

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 24 de mayo de 2011 *

En el asunto C-54/08,

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

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

parte demandante,

apoyada por:

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

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: alemán.

contra

República Federal de Alemania, representada por el Sr. M. Lumma, la Sra. J. Kemper y los Sres. U. Karpenstein y J. Möller, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

apoyada por:

República de Bulgaria, representada por el Sr. T. Ivanov y la Sra. E. Petranova, en calidad de agentes,

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

República de Estonia, representada por el Sr. L. Uiibo, en calidad de agente,

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

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

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

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

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

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

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

República Eslovaca, representada por el Sr. J. Čorba y la Sra. B. Ricziová, en calidad de agentes,

partes coadyuvantes,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

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

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

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

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

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, así como en virtud de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que

sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (DO 1989, L 19, p. 16), en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001 (DO L 206, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 89/48»), y de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO L 255, p. 22), al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario y al no haber transpuesto, en relación con esta profesión, la Directiva 89/48 y/o la Directiva 2005/36.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

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

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

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

- 4 La profesión de notario no ha sido objeto del tipo de regulación al que se refiere dicho artículo 2, párrafo segundo.
- 5 La Directiva 89/48 establecía un plazo de transposición que vencía, según lo dispuesto en su artículo 12, el 4 de enero de 1991.
- 6 La Directiva 2005/36 derogó, en virtud de su artículo 62, la Directiva 89/48 con efectos a partir del 20 de octubre de 2007.
- 7 El noveno considerando de la Directiva 2005/36 tiene la siguiente redacción:

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

- 8 El decimocuarto considerando de la citada Directiva establece:

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

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

Normativa nacional

Organización general de la profesión notarial

- ¹⁰ Con la excepción del Land de Bade-Wurtemberg, en el ordenamiento jurídico alemán los notarios ejercen su actividad en el marco de una profesión liberal. La organización de la profesión de notario se encuentra regulada en el Bundesnotarordnung (Código Federal del Notariado), de 24 de febrero de 1961 (BGBl. 1961 I, p. 97), en su versión modificada por la Sechstes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung (sexta Ley de modificación del Código Federal del Notariado), de 15 de julio de 2006 (BGBl. 2006 I, p. 1531) (en lo sucesivo, «BNotO»).
- ¹¹ En virtud del artículo 1 del BNotO, los notarios son nombrados por los Länder en calidad de funcionarios públicos independientes encargados de la autenticación de los actos jurídicos y de otras funciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.
- ¹² La primera frase del artículo 4 del BNotO prevé que el número de notarios a cuyo nombramiento habrá de procederse será el que corresponda a las necesidades de una eficaz administración de la justicia.
- ¹³ A tenor de la primera frase de los apartados 1 y 2 del artículo 10 del BNotO, se asignará al notario un lugar determinado como centro de su actividad, en el que deberá estar situado su despacho. Con arreglo a los artículos 10a y 11 del BNotO, el ejercicio de su actividad se circunscribirá, en principio, a una zona territorial determinada.

- 14 En virtud de la primera frase del artículo 17, apartado 1, del BNotO, el notario percibirá por su actividad los honorarios que prescribe la ley.
- 15 A tenor del artículo 19, apartado 1, del BNotO, el notario es el único responsable de los actos realizados en el marco de su actividad profesional, quedando excluida a este respecto la responsabilidad del Estado.
- 16 Dentro del Land de Bade-Wurtemberg, y de conformidad con la posibilidad prevista en el artículo 115, apartado 1, del BNotO, en el territorio de Bade la función notarial la ejercen «Notare im Landesdienst» (notarios al servicio del Land), que son funcionarios adscritos al Land. En el resto del territorio de la República Federal de Alemania, y en función de los diversos Länder, el notario ejerce la profesión en exclusiva o compatibilizándola con la profesión de abogado («Anwaltsnotare»), de conformidad con el artículo 3 del BNotO.
- 17 Con arreglo al artículo 5 del BNotO, únicamente podrán desempeñar la función de notario aquellas personas que posean nacionalidad alemana.

Actividades notariales

- 18 A tenor de la primera frase del artículo 20, apartado 1, del BNotO, el notario es competente para proceder a la autenticación de toda clase de documentos, así como para dar fe tanto de las firmas, rúbricas y otros signos manuscritos como de las copias de documentos. La intervención del notario puede ser obligatoria o facultativa, en función del acto que deba autenticarse. Mediante su intervención, el notario comprueba que concurren los requisitos legalmente exigidos para realizar el acto de que se trate, así como la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de los otorgantes.

- 19 Con arreglo al artículo 17, apartado 1, de la Beurkundungsgesetz (Ley sobre autenticación de documentos), de 28 de agosto de 1969 (BGBl. 1969 I, p. 1513), en su versión modificada por la Ley de 23 de julio de 2002 (BGBl. 2002 I, p. 2850), el notario debe asegurarse de la voluntad de las partes interesadas, clarificar los hechos, informar a las partes sobre el alcance jurídico del acto de que se trate y reproducir sus declaraciones por escrito de un modo claro e inequívoco, a fin de evitar tanto los errores y dudas como la posibilidad de que un otorgante inexperimentado resulte perjudicado.
- 20 A tenor del artículo 4 de la misma Ley, en su versión modificada, el notario deberá denegar la autenticación cuando ésta no pueda conciliarse con los deberes de su función, en particular cuando se solicite su intervención con ánimo de implicarlo en un fin manifiestamente ilícito o inmoral.
- 21 El artículo 286 del Zivilprozessordnung (Código de Enjuiciamiento Civil), en su versión publicada el 5 de diciembre de 2005 (BGBl. 2005 I, p. 3202; corrección de errores en BGBl. 2006 I, p. 431, y en BGBl. 2007 I, p. 1781) (en lo sucesivo, «ZPO»), consagra el principio de libre apreciación de las pruebas por el juez.
- 22 El artículo 415, apartado 1, del ZPO, que figura en el título 9 –denominado «De la prueba documental»– del capítulo 1 del Libro 2 de dicho Código, prevé que los documentos emitidos en la forma prescrita por una autoridad pública en el marco de sus atribuciones o por una persona investida de fe pública en el marco de la esfera de actividades que le ha sido atribuida –a saber, los documentos auténticos– constituyen prueba plena del acto autenticado por la autoridad o persona en cuestión, cuando tales documentos se hayan emitido en relación con una declaración efectuada ante la autoridad o persona facultada para formalizar el documento de que se trate. Según el artículo 415, apartado 2, del ZPO, será admisible, en principio, la prueba de que el acto en cuestión ha sido autenticado de un modo incorrecto.

