en particular en lo que respecta al acceso a la profesión de notario, la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha Directiva.

— Se condene en costas a la República Portuguesa.

19. Por su parte, la República Portuguesa insta al Tribunal de Justicia a que declare la desestimación del recurso por infundado e imponga las costas a la Comisión.

IV. Admisibilidad del recurso

20. El gobierno esloveno, en calidad de interviniente, esgrime una excepción de inadmisibilidad en razón de las normas invocadas por la Comisión. En su opinión, la Comisión 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.

21. Esta excepción no puede prosperar.

22. 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. [5]

23. 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 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». [6]

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

6 — 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.

24. Pues bien, como ha señalado la Comisión, de un examen comparativo de dichas disposiciones se desprende que la Directiva 2005/36 reforzó y codificó 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.

25. De ello se desprende que procede desestimar la excepción de inadmisibilidad dado que se refiere a las obligaciones resultantes de la Directiva 2005/36, que ya eran aplicables en virtud de la Directiva derogada.

V. Sobre el motivo de incumplimiento

26. En el presente recurso, la Comisión imputa a la República Portuguesa no haber transpuesto la Directiva 2005/36 en lo concerniente a la profesión de notario. Por su parte, Portugal esgrime que el artículo 45, apartado 1 CE es de aplicación a dicha profesión, sin que sea, por tanto, aplicable la citada Directiva a la actividad notarial.

27. No parece oportuno reiterar aquí en toda su extensión los argumentos ya desarrollados con detalle en mis conclusiones presentadas en el día de hoy en los asuntos C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08

y C-61/08. Por tanto, me limitaré a exponer las principales líneas argumentativas allí desarrolladas para proceder, a continuación, a aplicarlas al caso portugués.

A. *Sobre las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, en el sentido de los artículos 43 y 45.1 CE.*

28. En la medida en que Portugal invoca el artículo 45.1 CE para justificar la no transposición de la Directiva 2005/36, es necesario detenerse, en primer lugar, en el contenido de este precepto.

29. 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 CE.

30. Una vez que el intérprete llega a la conclusión de que una actividad está, en efecto, relacionada con el ejercicio del poder público, procede realizar un control de proporcionalidad. 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,[7] 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.

31. No obstante, la principal dificultad interpretativa que suscitan los artículos 43 y 45.1 CE reside, como es previsible, en la definición precisa de «poder público».

7 — 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.

32. Como ya he expuesto en las conclusiones presentadas en los asuntos C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 y C-61/08, 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. [8]

33. La definición de lo que sea poder público en el sentido del artículo 45.1 CE [9] 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. [10]

34. 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. [11] Poder público es, así, el poder del soberano, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. 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. [12]

8 — Véanse, entre otras, las sentencias de 21 de junio de 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631); de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C-3/88, Rec. p. 4035); 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); de 13 de diciembre de 2007, Comisión/Italia (C-465/05, Rec. p. I-11091), y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C-438/08, Rec. p. I-10219).

9 — 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 pública» y «poder público». Se habla de «autoridad pública», 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 autorității 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»).

10 — 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, 2009.

11 — Por todos, en una bibliografía inabarcable, Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962.

12 — 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.

36. 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.

37. En este sentido 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 obligado. Por el contrario, el particular sólo puede hacer aceptable su voluntad a otro particular con el consentimiento de este último.

38. Siguiendo 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. Estas 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.

39. 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. [13]

40. 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. [14]

13 — 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.

14 — 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.

41. Desde esta perspectiva, 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. [15] 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.

42. 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.

43. 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.

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

45. A la luz de estos elementos, cabe admitir que el notariado portugués, mediante la

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

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

46. 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.

47. 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.

48. 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.

