

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 24 de mayo de 2011 *

En el asunto C-51/08,

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. J.-P. Keppenne y H. Støvlbæk, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

apoyada por:

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado por la Sra. E. Jenkinson y el Sr. S. Ossowski, en calidad de agentes,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: francés.

y

Gran Ducado de Luxemburgo, representado por el Sr. C. Schiltz, en calidad de agente, asistido por el Sr. J.-J. Lorang, abogado,

parte demandada,

apoyado por:

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

República Francesa, representada por los Sres. G. de Bergues y M. 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. J. Fazekas, R. Somssich y K. Veres y el Sr. M. Fehér, en calidad de agentes,

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

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

partes coadyuvantes,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

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

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

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

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

dicta la siguiente

Sentencia

- ¹ Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE y 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»), 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.

Marco jurídico

El 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/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO L 255, p. 22), derogó, en virtud de su artículo 62, la Directiva 89/48 con efectos a partir del 20 de octubre de 2007.
- 7 En su cuadragésimo primer considerando, la Directiva 2005/36 declara que 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

- 8 En el ordenamiento jurídico luxemburgués, los notarios ejercen su actividad como una profesión liberal. La organización de la profesión notarial está regulada por la Ley de 9 de diciembre de 1976 de organización del notariado (*Mémorial A* 1976, p. 1230), en su versión modificada por la Ley de 12 de noviembre de 2004 (*Mémorial A* 2004, p. 2766) (en lo sucesivo, «Ley de organización del notariado»).
- 9 Con arreglo al artículo 1, de la Ley de organización del notariado, los notarios son «funcionarios públicos nombrados para intervenir todos los actos y contratos a los que las partes deban o quieran dar el carácter de auténticos propio de los documentos expedidos por el poder público y para dar fe de su fecha, conservarlos en depósito y expedir primeras copias o copias simples con o sin carácter ejecutivo».

- 10 El artículo 3 de esa Ley dispone que los notarios ejercen sus funciones en el conjunto del territorio nacional. Cada parte podrá elegir libremente notario, según resulta en particular del artículo 7, punto 4, de la misma Ley.
- 11 Conforme a los artículos 13 y 59 de dicha Ley, respectivamente, el número de notarios y su residencia así como el arancel de sus honorarios y percepciones se determinan por Reglamento granducal.
- 12 En virtud del artículo 15 de la Ley de organización del notariado, para acceder a las funciones de notario en Luxemburgo, entre otros requisitos, el interesado debe ser luxemburgués.

Las actividades notariales

- 13 Por lo que se refiere a las diferentes funciones que el ordenamiento jurídico luxemburgués atribuye a los notarios, consta que su principal misión consiste en la formalización de documentos auténticos. La intervención del notario puede ser obligatoria o facultativa, en función del acto que haya de autenticarse, y a través de la misma el notario constata que se reúnen todos los requisitos legalmente exigibles para la realización del acto, así como la capacidad jurídica y de obrar de las partes.
- 14 El artículo 1317 del Código Civil –encuadrado en el capítulo VI, con la rúbrica «De la prueba de las obligaciones y de su pago», del título III del Libro III de dicho Código– define el concepto de documento autenticado como aquel «redactado según las declaraciones de las partes por funcionarios públicos facultados para intervenirlo en el lugar donde fue extendido con arreglo a las solemnidades requeridas».