- 23 De un modo similar, el artículo 418, apartado 1, del ZPO prevé que los documentos auténticos con contenido distinto al de los documentos a que se refiere el artículo 415 constituirán prueba plena de los hechos que relatan siempre que la acreditación de éstos se base en la percepción personal de la autoridad pública o de la persona investida de fe pública. Según el artículo 418, apartado 2, del ZPO, será admisible, en principio, la prueba de la inexactitud de los hechos recogidos en el documento.
- 24 En Derecho civil, el artículo 125 del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil), en su versión publicada el 2 de enero de 2002 (BGBl. 2002 I, p. 42; corrección de errores en BGBl. 2002 I, p. 2909, y en BGBl. 2003 I, p. 738), prevé que la inobservancia de la forma prescrita por la ley para un acto jurídico dará lugar a la nulidad de éste.
- 25 En este contexto, algunos negocios jurídicos deben formalizarse mediante documento notarial, so pena de nulidad. Se trata, en particular, de los contratos relativos a la adquisición y transmisión del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles y a la transmisión de un patrimonio actual, de las promesas de donación, de las capitulaciones matrimoniales, de los pactos de sucesión futura y de los contratos de renuncia a la sucesión, incluida la renuncia a la herencia forzosa o legítima.
- 26 En Baviera, en virtud de la primera frase del artículo 1, apartado 1, de la Gesetz zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes (Ley de desarrollo de la Ley sobre las parejas estables inscritas), de 26 de octubre de 2001 (Bayerisches GVBl., p. 677), en su versión modificada por la Ley de 10 de diciembre de 2005 (Bayerisches GVBl., p. 586) (en lo sucesivo, «AGLPartG»), los notarios con residencia en aquel Land son competentes para autenticar los actos de constitución de parejas estables entre personas del mismo sexo. Según dispone el artículo 2 de la AGLPartG, el notario deberá notificar toda constitución de una pareja estable de este tipo al encargado del Registro Civil competente, quien habrá de proceder a la correspondiente inscripción.
- 27 En el Derecho de Sociedades, los artículos 23, apartado 1, primera frase, 30, apartado 1, y 130, apartado 1, primera frase, de la Aktiengesetz (Ley de régimen jurídico de

las sociedades anónimas), de 6 de septiembre de 1965 (BGBl. 1965 I, p. 1089), en su versión modificada por la Ley de 22 de septiembre de 2005 (BGBl. 2005 I, p. 2802), prevén la obligatoriedad de la autenticación notarial para la aprobación de los estatutos de las sociedades anónimas, para el nombramiento del primer consejo de administración de las sociedades anónimas de nueva creación y para los acuerdos de la junta general de accionistas de tales sociedades. La primera frase del artículo 2, apartado 1, y la primera frase del artículo 53, apartado 2, de la Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ley de régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada) (RGBl. 1898, p. 846), en su versión modificada por la Ley de 4 de julio de 1980 (BGBl. 1980 I, p. 836), establecen la obligatoriedad de documento notarial para la celebración o modificación de los contratos de constitución de sociedades de responsabilidad limitada. Del mismo modo, en virtud de los artículos 6, 163, apartado 3, y 193, apartado 3, primera frase, de la Umwandlungsgesetz (Ley sobre las transformaciones de las sociedades), de 28 de octubre de 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3210; corrección de errores en BGBl. 1995 I, p. 428), deberán formalizarse mediante documento notarial cualesquiera transformaciones de personas jurídicas o entidades mediante fusión, segregación de una parte del patrimonio o cambio de forma jurídica.

- 28 En virtud del artículo 794, apartado 1, punto 5, del ZPO, se procederá a la ejecución forzosa, con sujeción a determinados requisitos y basándose en el correspondiente documento auténtico autorizado por un notario alemán en la forma prescrita y en el marco de sus atribuciones, siempre que en el documento auténtico el deudor haya dado su consentimiento, en relación con el derecho de que se trate, a la ejecución forzosa inmediata.
- 29 En virtud del artículo 797, apartado 2, del ZPO, el notario en cuyo protocolo se conserve el documento auténtico expedirá copias ejecutorias de dicho documento.
- 30 Mediante el recurso contra la atribución de la fórmula ejecutiva regulado en el artículo 797, apartado 3, del ZPO, podrán formularse objeciones de forma y de fondo frente a la atribución de dicha fórmula. Del mismo modo, el apartado 4 del citado artículo 797 del ZPO permite cuestionar, en el marco de un procedimiento de oposición a la ejecución forzosa, el derecho contenido en el documento auténtico de que se trate.

Procedimiento administrativo previo

- 31 La Comisión recibió una denuncia relativa al requisito de nacionalidad exigido para el acceso a la profesión de notario en Alemania. Tras examinar dicha denuncia, la Comisión, mediante escrito de 8 de noviembre de 2000, requirió a la República Federal de Alemania para que le presentara en un plazo de dos meses sus observaciones en relación, por una parte, con la conformidad con el artículo 45 CE, párrafo primero, de dicho requisito de nacionalidad, y, por otra parte, con la falta de transposición de la Directiva 89/48 en lo referente a la profesión de notario.
- 32 Mediante escrito de 20 de marzo de 2001, la República Federal de Alemania respondió a dicho escrito de requerimiento.
- 33 La Comisión remitió a este Estado miembro, el 10 de julio de 2002, un escrito de requerimiento complementario en el que le imputaba haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero, y de la Directiva 89/48.
- 34 Dicho Estado miembro respondió a este escrito de requerimiento complementario mediante un escrito fechado el 31 de octubre de 2002.
- 35 Al no estimar satisfactorias las alegaciones de la República Federal de Alemania, la Comisión remitió a este Estado miembro el 18 de octubre de 2006 un dictamen motivado en el que se declaraba que éste había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero, y de la Directiva 89/48. Dicha institución instó al citado Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento al dictamen motivado en un plazo de dos meses contados a partir de su recepción.

- 36 Mediante escrito de 18 de diciembre de 2006, la República Federal de Alemania expuso los motivos por los que consideraba carente de fundamento la postura adoptada por la Comisión.
- 37 En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la primera imputación

Alegaciones de las partes

- 38 Mediante su primera imputación, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que, al permitir el acceso a la profesión notarial exclusivamente a sus propios nacionales, la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero.
- 39 Dicha institución destaca, a título preliminar, que el acceso a la profesión de notario no está supeditado a ningún requisito de nacionalidad en varios Estados miembros y que este requisito fue suprimido en otros Estados miembros, tales como el Reino de España, la República Italiana y la República Portuguesa.