49. En la medida en que la autenticación constituye el núcleo indisociable de la función notarial en la República Portuguesa, ha de afirmarse, por tanto, que la profesión notarial, en general y comprendida en su conjunto, participa directa y específicamente en el ejercicio del poder público. [16]

B. *La aplicabilidad de la Directiva 2005/36 a la profesión notarial*

50. En su considerando 41, la 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.

51. En su escrito de demanda, la Comisión descarta acertadamente que el considerando 41 de la Directiva 2005/36 sirva como parámetro de interpretación del artículo 45.1 CE. En efecto, la afirmación que hace la Directiva en este punto no es determinante a los efectos de calificar la actividad notarial como poder público o lo contrario. Sin embargo, la Comisión reconoce que el considerando confirma que, cuando una actividad está relacionada con el ejercicio del poder público, han de aplicarse los artículos 43 y 45.1 CE. Por tanto, se desprende del escrito de la Comisión que, en caso de que una actividad como la notarial, no vista en abstracto sino a la luz de las circunstancias concretas del caso, esté relacionada con el ejercicio del poder público, no serán de aplicación las disposiciones de la Directiva 2005/36.

52. Por los motivos expuestos en los puntos 45 a 48 de estas conclusiones, considero que el notariado portugués, tal como estaba configurado a 18 de diciembre de 2006, estaba relacionado directa y específicamente con el ejercicio del poder público. En consecuencia, coincido con la Comisión y debe llegarse a la conclusión de que la Directiva 2005/36 no era aplicable a la actividad notarial portuguesa en dicho momento.

53. La República Portuguesa ha esgrimido, principalmente en el transcurso de la vista, que la profesión notarial ha sido objeto de diversas reformas a fin de introducir una mayor competencia en el sector. Para alcanzar este resultado, la agente de la República Portuguesa informó al Tribunal de Justicia de que el legislador portugués ha eliminado el carácter obligatorio de una parte muy significativa de

16 — Véase la sentencia Reyners, antes citada.

actos jurídicos que antes requerían intervención notarial, y de que ahora pueden también realizarse ante otros profesionales. Estas circunstancias podrían, en su caso, ser lo suficientemente relevantes como para poder descartar, eventualmente, la calificación de la actividad notarial realizada en estas conclusiones. Sin embargo, en este procedimiento no cabe abordar tales cambios, pues la fecha relevante a efectos del enjuiciamiento es el plazo marcado por la Comisión a fin de que el Estado demandado ponga fin a los incumplimientos señalados en el dictamen motivado. Como ya se ha adelantado anteriormente, tal fecha se produjo el 18 de diciembre de 2006.

54. Asimismo, el hecho de que en estas conclusiones se considere que el notariado portugués está relacionado con el ejercicio del poder público, no significa que haya quedado zanjado el debate sobre el alcance de los artículos 43 y 45.1 CE a la actividad notarial en Portugal. Tal como he defendido en mis conclusiones presentadas en los asuntos C-47, C-50, C-51, C-53, C-54 y C-61/08, antes citadas, la constatación de que una actividad se encuentra relacionada con el ejercicio del poder público conlleva la realización de un control de proporcionalidad a la luz de los artículos 43 y 45.1 CE. Sin embargo, el hecho de que en el presente procedimiento la Comisión haya esgrimido únicamente una pretensión concerniente a la Directiva 2005/36, excluye un análisis del asunto a partir del referido parámetro.

55. En consecuencia, procede desestimar el recurso.

VI. Costas

56. A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimada la pretensión de la Comisión, procede condenarla en costas, conforme a lo solicitado por la República Portuguesa.

57. Con arreglo al apartado 4, párrafo primero, del mismo artículo, la República Checa, la República de Lituania, la República de Eslovenia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Eslovaca, que han intervenido como coadyuvantes en el presente litigio, soportarán sus propias costas.

VII. Conclusión

58. En virtud de todo lo expuesto, propongo el Tribunal de Justicia:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar en costas a la Comisión Europea.

3) La República Checa, la República de Lituania, la República de Eslovenia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Eslovaca cargarán con sus propias costas.