- 15 En virtud del artículo 37 de la Ley de organización del notariado, los documentos intervenidos notarialmente serán fehacientes conforme a lo dispuesto en el Código civil y su primera copia tendrá fuerza ejecutiva.
- 16 En el artículo 1319 del Código Civil se establece que «el documento autenticado será plenamente fehaciente del acuerdo que en él se consigne para las partes contratantes y sus herederos o causahabientes».
- 17 El artículo 1322 del mismo Código dispone que «el documento privado, reconocido por la persona frente a la cual se hace valer o considerado legalmente como reconocido, tendrá para las partes que lo hayan suscrito y para sus herederos y causahabientes el mismo valor probatorio que el documento autenticado».
- 18 Conforme al artículo 13 de la Ley de 4 de diciembre de 1990, de organización de los servicios de huissier (profesionales que ejercen funciones de agente judicial) (*Mémorial A* 1990, p. 1248), únicamente el huissier está facultado para ejecutar las resoluciones judiciales y los documentos o títulos ejecutivos. Además, según resulta en particular del artículo 690 del Nuevo Código de procedimiento civil, corresponde al tribunal competente en materia de ejecución resolver sobre las incidencias suscitadas por la ejecución. Si éstas requieren una decisión sin demora, resolverá provisionalmente el tribunal que tenga competencia territorial.
- 19 Además de las actividades de autenticación, el ordenamiento jurídico luxemburgués atribuye a los notarios, entre otras, las siguientes funciones.
- 20 Conforme a los artículos 809 y siguientes del Nuevo Código de procedimiento civil el notario también desempeña determinadas funciones en materia de embargos de bienes inmuebles. Según estas disposiciones, el huissier intenta en primer lugar la ejecución del título ejecutivo remitiendo al deudor un requerimiento de pago. El deudor dispone de un plazo para satisfacer la deuda. Finalmente, si al vencimiento del plazo el deudor no ha satisfecho la deuda, los bienes inmuebles en cuestión son embargados por acto del huissier, comunicándose seguidamente dicho acto al registro de la propiedad. A solicitud del ejecutante, el tribunal resuelve sobre las alegaciones y observaciones que se hayan presentado y sobre la validez del embargo, y designa un

notario, encargándole que proceda a la venta pública. Seguidamente, el notario procede a la puesta en venta, disponiendo la forma de publicidad de ésta, elaborando el pliego de condiciones, que indica el día de la venta e incluye la transferencia del precio a favor de los acreedores. El tribunal conoce de toda demanda incidental planteada en un procedimiento de ejecución de embargo inmobiliario. Además, en virtud del artículo 879 del citado Código las partes pueden pactar en un contrato en forma auténtica que el acreedor está facultado para promover la venta del bien, por medio de un notario, sin ajustarse a las formalidades legales antes descritas. En ese supuesto, de suscitarse controversia, el notario dejará en suspenso todas las operaciones y remitirá a las partes ante el presidente del tribunal para que dirima la controversia en procedimiento de medidas provisionales.

- 21 Conforme a los artículos 1131 a 1164 del Nuevo Código de procedimiento civil el notario también ejerce ciertas actividades en materia de colocación y levantamiento de precintos. El juez de paz autoriza la colocación y el levantamiento de precintos. Cuando las partes legitimadas para asistir al levantamiento no están presentes el presidente del tribunal competente designa un notario que las represente.
- 22 En virtud de los artículos 1165 a 1168 del citado Código el notario elabora el inventario a instancia de quienes están facultados para solicitar el levantamiento del precinto. Si se suscitan dificultades el notario remite a las partes al presidente del tribunal para que resuelva en procedimiento de medidas provisionales, y puede él mismo acordar esa remisión si reside en el territorio del tribunal.
- 23 Los artículos 1177 a 1184 del Nuevo Código de procedimiento civil regulan la función del notario en ciertas ventas de inmuebles. Éstas sólo pueden realizarse previa autorización del juez competente en materia de tutela. Cuando se autoriza la venta ese juez designa a un notario para proceder a la venta pública. Esa venta se celebra

ente dicho juez, que libera de sus deberes al notario tras la aprobación de la cuentas. El juez competente en materia de tutela puede también autorizar la venta directa por decisión motivada.

- 24 Algunas actividades en materia de partición también se atribuyen al notario conforme a los artículos 815 y siguientes del Código civil. Según el artículo 822 de ese Código el tribunal conoce de la acción de división y las discrepancias que se suscitan en el curso de las operaciones. La licitación se lleva a cabo ante el tribunal y éste conoce de las demandas de garantía entre los interesados en la partición y de las demandas de rescisión de la partición. El tribunal resolverá en caso de que un coheredero rehúse aceptar la división o formule impugnación sobre la forma de realizarla o de concluir-la. Si no cabe división apropiada del inmueble se procederá a la venta por licitación ante el tribunal. No obstante, si todos los interesados son mayores de edad pueden convenir que la licitación se lleve a cabo ante el notario cuya designación acuerden. Una vez tasados y vendidos los bienes muebles e inmuebles, si procediera, el juez comisario de la partición remitirá a las partes ante un notario que liquidará la cuenta de lo que los interesados en la partición puedan deberse entre sí, determinará la masa de la partición, la composición de los lotes y las adjudicaciones a cada uno de los interesados en la partición. Si se suscitan controversias en las operaciones confiadas al notario, éste levantará acta de las diferencias y las alegaciones de las partes y remitirá a éstas ante el comisario designado para la partición.