- 40 La Comisión recuerda, en primer lugar, que el artículo 43 CE constituye una de las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión que tiene por objeto garantizar el trato nacional a cualquier ciudadano de un Estado miembro que se establezca, aunque sólo sea con carácter secundario, en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia y que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad.
- 41 La Comisión y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte alegan que el artículo 45 CE, párrafo primero, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme (sentencia de 15 de marzo de 1988, Comisión/Grecia, 147/86, Rec. p. 1637, apartado 8). A su juicio, en la medida en que contempla una excepción a la libertad de establecimiento respecto de las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, este artículo debe, además, ser interpretado en sentido estricto (sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, Rec. p. 631, apartado 43).
- 42 En consecuencia, la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, debería quedar limitada a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (sentencia *Reyners*, antes citada, apartados 44 y 45). Según la Comisión, el concepto de poder público implica el ejercicio de facultades decisorias que exceden del ámbito del Derecho común y que se traducen en la capacidad de actuar con independencia de la voluntad de otros sujetos o incluso en contra de la voluntad de los mismos. En particular, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el poder público se manifiesta a través del ejercicio de poderes coercitivos (sentencia de 29 de octubre de 1998, Comisión/España, C-114/97, Rec. p. I-6717, apartado 37).
- 43 La Comisión y el Reino Unido consideran que las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público deben distinguirse de las actividades ejercidas en aras del interés general, ya que diferentes profesiones tienen atribuidas competencias específicas relacionadas con el interés general sin que por ello participen en el ejercicio del poder público.

- 44 También consideran que las actividades de asistencia o colaboración con el funcionamiento del poder público no se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 45 CE, párrafo primero (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 1993, Thijssen, C-42/92, Rec. p. I 4047, apartado 22).
- 45 La Comisión y el Reino Unido señalan, asimismo, que el artículo 45 CE, párrafo primero, se refiere en principio a actividades determinadas y no a una profesión en su conjunto, a menos que las actividades de que se trate sean indisociables del conjunto de las ejercidas por dicha profesión.
- 46 En segundo lugar, la Comisión analiza las diferentes actividades ejercidas por los notarios en el ordenamiento jurídico alemán.
- 47 Por lo que se refiere a la autenticación de actos y contratos, la Comisión alega que el notario se limita a dar fe de la voluntad de los otorgantes tras asesorarlos y a atribuir efectos jurídicos a esa voluntad. En el ejercicio de esta actividad, el notario, según la Comisión, no dispone de ninguna facultad decisoria frente a las partes.
- 48 La Comisión estima que no desvirtúa el anterior análisis el hecho de que la legislación alemana considere que la actividad en cuestión forma parte del ámbito de la jurisdicción voluntaria, puesto que los notarios no participan en el ejercicio del poder público por carecer de la facultad de imponer el cumplimiento de decisiones.
- 49 De este modo, la autenticación efectuada por el notario no es sino la confirmación de un acuerdo previo entre los otorgantes. La Comisión considera que carece de pertinencia el hecho de que determinados actos deban autenticarse obligatoriamente, ya que numerosos procedimientos tienen carácter obligatorio sin que de ello quepa deducir una manifestación del ejercicio del poder público.

- 50 A la misma conclusión cabe llegar, según la Comisión, por lo que respecta a las particularidades del régimen probatorio de los documentos notariales, ya que también se reconoce un valor probatorio similar a otros documentos que no guardan relación con el ejercicio del poder público, como los atestados de los agentes rurales, los guardas forestales y los inspectores de caza y pesca. La circunstancia de que el notario comprometa su responsabilidad al redactar documentos notariales también carece de relevancia a juicio de la Comisión, ya que lo mismo sucede con la mayoría de quienes ejercen profesiones liberales, como es el caso de los abogados, los arquitectos o los médicos.
- 51 Por lo que respecta a la fuerza ejecutiva de los documentos autenticados, la Comisión considera que la aposición de la fórmula ejecutiva es anterior a la ejecución propiamente dicha y no forma parte de la misma. De este modo, siempre según la Comisión, esta fuerza ejecutiva no confiere a los notarios ningún poder coercitivo. Por otra parte, la Comisión señala que es el juez y no el notario quien resuelve las controversias que puedan surgir.
- 52 Según la Comisión, tampoco implica participación en el ejercicio del poder público la actividad de asesoramiento jurídico –vinculada con carácter general a la actividad de autenticación– que ejerce el notario en el ordenamiento jurídico alemán.
- 53 A juicio de la Comisión, a diferencia de los encargados del Registro Civil, en general lo notarios no se ocupan de la constitución y modificación del estado civil, sino del régimen patrimonial aplicable a los miembros de la pareja. El hecho de que en Baviera se atribuyan a los notarios funciones en materia de constitución de parejas estables inscritas entre personas del mismo sexo no permite deducir conclusión alguna en lo que atañe a la apreciación, a efectos del Derecho de la Unión, de la posible participación cualificada de los notarios en el ejercicio del poder público.
- 54 En tercer lugar, la Comisión estima, en línea con lo sostenido por el Reino Unido, que las normas del Derecho de la Unión que contienen referencias a la actividad notarial no prejuzgan la aplicación de los artículos 43 CE y 45 CE, primer párrafo, a esta actividad.

- 55 En efecto, por lo que respecta al Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1), y al Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143, p. 15), la Comisión estima que estos Reglamentos se limitan a establecer la obligación de que los Estados miembros reconozcan y doten de fuerza ejecutiva a los documentos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en otro Estado miembro.
- 56 Por otro lado, en lo que atañe al Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DO L 294, p. 1), al Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) (DO L 207, p. 1), y a la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DO L 310, p. 1), la Comisión sostiene que las citadas normas no son pertinentes a los efectos de resolver el presente litigio, puesto que se limitan a atribuir a los notarios —así como a otras autoridades competentes designadas por los Estado miembros— la función de dar fe del cumplimiento de determinados actos y formalidades que se exigen como requisito previo para el traslado del domicilio social y la constitución o fusión de sociedades.
- 57 En cuanto a la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006, sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos (DO C 292 E, p. 105; en lo sucesivo, «Resolución de 2006»), la Comisión considera que se trata de un acto meramente político de contenido ambiguo, ya que, por una parte, en el apartado 17 de esta Resolución, el Parlamento Europeo afirma que el artículo 45 CE debe aplicarse a la profesión de notario, mientras que, por otra parte, en el apartado 2 de la misma, el Parlamento se reafirma en la posición que adoptó en su Resolución de 18 de enero de 1994 sobre la situación y la organización del notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad (DO C 44, p. 36; en lo sucesivo, «Resolución de 1994»), en la cual expresaba el deseo de que se suprimiera el requisito de la nacionalidad para acceder a la profesión de notario previsto en la normativa de diferentes Estados miembros.