- 25 La Ley de 25 de septiembre de 1905 sobre la inscripción de los derechos reales inmobiliarios (*Mémorial* 1905, p. 893) prevé en su artículo 1 que todos los actos entre vivos a título gratuito u oneroso traslativos de derechos reales inmobiliarios que no sean créditos privilegiados o hipotecarios han de inscribirse en el registro de la propiedad del lugar en el que esté sito el inmueble. Conforme al artículo 2 de esa ley son inscribibles las sentencias, los documentos auténticos y los privados reconocidos o no judicialmente o ante notario. El funcionario competente para la inscripción es el registrador de la propiedad.

Procedimiento administrativo previo

- ²⁶ La Comisión recibió una denuncia relativa al requisito de nacionalidad exigido para el acceso a la profesión de notario en Luxemburgo. Tras examinar dicha denuncia, la Comisión, mediante escrito de 8 de noviembre de 2000, requirió al Gran Ducado de Luxemburgo 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.
- ²⁷ Mediante escrito de 11 de enero de 2001 el Gran Ducado de Luxemburgo respondió a dicho escrito de requerimiento.
- ²⁸ La Comisión remitió a este Estado miembro, el 12 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.
- ²⁹ Dicho Estado miembro respondió a este escrito de requerimiento complementario mediante un escrito fechado el 10 de septiembre de 2002.
- ³⁰ Al no estimar satisfactorias las alegaciones del Gran Ducado de Luxemburgo, 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.

- 31 Mediante escrito de 14 de diciembre de 2006 el Gran Ducado de Luxemburgo expuso los motivos por los que consideraba carente de fundamento la postura adoptada por la Comisión.
- 32 En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la primera imputación

Alegaciones de las partes

- 33 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, el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 45 CE, párrafo primero.
- 34 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.

- 35 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.
- 36 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).
- 37 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).
- 38 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.

- 39 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).
- 40 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.
- 41 En segundo lugar, la Comisión analiza las diferentes actividades ejercidas por los notarios en el ordenamiento jurídico luxemburgués.
- 42 Por lo que se refiere, en primer término, a la autenticación de actos y contratos, la Comisión alega que el notario se limita a dar fe de la voluntad de los otorgantes tras asesorarlos y a atribuir efectos jurídicos a esa voluntad. En el ejercicio de esta actividad, el notario, según la Comisión, no dispone de ninguna facultad decisoria frente a las partes. De este modo, la autenticación 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 pueda deducirse una manifestación del ejercicio del poder público.
- 43 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 guardas forestales jurados. 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.

- 44 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.
- 45 En segundo término, en lo que atañe a las actividades del notario en materia de embargo de inmuebles, de venta pública de inmuebles, de elaboración de inventarios, de levantamiento de precintos y de partición judicial, la Comisión considera que el Gran Ducado de Luxemburgo sólo ha descrito esas actividades sin lograr demostrar no obstante que supongan una participación directa y específica en el ejercicio del poder público.
- 46 En tercer término, en lo que se refiere al estatuto específico del notario en el Derecho luxemburgués, la Comisión considera que carece de relevancia directa a efectos de determinar la naturaleza de las actividades en cuestión.
- 47 En tercer lugar, la Comisión estima, en línea con lo sostenido por el Reino Unido, que las normas del Derecho de la Unión y del Derecho internacional que contienen referencias a la actividad notarial no prejuzgan la aplicación de los artículos 43 CE y 45 CE, primer párrafo, a esta actividad.
- 48 En efecto, tanto el artículo 1, apartado 5, letra d), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178, p. 1), como el cuadragésimo primer considerando de la Directiva 2005/36 sólo excluyen de su ámbito de aplicación las actividades notariales en la medida en que impliquen una participación directa y específica en el ejercicio del poder público. Así pues, se trata de una mera reserva que no tiene ninguna incidencia en la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero.

- 49 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), al Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DO L 338, 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.
- 50 Además, el 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) y la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DO L 310, p. 1), no son pertinentes para la solución del presente litigio dado que se limitan a atribuir a los notarios así como a otras autoridades competentes de los Estados miembros la función de certificar la realización de ciertos actos y formalidades previos a la transferencia del domicilio social, a la constitución y a la fusión de sociedades.
- 51 Respecto al Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, éste se limita a definir el concepto de «documento público» a los efectos del propio Convenio.
- 52 La Comisión estima, asimismo, que la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006, sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos (DO C 292 E, p. 105; en lo sucesivo, «Resolución de 2006»), es un acto meramente político de contenido ambiguo, ya que, por una parte, en el apartado 17 de esta Resolución, el Parlamento Europeo afirma que el artículo 45 CE debe aplicarse a la profesión de notario, mientras que, por otra parte, en el apartado 2 de la misma, el Parlamento se reafirma en la posición que adoptó en su Resolución de 18 de enero de 1994 sobre la situación y la organización del notariado

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

- 53 En cuarto lugar 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, 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 su juicio 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, no cabe deducir de aquella sentencia que esta disposición sea aplicable a los notarios.
- 54 Por otra parte, en contra de lo que mantiene el Gran Ducado de Luxemburgo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia diferencia a los notarios de las autoridades públicas, al reconocer que un documento auténtico puede ser otorgado ante una autoridad pública o cualquier otra autoridad habilitada por el Estado (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de junio de 1999, Unibank, C-260/97, Rec. p. I-3715, apartados 15 y 21).
- 55 El Gran Ducado de Luxemburgo alega en primer lugar que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha dado aplicación con amplitud al concepto de «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero. De esa forma, el Tribunal de Justicia ha reconocido en la sentencia Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, antes citada, que las funciones notariales constituyen una participación en el ejercicio de prerrogativas del poder público. Además, de la sentencia Unibank antes citada resulta que la autorización de documentos auténticos por un funcionario público, como el notario, implica una participación directa y específica en el ejercicio del poder público.

- 56 Ese Estado miembro comparte en sustancia el criterio de la Comisión de que el concepto de poder público se diferencia del de interés general, que constituye una condición necesaria pero no suficiente del primero. En cambio, el concepto de poder público no es equivalente al de jurisdicción contenciosa, según ese Estado miembro así como la República Checa, la República de Hungría, la República de Polonia y la República Eslovaca.
- 57 El Gran Ducado de Luxemburgo estima en segundo lugar que los notarios participan directa y específicamente en el ejercicio del poder público en atención a los efectos jurídicos que exceden del ámbito del Derecho común reconocidos a los documentos notariales, por una parte, y por otra al estatuto específico que les atribuye el ordenamiento jurídico luxemburgués.
- 58 Sobre el primer aspecto, el Gran Ducado de Luxemburgo destaca que el documento auténtico, al aportar la prueba plena de las declaraciones y de las manifestaciones que contiene, disfruta de un valor probatorio que le sitúa en la cumbre de la jerarquía de las pruebas escritas. Por otra parte, su autenticidad sólo puede desvirtuarse a través de una acción de impugnación por falsedad.
- 59 Además, el documento auténtico tiene fuerza ejecutiva sin necesidad de obtener previamente una sentencia. Así pues, el acreedor se limita a entregar la primera copia del documento auténtico al huissier, que se encarga de proceder a su ejecución con asistencia de la fuerza pública en su caso.
- 60 La República Eslovaca añade que el notario debe rehusar la autorización del documento público si no concurren los requisitos legales.