- 58 La Comisión y el Reino Unido añaden que el asunto sobre el que recayó la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Rec. p. I-10391), al que hacen referencia varios Estados miembros en sus observaciones escritas, se refería al ejercicio por parte de los capitanes y primeros oficiales de buques de la marina mercante de un amplio catálogo de funciones de mantenimiento de la seguridad, de facultades de policía y de competencias en materia notarial y de estado civil. Así pues, a juicio de la Comisión y del Reino Unido, el Tribunal de Justicia no tuvo ocasión de analizar en detalle a la luz del artículo 45 CE, párrafo primero, las diferentes actividades ejercidas por los notarios. Por consiguiente, siempre según la Comisión y el Reino Unido, no cabe deducir de aquella sentencia que esta disposición sea aplicable a los notarios.
- 59 Por lo demás, contrariamente a lo que alega la República Federal de Alemania, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia distingue a los notarios de las autoridades públicas, al reconocer que un documento auténtico puede ser emitido por una autoridad pública o por cualquier otra autoridad habilitada para ello (sentencia de 17 de junio de 1999, Unibank, C-260/97, Rec. p. I-3715, apartados 15 y 21).
- 60 La República Federal de Alemania, apoyada por la República de Bulgaria, la República Checa, la República de Estonia, la República Francesa, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Austria, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, alega que las actividades de los notarios están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.
- 61 En la misma línea que la Comisión, la República Federal de Alemania considera que el concepto de «poder público», en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, debe interpretarse de manera autónoma y ser objeto de interpretación estricta. No obstante, al igual que la República de Estonia, la República de Polonia y la República Eslovaca, aquel Estado miembro estima que el ejercicio de prerrogativas exorbitantes y poderes de coerción y la existencia de una relación jerárquica con los ciudadanos no constituyen las únicas formas de ejercicio del poder público. En el mismo sentido, la República de Letonia observa que la participación en el ejercicio del poder público no

se circunscribe a la actividad de tomar decisiones con independencia de la voluntad de los interesados.

- 62 Según la República Federal de Alemania, otras actividades pueden también incluirse en el concepto de ejercicio del poder público, siempre que se caractericen por atribuciones especiales frente a los ciudadanos, no sean meramente preparatorias o de carácter técnico sino vinculantes para la autoridad que adopta la decisión, y no sean meramente ocasionales.
- 63 Aquel mismo Estado miembro considera que las funciones que el ordenamiento jurídico alemán atribuye a los notarios se inscriben en la jurisdicción voluntaria, la cual desempeña una función complementaria de la jurisdicción contenciosa. En el marco de sus actividades, los notarios adoptan frente a las partes una actitud tan objetiva e independiente como la del tribunal ordinario que ha de resolver un litigio.
- 64 Todas las funciones que el ordenamiento jurídico alemán atribuye a los notarios son actividades que producen efectos frente a los ciudadanos. Además, las actividades que están relacionadas con el ejercicio del poder público no son ocasionales sino que constituyen la parte fundamental de las actividades de los notarios.
- 65 De este modo, añade la República Federal de Alemania, el Estado transfiere a los notarios la jurisdicción voluntaria, a fin de descongestionar el trabajo acumulado en los tribunales, con excepción del Land de Bade-Wurtemberg, en donde el propio Estado continúa desempeñando esa función. Al proceder a la autenticación de un acto o de un contrato, el notario zanja con carácter definitivo y vinculante el extremo de si un acto jurídico sujeto a un requisito de forma se ha celebrado en las condiciones queridas por las partes. Antes de proceder a la autenticación, el notario comprueba si concurren los requisitos generales e informa a los otorgantes, con plena imparcialidad, acerca de las consecuencias jurídicas del acto. También verifica la licitud de lo pactado por las partes.

- 66 Según la República Federal de Alemania, el documento notarial está dotado, además, de un valor probatorio que vincula a los tribunales a efectos de la apreciación de las pruebas.
- 67 En lo que atañe a la creación de títulos ejecutivos y a la atribución de la fórmula ejecutiva, aquel Estado miembro alega que los contratos formalizados ante notario constituyen en el ordenamiento jurídico alemán títulos ejecutivos cuya ejecución forzosa puede obtenerse mediante la aposición por el notario de una fórmula ejecutiva, sin intervención judicial.
- 68 Según el mismo Estado miembro, la autenticación de un acto o de un contrato produce un título vinculante que equivale a una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada en caso de que en dicho acto o contrato el deudor dé su consentimiento a la ejecución forzosa inmediata.
- 69 Además, en el marco de la ejecución forzosa basada en un documento notarial acompañado de la fórmula ejecutiva atribuida por el notario, el órgano de ejecución está vinculado tanto por las constataciones relativas al crédito que figuren en dicho documento como por la fórmula ejecutiva. Así pues, siempre según la República Federal de Alemania, la creación de un título ejecutivo y la aposición de la fórmula ejecutiva implican la existencia de poderes especiales frente a los ciudadanos, que se ejercen con independencia de la voluntad de éstos, sin perjuicio de que las partes puedan solicitar la suspensión de la ejecución o impugnar la licitud de la aposición de dicha fórmula.
- 70 La República Federal de Alemania alega asimismo que, en Baviera, los notarios son competentes para formalizar la constitución de parejas estables inscritas entre personas del mismo sexo.
- 71 Por lo demás, los actos del Derecho de la Unión mencionados en los apartados 55 y 56 de la presente sentencia atribuyen a los documentos notariales el mismo rango que a las resoluciones judiciales.

- 72 La República Federal de Alemania, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Austria, la República de Polonia y la República de Eslovenia alegan también que, en la sentencia Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró que, a efectos del artículo 39 CE, apartado 4, las funciones notariales de los capitanes de los buques españoles están relacionadas con el ejercicio del poder público. Por otro lado, añaden, de la sentencia Unibank, antes citada, resulta que la formalización de documentos auténticos por un funcionario público como el notario implica una participación directa y específica en el ejercicio del poder público.

Apreciación del Tribunal de Justicia

— Consideraciones preliminares

- 73 Mediante su primera imputación, la Comisión reprocha a la República Federal de Alemania obstaculizar el establecimiento en su territorio, con vistas a ejercer la profesión de notario, de nacionales de otros Estados miembros al permitir el acceso a esta profesión exclusivamente a sus propios nacionales, infringiendo de este modo el artículo 43 CE.
- 74 Así pues, esta imputación únicamente se refiere al requisito de nacionalidad exigido por la normativa alemana en cuestión para acceder a la profesión de notario en relación con el artículo 43 CE.
- 75 Por consiguiente, es necesario precisar que la imputación no se refiere ni al estatuto o la organización del notariado en el ordenamiento jurídico alemán, ni a las condiciones de acceso a la profesión de notario en este Estado miembro diferentes del requisito de nacionalidad.

- 76 Debe señalarse asimismo que, tal como indicó la Comisión en la vista, la primera imputación tampoco se refiere a la aplicación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios.
- 77 Del mismo modo, teniendo en cuenta que la aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de trabajadores no es objeto de la presente imputación, ésta no se refiere a las funciones notariales que ejercen los «Notare im Landesdienst» en el Land de Bade-Wurtemberg, los cuales son funcionarios adscritos al Land.