- 61 El Gran Ducado de Luxemburgo recuerda además que al autorizar el documento el notario actúa como recaudador tributario al percibir en su caso el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y constitución de derechos reales.
- 62 Por otra parte, según ese Estado miembro el asesoramiento jurídico prestado por el notario al autenticar el acto constituye antes bien un hecho preparatorio, obligatorio y conexo con esa autenticación.
- 63 En cuanto al estatuto del notario en el ordenamiento jurídico luxemburgués, de él se deduce que el notario desempeña una función pública que se manifiesta en especial en el estricto control ejercido por el Estado, en la relación de confianza y de solidaridad entre el notario y el Estado, en signos externos como la autorización de servirse del sello notarial, el juramento que el notario debe prestar, la independencia de la que disfruta y el régimen de incompatibilidades al que está sujeto.
- 64 En tercer lugar, el Gran Ducado de Luxemburgo alega que el ordenamiento jurídico luxemburgués atribuye a los notarios ciertas funciones que demuestran su participación en el ejercicio del poder público.
- 65 En primer término, acerca de la funciones del notario en la ejecución sobre bienes inmuebles, ese Estado miembro pone de manifiesto que el tribunal designa en virtud del artículo 832 del Nuevo Código de procedimiento civil a un notario con cuya intervención tendrá lugar la venta pública. Se atribuye de tal forma al notario una función plena. Además, conforme al artículo 879 de ese Código las partes tienen la posibilidad de estipular en un contrato autenticado que el acreedor está facultado para promover la venta del inmueble hipotecado, con intervención de un notario, sin seguir las formalidades legales previstas para la ejecución inmobiliaria.

- 66 La participación del notario en el ejercicio del poder público se manifiesta en segundo término en el hecho de que los documentos notariales se inscriben en el registro de la propiedad, como resulta del artículo 2 de la Ley de 25 de septiembre de 1905 sobre la inscripción de los derechos reales inmobiliarios.
- 67 En tercer término, cuando los inmuebles pertenecen a menores o a personas sujetas a tutela el juez competente en materia de tutela designa a un notario que procede a la venta pública conforme a lo dispuesto en el artículo 1180 del Nuevo Código de procedimiento civil. Además, en caso de partición convencional el juez competente en materia de tutela designa a un notario para llevarla a cabo.
- 68 En cuarto término, el notario está habilitado en virtud de los artículos 1167 y siguientes del citado Código para elaborar el inventario de una herencia, de una comunidad o de un patrimonio indiviso. En cambio, si se suscitaran incidencias deberían plantearse ante el tribunal.
- 69 En quinto término, en el supuesto de que las partes facultadas para asistir al levantamiento de precintos no estén presentes, el presidente del tribunal puede designar de oficio a un notario para que las represente, conforme al artículo 1152 del Nuevo Código de procedimiento civil.
- 70 En sexto término, en virtud de los artículos 815 y siguientes del Código civil el notario ejerce varias funciones relacionadas con la partición judicial, en particular la formación de la masa de la partición, la composición de los lotes, el sorteo y en su caso el levantamiento de un acta sobre las incidencias. No obstante, las posibles diferencias deben plantearse ante el tribunal.
- 71 El Gran Ducado de Luxemburgo y la República de Lituania también alegan que el legislador de la Unión ha confirmado que los notarios participan en el ejercicio del poder público. A este respecto, se remiten a los actos de la Unión y del Derecho internacional mencionados en los apartados 48 a 51 de la presente sentencia, que o bien excluyen las actividades ejercidas por los notarios de sus respectivos ámbitos de

aplicación en atención a que éstos participan en el ejercicio del poder público, o bien reconocen que los documentos notariales se asimilan a las resoluciones judiciales o a los documentos emanantes de una autoridad pública. La República de Lituania añade que el Parlamento ha afirmado en sus resoluciones de 1994 y de 2006 que la profesión de notario participa en el ejercicio del poder público.

- ⁷² El Gran Ducado de Luxemburgo mantiene subsidiariamente que, al ser necesario el uso de la lengua luxemburguesa en el ejercicio de las actividades de notario, el requisito de nacionalidad en cuestión trata de asegurar el respeto de la historia, la cultura, la tradición y la identidad nacional luxemburguesas, en el sentido del artículo 6 UE, apartado 3.

Apreciación del Tribunal de Justicia

— Consideraciones preliminares

- ⁷³ Mediante su primera imputación, la Comisión reprocha al Gran Ducado de Luxemburgo 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 luxemburguesa 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 luxemburgués, 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, como tampoco guarda relación con la aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de trabajadores.

— Sobre el fondo

- ⁷⁷ 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).
- ⁷⁸ 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).
- ⁷⁹ 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).

- ⁸⁰ 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).
- ⁸¹ Pues bien, en el presente asunto, la legislación nacional controvertida permite el acceso a la profesión de notario exclusivamente a los nacionales luxemburgueses, estableciendo de este modo una diferencia de trato por razón de nacionalidad prohibida, en principio, por el artículo 43 CE.
- ⁸² El Gran Ducado de Luxemburgo 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 luxemburgués encajan en ese concepto.
- ⁸³ 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).

- ⁸⁴ Es también jurisprudencia reiterada que el artículo 45 CE, párrafo primero, constituye una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento y que, como tal, esta excepción debe interpretarse de tal modo que quede limitado el alcance de dicho artículo a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición (sentencias *Comisión/Grecia*, antes citada, apartado 7; *Comisión/España*, antes citada, apartado 34; de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 45; de 29 de noviembre de 2007, *Comisión/Austria*, C-393/05, Rec. p. I-10195, apartado 35; *Comisión/Alemania*, C-404/05, Rec. p. I-10239, apartados 37 y 46, y *Comisión/Portugal*, antes citada, apartado 34).
- ⁸⁵ 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).
- ⁸⁶ A este respecto, el Tribunal de Justicia ha tenido 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).

- ⁸⁷ Procede examinar, a la luz de las anteriores consideraciones, si las actividades que el ordenamiento jurídico luxemburgués encomienda a los notarios están directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público.
- ⁸⁸ 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).
- ⁸⁹ El Gran Ducado de Luxemburgo y la Comisión coinciden en que la actividad principal de los notarios en el ordenamiento jurídico luxemburgués 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. Por otra parte, el documento autenticado goza de valor probatorio y de fuerza ejecutiva.
- ⁹⁰ A este respecto, es necesario señalar que, con arreglo a la legislación luxemburguesa, se autentifican los actos o los contratos libremente celebrados por las partes. En efecto, éstas deciden por ellas mismas, dentro de los límites establecidos por la ley, el contenido de sus derechos y obligaciones y eligen libremente las estipulaciones a

las que quieren someterse cuando presentan un acto o contrato para que el notario lo autentifique. La intervención de éste supone, pues, la previa existencia de un consentimiento o de un acuerdo de voluntades entre las partes.

- 91 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.
- 92 Así pues, la actividad de autenticación encomendada 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.
- 93 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 el Gran Ducado de Luxemburgo.
- 94 Tampoco desvirtúa la anterior conclusión la obligación de que los notarios comprueben, antes de proceder a la autenticación de un acto o contrato, que se cumplen todos los requisitos legalmente exigidos para su realización y, en caso contrario, se nieguen a autentificarlos.
- 95 Ciertamente, tal como destaca el Gran Ducado de Luxemburgo, 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.

- 96 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.
- 97 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.
- 98 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.
- 99 Por otra parte, el asesoramiento y la asistencia jurídica que el notario presta al autenticar esos actos y contratos no pueden considerarse como una participación en el ejercicio del poder público incluso cuando hay una obligación legal de prestar tal asesoramiento o asistencia (véase en ese sentido la sentencia Reyners, antes citada, apartado 52).