— Sobre el fondo

- 78 Conviene recordar, de entrada, que el artículo 43 CE constituye una de las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Reyners, antes citada, apartado 43).
- 79 El concepto de establecimiento, en el sentido de esta disposición, es muy amplio e implica la posibilidad de que un nacional de la Unión participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Unión Europea en el ámbito de las actividades por cuenta propia (véase, en concreto, la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 24).
- 80 La libertad de establecimiento en el territorio de un Estado miembro reconocida a los nacionales de otro Estado miembro implica, en particular, el acceso a las actividades por cuenta propia y el ejercicio de las mismas en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales (véanse, en particular, la sentencia de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, 270/83, Rec. p. 273,

apartado 13, y, en este sentido, la sentencia Comisión/Austria, antes citada, apartado 27). Dicho de otra forma, el artículo 43 CE prohíbe a cada Estado miembro prever en su legislación, para las personas que hagan uso de su libertad de establecerse en él, condiciones para el ejercicio de sus actividades que sean diferentes de las fijadas para sus propios nacionales (sentencia Comisión/Austria, antes citada, apartado 28).

- 81 Así pues, el artículo 43 CE tiene por objeto garantizar el beneficio del trato nacional a todo nacional de un Estado miembro que se establezca en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia, y prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad resultante de las legislaciones nacionales, por tratarse de una restricción a la libertad de establecimiento (sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 14).
- 82 Pues bien, en el presente asunto, la legislación nacional controvertida permite el acceso a la profesión de notario exclusivamente a los nacionales alemanes, estableciendo de este modo una diferencia de trato por razón de nacionalidad prohibida, en principio, por el artículo 43 CE.
- 83 La República Federal de Alemania alega, no obstante, que las actividades notariales quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE, ya que están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero. Así pues, es necesario, en un primer momento, analizar el alcance del concepto de ejercicio del poder público en el sentido de esta última disposición y, en un segundo momento, comprobar si las actividades encomendadas a los notarios en el ordenamiento jurídico alemán encajan en ese concepto.
- 84 Por lo que se refiere al concepto de «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, debe señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la apreciación de este concepto debe tener en cuenta el carácter propio que en el Derecho de la Unión tienen los límites fijados por esta disposición a las excepciones permitidas al principio de libertad de establecimiento, con el fin de evitar que la eficacia del Tratado en materia de libertad de establecimiento quede desvirtuada por disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros (véanse, en este

sentido, las sentencias Reyners, antes citada, apartado 50; Comisión/Grecia, antes citada, apartado 8, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal, C-438/08, Rec. p. I-10219, apartado 35).

- 85 Es también jurisprudencia reiterada que el artículo 45 CE, párrafo primero, constituye una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento y que, como tal, esta excepción debe interpretarse de tal modo que quede limitado el alcance de dicho artículo a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición (sentencias Comisión/Grecia, antes citada, apartado 7; Comisión/España, antes citada, apartado 34; de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 45; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, C-393/05, Rec. p. I-10195, apartado 35, y Comisión/Alemania, C-404/05, Rec. p. I-10239, apartados 37 y 46, así como Comisión/Portugal, antes citada, apartado 34).
- 86 Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero, debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (sentencias, antes citadas, Reyners, apartado 45; Thijssen, apartado 8; Comisión/España, apartado 35; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 46; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36).
- 87 A este respecto, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de declarar que no se encuentran comprendidas en la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartado 22; Comisión/España, apartado 38; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 47; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36), o ciertas actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales y hasta una colaboración obligatoria en su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación y de decisión de dichas autoridades (véase, en este sentido, la sentencia Reyners, antes citada, apartados 51 y 53), o determinadas actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartados 21 y 22; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 36 y 42;

Comisión/Alemania, apartados 38 y 44, y Comisión/Portugal, apartados 36 y 41), de poderes coercitivos (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 37), o de poderes de compulsión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Anker y otros, C-47/02, Rec. p. I-10447, apartado 61, y Comisión/Portugal, antes citada, apartado 44).

- 88 Procede examinar, a la luz de las anteriores consideraciones, si las funciones que el ordenamiento jurídico alemán atribuye a los notarios están directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público.
- 89 Para ello debe tomarse en consideración la naturaleza de las actividades desempeñadas por quienes ejercen esta profesión (véase, en este sentido, la sentencia Thijssen, antes citada, apartado 9).
- 90 La República Federal de Alemania y la Comisión coinciden en que la actividad principal de los notarios en el ordenamiento jurídico alemán, que conviene examinar en primer lugar, consiste en la formalización, con las solemnidades exigidas, de documentos autenticados. Para ello, el notario debe comprobar, en particular, que se cumplen todos los requisitos legalmente exigidos para la realización del acto o contrato de que se trate. Por otra parte, el documento autenticado goza de valor probatorio y de fuerza ejecutiva.
- 91 A este respecto, es necesario señalar que, con arreglo a la legislación alemana, se autentican los actos o los contratos libremente celebrados por las partes. En efecto, éstas deciden por ellas mismas, dentro de los límites establecidos por la ley, el contenido de sus derechos y obligaciones y eligen libremente las estipulaciones a las que quieren someterse cuando presentan un acto o contrato para que el notario lo autentique. La intervención de éste supone, pues, la previa existencia de un consentimiento o de un acuerdo de voluntades entre las partes.

- 92 Por otro lado, el notario no puede modificar unilateralmente el contrato que le es sometido para que lo autentifique sin contar previamente con el consentimiento de los otorgantes.
- 93 Así pues, la función de autenticación atribuida a los notarios no está, en sí misma, directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.
- 94 El hecho de que determinados actos o contratos deban autenticarse obligatoriamente so pena de nulidad no desvirtúa la anterior conclusión. En efecto, no es infrecuente que la validez de diferentes actos esté supeditada, en los ordenamientos jurídicos nacionales y conforme a las modalidades establecidas, a requisitos de forma o incluso a procedimientos obligatorios de validación. En consecuencia, esta circunstancia no basta para fundamentar la tesis defendida por la República Federal de Alemania.
- 95 Tampoco desvirtúa la anterior conclusión la obligación de que los notarios comprueben, antes de proceder a la autenticación de un acto o contrato, que se cumplen todos los requisitos legalmente exigidos para su realización y, en caso contrario, se nieguen a autenticarlos.
- 96 Ciertamente, tal como destaca la República Federal de Alemania, el notario realiza esta comprobación en aras de un objetivo de interés general, cual es garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares. No obstante, la persecución de este objetivo no justifica por sí sola que las prerrogativas necesarias al efecto se reserven a los notarios que tengan la nacionalidad del Estado miembro de que se trate.
- 97 El hecho de actuar en aras de un objetivo de interés general no basta por sí mismo para considerar que una actividad concreta está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público. En efecto, es pacífico que las actividades realizadas en el marco de diferentes profesiones reguladas implican frecuentemente, en los

ordenamientos jurídicos nacionales, la obligación de que las personas que las ejercen persigan tal objetivo sin que por ello estas actividades se consideren como una manifestación del poder público.