- 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, el artículo 1319 del Código civil, en el que se precisa el valor probatorio de los documentos autenticados, forma parte del capítulo VI de dicho Código, que lleva la rúbrica «De la prueba de las obligaciones y de su pago». 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 otra parte, con arreglo al artículo 1322 del Código civil, el documento privado, reconocido por la persona frente a la que se hace valer o considerado legalmente como reconocido, tiene para las partes que lo hayan suscrito y para sus herederos y causahabientes «el mismo valor probatorio que el documento autenticado».
- 103 Por lo que respecta a la fuerza ejecutiva del documento autenticado, debe indicarse, tal como ha alegado el Gran Ducado de Luxemburgo, que ésta permite la ejecución de la obligación consignada en el mismo sin necesidad de la intervención previa del juez.
- 104 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, si bien la aposición por el notario de la fórmula ejecutiva en

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

- ¹⁰⁵ Es necesario, igualmente, analizar si las demás actividades encomendadas a los notarios por el ordenamiento jurídico luxemburgués y a las que se refiere el Gran Ducado de Luxemburgo implican una participación directa y específica en el ejercicio del poder público.
- ¹⁰⁶ Por lo que se refiere, en primer lugar, a las funciones atribuidas al notario en relación con la ejecución de bienes inmuebles, debe señalarse que éste tiene encomendada principalmente la organización de la venta, en el caso de que el juez autorice esta última, disponiendo la forma de publicidad de ésta y elaborando el pliego de condiciones, que indica el día de la venta e incluye la atribución del precio a favor de los acreedores.
- ¹⁰⁷ Así pues, es necesario constatar, por una parte, que el notario carece de competencia para proceder por sí mismo al embargo. Por otra parte, es el juez competente, tras resolver sobre las alegaciones y observaciones contenidas en su caso en la demanda, así como sobre la validez del embargo, quien designa al notario y le encarga que proceda a la venta pública. Además, incluso en el supuesto de que el acreedor esté facultado por contrato autenticado para poner en venta el bien con la intervención de un notario sin ajustarse a las formalidades legales aplicables a la ejecución inmobiliaria, supuesto previsto por el artículo 879 del Nuevo Código de procedimiento civil, al que se refiere el Gran Ducado de Luxemburgo, el notario está obligado, en caso de suscitarse controversia, a dejar en suspenso todas las operaciones y remitir a las partes ante el presidente del tribunal en procedimiento de medidas provisionales.

- 108 Así pues, las funciones atribuidas al notario en el marco de la ejecución de bienes inmuebles se desempeñan bajo el control del juez, a quien el notario debe remitir las controversias que puedan surgir, y quien finalmente las resuelve. En consecuencia, no cabe considerar que estas funciones, consideradas en sí mismas, están directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartado 21; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 41 y 42; Comisión/Alemania, apartados 43 y 44, y Comisión/Portugal, apartados 37 y 41).
- 109 La misma conclusión se impone, en segundo lugar, en relación con las funciones atribuidas a los notarios con arreglo a los artículos 1177 a 1184 del Nuevo Código de procedimiento civil en determinadas ventas de inmuebles, ya que se desprende de estas disposiciones que corresponde al juez competente en materia de tutela decidir si autoriza o no tales ventas.
- 110 Por lo que respecta, en tercer lugar, a las actividades del notario en materia de formación del inventario de sucesiones, de comunidades o de patrimonio en pro indiviso, y en relación con la colocación y levantamiento de precintos, es preciso destacar que todas ellas están sometidas a la autorización del juez de paz. En caso de incidencias, el notario remite la cuestión al presidente del tribunal de primera instancia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1168 del Nuevo Código de procedimiento civil.
- 111 Por lo que se refiere, en cuarto lugar, a la intervención del notario en materia de partición judicial de bienes, es preciso destacar, por un lado, que según el artículo 822 del Código civil el tribunal conoce de la acción de división. El notario sólo interviene si las partes han convenido que la licitación se lleve a cabo ante él. En ese supuesto el notario tiene la función de elaborar el inventario, formar la masa de la partición y determinar la composición de los lotes. No obstante, incluso en ese supuesto corresponde al juez resolver toda controversia que pueda surgir. Por consiguiente, estas actividades no atribuyen al notario el ejercicio del poder público.