- 98 Sin embargo, la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del artículo 43 CE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad, siempre que estas restricciones sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesarias para ello.
- 99 Es también cierto que el notario debe negarse a autenticar un acto o un contrato que no reúna los requisitos legalmente exigidos, con independencia de la voluntad de las partes. No obstante, tras dicha negativa, las partes pueden subsanar la ilegalidad constatada, modificar las estipulaciones del acto o del contrato en cuestión o incluso renunciar a uno u otro.
- 100 Por lo que se refiere al valor probatorio y a la fuerza ejecutiva de que goza el documento notarial, no puede negarse que éstos atribuyen a tales documentos importantes efectos jurídicos. No obstante, la circunstancia de que una actividad determinada implique la formalización de documentos dotados de tales efectos no basta para que se considere que dicha actividad está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.
- 101 En efecto, por lo que se refiere en particular al valor probatorio reconocido a un documento notarial, es preciso señalar que éste se encuadra en el régimen de la prueba legalmente establecido en el correspondiente ordenamiento jurídico. Así, los

artículos 415 y 418 del ZPO, que regulan el valor probatorio del documento auténtico, forman parte del título 9 –denominado «De la prueba documental»– del capítulo 1 del Libro 2 de dicho Código. El valor probatorio que la ley confiere a un determinado documento carece, pues, de incidencia directa a efectos de determinar si la actividad en el marco de la cual se formalizó dicho documento, considerada en sí misma, está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público, tal como exige la jurisprudencia (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartado 8, y Comisión/España, apartado 35).

- 102 Por otro lado, en virtud concretamente de los artículos 415, apartado 2, y 418, apartado 2, del ZPO, son admisibles, en principio, tanto la prueba de que el acto de que se trate ha sido autenticado de un modo incorrecto como la prueba de la inexactitud de los hechos relatados en el documento.
- 103 Por lo tanto, no cabe sostener que el documento notarial, por su valor probatorio, vincule incondicionalmente al juez en el ejercicio de su poder de apreciación, puesto que es pacífico que el juez resuelve basándose en su íntima convicción y teniendo en cuenta el conjunto de hechos y pruebas incorporados a los autos a lo largo del proceso. Por lo demás, el principio de la libre apreciación de las pruebas por el juez ha sido consagrado expresamente en el artículo 286 del ZPO.
- 104 Por lo que respecta a la fuerza ejecutiva del documento autenticado, debe indicarse, tal como alegó la República Federal de Alemania, que ésta permite la ejecución de la obligación consignada en el mismo sin necesidad de la intervención previa del juez.
- 105 No obstante, la fuerza ejecutiva del documento autenticado no implica que el notario tenga atribuidas facultades directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público. En efecto, tal como resulta del artículo 794, apartado 1, punto 5, del ZPO, la fuerza ejecutiva del documento notarial está condicionada, en particular, al consentimiento del deudor a la eventual ejecución forzosa del acto o contrato de que se trate, sin que previamente deba incoarse el correspondiente procedimiento. De lo anterior se deduce que el documento notarial no goza de fuerza ejecutiva sin el consentimiento del deudor. De este modo, si bien la aposición por el notario de la fórmula

ejecutiva en el documento autenticado le confiere fuerza ejecutiva, ésta se basa en la voluntad de los otorgantes de celebrar un acto o un contrato, tras la comprobación por parte del notario de su conformidad con la ley, y de atribuir a dicho acto o contrato tal fuerza ejecutiva.

- ¹⁰⁶ Las precedentes consideraciones se aplican, *mutatis mutandis*, a aquellos negocios jurídicos que deben formalizarse mediante documento notarial, so pena de nulidad, tales como, en particular, los contratos relativos a la adquisición y transmisión del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles y a la transmisión de un patrimonio actual, las promesas de donación, las capitulaciones matrimoniales, los pactos de sucesión futura y los contratos de renuncia a la sucesión, incluida la renuncia a la herencia forzosa o legítima.
- ¹⁰⁷ Esas mismas consideraciones resultan también válidas en lo que atañe a la intervención del notario en materia de Derecho de Sociedades, tal como se ha descrito en el apartado 27 de la presente sentencia.
- ¹⁰⁸ La República Federal de Alemania tampoco puede fundamentar su tesis en la función –atribuida a los notarios únicamente en el Land de Baviera– de autenticar los actos de constitución de parejas estables entre personas del mismo sexo, habida cuenta de que, además de lo anterior, del artículo 2 de la AGLPartG se desprende que, para que puedan atribuirse los correspondientes efectos a una pareja estable de ese tipo, ésta deberá ser inscrita en el Registro Civil, inscripción que corresponde realizar al encargado de dicho Registro.
- ¹⁰⁹ Por lo que se refiere, en segundo lugar, al estatuto específico de los notarios en el ordenamiento jurídico alemán, basta con recordar que, tal como resulta de los apartados 86 y 89 de la presente sentencia, procede verificar a la luz de la naturaleza de las actividades de que se trata, consideradas en sí mismas, y no basándose en el mencionado estatuto en cuanto tal, si dichas actividades están comprendidas en la excepción prevista en el artículo 45 CE, párrafo primero.

- 110 No obstante, son necesarias dos precisiones al respecto. La primera de ellas consiste en hacer constar que cada parte puede libremente elegir notario. Si bien es cierto que los honorarios de los notarios quedan fijados por la ley, no lo es menos que la calidad de los servicios prestados puede variar de un notario a otro en función, particularmente, de las aptitudes profesionales de las personas de que se trate. De ello se desprende que, dentro de los límites de sus correspondientes competencias territoriales, los notarios ejercen su profesión, tal como señaló el Abogado General en el punto 18 de sus conclusiones, en condiciones de competencia, lo cual no es propio del ejercicio del poder público.
- 111 La segunda precisión consiste en indicar que, en virtud del artículo 19, apartado 1, del BNotO, el notario es el único responsable de los actos realizados en el marco de su actividad profesional.
- 112 En tercer lugar, tampoco resulta convincente la conclusión que la República Federal de Alemania deduce de determinados actos de la Unión. En efecto, por lo que se refiere a los Reglamentos mencionados en el apartado 55 de la presente sentencia, es preciso señalar que tales Reglamentos se refieren al reconocimiento y la ejecución de actos autenticados con fuerza ejecutiva formalizados y registrados en un Estado miembro y no inciden, por consiguiente, en la interpretación del artículo 45 CE. Esta constatación tampoco queda desvirtuada en virtud de los actos de la Unión mencionados en el apartado 56 de la presente sentencia, puesto que, tal como acertadamente alega la Comisión, dichos actos se limitan a atribuir a los notarios –así como a otras autoridades competentes designadas por los Estado miembros– la función de dar fe del cumplimiento de determinados actos y formalidades que se exigen como requisito previo para el traslado del domicilio social y la constitución o fusión de sociedades.
- 113 Por lo que se refiere a las Resoluciones de 1994 y de 2006, mencionadas en el apartado 57 de la presente sentencia, debe tenerse en cuenta que carecen de efectos jurídicos, ya que tal tipo de resoluciones no constituyen por naturaleza actos vinculantes. Por lo demás, aunque en dichas Resoluciones se afirme que el artículo 45 CE resulta aplicable a la profesión notarial, el Parlamento manifestó en la Resolución de 1994 su

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

- 114 Por lo que se refiere, en cuarto lugar, a la alegación de la República Federal de Alemania basada en la sentencia Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, antes citada, es necesario precisar que el asunto que dio origen a aquella sentencia versaba sobre la interpretación del artículo 39 CE, apartado 4, y no sobre la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero. Por otra parte, del apartado 42 de la misma sentencia se desprende que, al declarar que las funciones atribuidas a los capitanes y primeros oficiales de buques constituían una participación en el ejercicio de prerrogativas de poder público, el Tribunal de Justicia se refería al conjunto de funciones ejercidas por éstos. Así pues, el Tribunal de Justicia no analizó la única competencia en materia notarial atribuida a los capitanes y primeros oficiales de buques –esto es, la autorización de testamentos y la custodia y entrega de los mismos– de forma separada respecto de sus demás competencias, en particular de las relativas a las facultades coercitivas o sancionadoras que tienen asignadas.
- 115 En cuanto a la sentencia Unibank, antes citada, a la que también hace referencia la República Federal de Alemania, es preciso declarar que el asunto que dio lugar a aquella sentencia no versaba en modo alguno sobre la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero. Además, en el apartado 15 de dicha sentencia el Tribunal de Justicia declaró que, para que un documento pueda calificarse de documento público en el sentido del artículo 50 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1), es necesaria la intervención de una autoridad pública o de cualquier otra autoridad habilitada por el Estado de origen.
- 116 En estas circunstancias, debe concluirse que las actividades notariales, tal como se encuentran actualmente definidas por el ordenamiento jurídico alemán, no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.

- 117 En consecuencia, procede declarar que el requisito de nacionalidad exigido por la normativa alemana para acceder a la profesión notarial constituye una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 43 CE.
- 118 A la vista de las consideraciones anteriores, procede declarar que la primera imputación está fundada.

Sobre la segunda imputación

Alegaciones de las partes

- 119 La Comisión reprocha a la República Federal de Alemania no haber llevado a cabo la transposición, en relación con la profesión notarial, de la Directiva 89/48 en lo que atañe al período anterior al 20 de octubre de 2007 y de la Directiva 2005/36 con posterioridad a aquella fecha. A juicio de dicha institución, la Directiva 2005/26 no tiene mayor alcance, en lo que respecta a los notarios, que la Directiva 89/48.
- 120 La Comisión estima, al igual que el Reino Unido, que la profesión de notario es una profesión regulada en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 89/48 y está comprendida, por tanto, en su ámbito de aplicación. Aducen que el cuadragésimo primer considerando de la Directiva 2005/36 no tiene por efecto excluir la profesión de notario del ámbito de aplicación de la Directiva, salvo en caso de que el artículo 45 CE, párrafo primero, resultara aplicable a dicha profesión, extremo éste que la Comisión niega. Además, si el legislador de la Unión hubiera querido excluir a los notarios del ámbito de aplicación de dicha Directiva, así lo habría hecho expresamente.

- 121 La Comisión recuerda que las Directivas 89/48 y 2005/36 permiten a los Estados miembros establecer una prueba de aptitud o un período de prácticas adecuados para garantizar el elevado nivel de cualificación requerido por la profesión notarial. Por otra parte, siempre según dicha institución, la aplicación de estas Directivas no tiene por efecto impedir la selección de los notarios a través de oposiciones sino únicamente permitir que los nacionales de otros Estados miembros concurren a las mismas. Tal aplicación carece, a juicio de la Comisión, de incidencia en el procedimiento de designación de los notarios.
- 122 La República Federal de Alemania considera, al igual que la República de Letonia y la República de Eslovenia, que la segunda imputación de la Comisión es inadmisibles en la medida en que se refiere a una supuesta falta de transposición tanto de la Directiva 89/48 como de la Directiva 2005/36.
- 123 En efecto, añade, por una parte, en el dictamen motivado la Comisión criticó la falta de transposición de la Directiva 89/48, siendo así que, en la fecha de dicho dictamen, ya había sido adoptada la Directiva 2005/36, que derogó la Directiva 89/48.
- 124 Por otra parte, siempre según la República Federal de Alemania, la referencia a la Directiva 2005/36, que la Comisión hizo por primera vez en el escrito de demanda, tiene por efecto ampliar el objeto del litigio tal como éste había sido determinado en el curso del procedimiento administrativo previo. En efecto, esta Directiva tiene un alcance mucho mayor que la Directiva 89/48.
- 125 En cuanto al fondo, la República Federal de Alemania, la República de Bulgaria, la República de Letonia, la República de Hungría, la República de Austria, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca alegan que las Directivas de que se trata no resultan aplicables a los notarios debido al hecho de que las funciones que éstos desempeñan están relacionadas con el ejercicio del poder público.

Apreciación del Tribunal de Justicia

— Sobre la admisibilidad

- ¹²⁶ Según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento en el marco de un recurso basado en el artículo 226 CE debe apreciarse respecto de la legislación de la Unión vigente al término del plazo que la Comisión haya concedido al Estado miembro de que se trate para atenerse a su dictamen motivado (véanse, entre otras, las sentencias de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia, C-365/97, Rec. p. I-7773, apartado 32; de 5 de octubre de 2006, Comisión/Bélgica, C-275/04, Rec. p. I-9883, apartado 34, y de 19 de marzo de 2009, Comisión/Alemania, C-270/07, Rec. p. I-1983, apartado 49).
- ¹²⁷ En el presente asunto, el mencionado plazo finalizó el 18 de diciembre de 2006. Ahora bien, en aquella fecha la Directiva 89/48 estaba todavía en vigor, puesto que la Directiva 2005/36 no la derogó sino a partir del 20 de octubre de 2007. Por lo tanto, en la medida en que la presente imputación se fundamenta en la supuesta falta de transposición de la Directiva 89/48, no está desprovista de objeto (véase, por analogía, la sentencia de 11 de junio de 2009, Comisión/Francia, C-327/08, apartado 23).
- ¹²⁸ En cuanto a la admisibilidad de la presente imputación en la medida en que se refiere a la supuesta falta de transposición de la Directiva 2005/36, procede recordar que, tal como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, aunque las pretensiones deducidas en el recurso no pueden ampliarse más allá de los incumplimientos alegados en la parte dispositiva del dictamen motivado y en el escrito de requerimiento, no es menos cierto que la Comisión está legitimada para instar la declaración de un incumplimiento de las obligaciones cuyo origen se encuentra en la versión inicial de un acto de la Unión, posteriormente modificado o derogado, que hayan sido mantenidas por las disposiciones de un nuevo acto de la Unión. En cambio, el objeto del litigio no puede ampliarse a las obligaciones derivadas de nuevas disposiciones que no tengan su equivalente en la versión inicial del acto de que se trata, so pena de constituir un

vicio sustancial de forma en cuanto a la regularidad del procedimiento por el que se declare el incumplimiento (véanse, a este respecto, las sentencias Comisión/Italia, antes citada; de 12 de junio de 2003, Comisión/Italia, C-363/00, Rec. p. I-5767, apartado 22, y de 10 de septiembre de 2009, Comisión/Grecia, C-416/07, Rec. p. I-7883, apartado 28).

- 129 En consecuencia, la pretensión contenida en el escrito de interposición del recurso de la Comisión de que se declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2005/36 es, en principio, admisible, siempre y cuando las obligaciones derivadas de esta Directiva sean análogas a las que se derivan de la Directiva 89/48 (véase, por analogía, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Comisión/Grecia, antes citada, apartado 29).
- 130 Pues bien, según se desprende del noveno considerando de la Directiva 2005/36, al tiempo que se pretende mejorar, reorganizar y racionalizar las disposiciones existentes, dando uniformidad a los principios aplicables, dicha Directiva mantiene, por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, los principios y las garantías que subyacen a los distintos sistemas de reconocimiento vigentes, tal como el instaurado por la Directiva 89/48.
- 131 Del mismo modo, el decimocuarto considerando de la Directiva 2005/36 enuncia que el mecanismo de reconocimiento establecido, en particular, por la Directiva 89/48 queda inalterado.
- 132 En el asunto presente, el reproche que la Comisión formula contra la República Federal de Alemania en relación con la profesión de notario no se refiere a la falta de transposición de una disposición determinada de la Directiva 2005/36, sino a la falta de transposición de dicha Directiva en su conjunto.
- 133 En tales circunstancias, procede declarar que la supuesta obligación de transposición de la Directiva 2005/36 en relación con la profesión de notario es análoga a la

obligación derivada de la Directiva 89/48, en la medida en que, por una parte, los principios y las garantías que subyacen al mecanismo de reconocimiento instaurado por la Directiva de 1989 se mantienen en la Directiva de 2005, y en que, por otra parte, dicho mecanismo de reconocimiento quedó inalterado tras la adopción de esta última Directiva.

¹³⁴ Por consiguiente, procede considerar admisible la presente imputación.

— Sobre el fondo

¹³⁵ La Comisión reprocha a la República Federal de Alemania no haber transpuesto, en relación con la profesión notarial, las Directivas 89/48 y 2005/36. Por consiguiente, procede examinar si dichas Directivas están destinadas a aplicarse a esa profesión.

¹³⁶ Para ello es necesario tomar en consideración el contexto legislativo en el que dichas Directivas se enmarcan.

¹³⁷ En este sentido, debe señalarse que el legislador previó expresamente en el duodécimo considerando de la Directiva 89/48 que el sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior que esta norma establece «no prejuzga en absoluto la aplicación del [artículo 45 CE]». La reserva expresada de este modo por el legislador manifiesta su voluntad de dejar las actividades a las que se refiere el artículo 45 CE, párrafo primero, fuera del ámbito de aplicación de dicha Directiva.

- 138 Ahora bien, en la fecha de adopción de la Directiva 89/48, el Tribunal de Justicia aún no había tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de si el artículo 45 CE, párrafo primero, resulta aplicable a las actividades notariales.
- 139 En los años posteriores a la aprobación de la Directiva 89/48, el Parlamento afirmó en sus Resoluciones de 1994 y de 2006, mencionadas en los apartados 57 y 113 de la presente sentencia, que, por un lado, el artículo 45 CE, párrafo primero, debía aplicarse íntegramente a la profesión de notario en cuanto tal, mientras que, por otro lado, manifestó su voluntad de que se suprimiera el requisito de la nacionalidad para acceder a esta profesión.
- 140 Por otra parte, al adoptar la Directiva 2005/36, que sustituyó a la Directiva 89/48, el legislador de la Unión no olvidó precisar, en el cuadragésimo primer considerando de la Directiva de 2005, que ésta no prejuzga la aplicación del artículo 45 CE «[relativo] en particular a los notarios». Pues bien, al formular esta reserva el legislador de la Unión no tomó posición acerca de la posible aplicación del artículo 45 CE, párrafo primero –y, por tanto, de la Directiva 2005/36– a las actividades notariales.
- 141 Dan prueba de ello, en particular, los trabajos preparatorios de esta última Directiva. En efecto, el Parlamento propuso en su Resolución legislativa sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO 2004, C 97 E, p. 230), adoptada en primera lectura el 11 de febrero de 2004, que se indicara expresamente en el texto de la Directiva 2005/36 que ésta no era aplicable a los notarios. Si tal proposición no fue tenida en cuenta ni en la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales [COM(2004) 317 final], ni en la Posición Común (CE) n° 10/2005, de 21 de diciembre de 2004, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO 2005, C 58 E, p. 1), no fue porque la Directiva prevista

tuviera que aplicarse a la profesión de notario, sino debido a que «el artículo 45[, párrafo primero,] del Tratado CE [preveía] una excepción al principios de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para las actividades que implican una participación directa y específica en el poder público».

- 142 A este respecto, habida cuenta de las circunstancias particulares presentes en el proceso legislativo y de la situación de incertidumbre que éstas provocaron, tal como se desprende del contexto legislativo descrito anteriormente, no resulta posible declarar que, en la fecha en que expiró el plazo señalado en el dictamen motivado, existía una obligación suficientemente clara que impusiera a los Estados miembros la transposición de las Directivas 89/48 y 2005/36 en relación con la profesión de notario.
- 143 Por lo tanto, debe desestimarse la segunda imputación.
- 144 A la vista del conjunto de consideraciones anteriores, procede declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario, así como desestimar el recurso en todo lo demás.

Costas

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

¹⁴⁶ Con arreglo al artículo 69, apartado 4, párrafo primero, de dicho Reglamento, los Estados miembros que hayan intervenido en el litigio soportarán sus propias costas. Por consiguiente, la República de Bulgaria, la República Checa, la República de Estonia, la República Francesa, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Austria, la República de Polonia, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y el Reino Unido soportarán sus propias costas.

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

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

- 2) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**

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

Firmas