- ¹¹² Es necesario precisar, por otra parte y por lo que se refiere a las actividades notariales mencionadas en los apartados 106 a 111 de la presente sentencia, que, tal como se precisó en el anterior apartado 86, las prestaciones profesionales que implican una colaboración, incluso obligatoria, con el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales no conllevan, pese a ello, una participación en el ejercicio del poder público (sentencia Reyners, antes citada, apartado 51).
- ¹¹³ En quinto lugar, el hecho de que los documentos auténticos traslativos de derechos reales inmobiliarios sean objeto de inscripción en el registro de la propiedad no es directamente pertinente para la solución del presente litigio. En efecto, esa inscripción, que corresponde por otro lado al registrador de la propiedad, se relaciona con las formas de publicidad de dichos documentos y no significa por tanto un ejercicio directo y específico del poder público por parte del notario.
- ¹¹⁴ Por lo que respecta, en sexto lugar, a las funciones de recaudación de impuestos que asume el notario al percibir los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y constitución de derechos reales, no puede estimarse que estas funciones, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público. Conviene precisar, a este respecto, que el notario procede a tal recaudación por cuenta del deudor, que ingresa posteriormente las cantidades correspondientes al servicio estatal competente y que, de esta forma, tal recaudación no difiere sustancialmente de la recaudación correspondiente al impuesto sobre el valor añadido.
- ¹¹⁵ Por lo que se refiere al estatuto específico del notario en el ordenamiento jurídico luxemburgués, baste señalar que, tal como se desprende de los apartados 85 y 88 de la presente sentencia, la apreciación de si a tales actividades les resulta de aplicación la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero, debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades en cuestión, consideradas en sí mismas, y no a la luz de aquel estatuto como tal.

- 116 No obstante, son necesarias dos precisiones al respecto. La primera de ellas consiste en hacer constar que, fuera de los supuestos en los que la designación de los notarios se realiza judicialmente, cada parte puede libremente elegir notario como resulta del artículo 7, punto 4, de la Ley de organización del notariado. Si bien es cierto que los honorarios de los notarios quedan fijados por un Reglamento granducal, 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 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.
- 117 La segunda precisión consiste en indicar que, tal como ha alegado la Comisión sin ser rebatida por el Gran Ducado de Luxemburgo a este respecto, los notarios responden directa y personalmente frente a sus clientes de los daños que puedan derivarse de cualquier falta cometida en el ejercicio de sus actividades.
- 118 Por lo demás, tampoco resulta convincente la conclusión que el Gran Ducado de Luxemburgo deduce de determinados actos de la Unión y del Derecho internacional. Por lo que se refiere a los actos mencionados en el apartado 54 de la presente sentencia, es preciso señalar que el hecho de que el legislador haya optado por excluir las actividades notariales del ámbito de aplicación de un determinado acto no implica que éstas deban necesariamente quedar comprendidas en la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero. Por lo que respecta, en particular, a la Directiva 2005/36, de la propia redacción de su cuadragésimo primer considerando, en el cual se declara que ésta «no prejuzga la aplicación [...] del artículo 45 [CE] [en lo que se refiere] en particular a los notarios», se desprende que el legislador de la Unión no tomó posición acerca de la posible aplicación del artículo 45 CE, párrafo primero, a la profesión notarial.
- 119 La alegación fundada en los actos de la Unión referidos en los apartados 49 y 50 de la presente sentencia tampoco es pertinente. En cuanto a los Reglamentos mencionados en el apartado 49 de esta sentencia, éstos guardan relación con el reconocimiento y la ejecución de actos autenticados con fuerza ejecutiva formalizados y registrados en un Estado miembro y no afectan por tanto a la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero. La misma conclusión es necesaria en relación con los actos de la Unión

mencionados en el apartado 50 de la presente sentencia, dado que, como alega fundamentalmente la Comisión, se limitan a atribuir a los notarios así como a otras autoridades competentes designadas por el Estado la función de certificar la realización de ciertos actos y formalidades previos a la transferencia del domicilio social, a la constitución y a la fusión de sociedades.

- 120 El Gran Ducado de Luxemburgo tampoco puede apoyarse en el artículo 1 del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, ya que esa disposición se limita a definir el concepto de «documento público» a los efectos del propio Convenio.
- 121 Por lo que se refiere a las Resoluciones de 1994 y de 2006, mencionadas en el apartado 52 de la presente sentencia, debe tenerse en cuenta que carecen de efectos jurídicos, ya que tal tipo de resoluciones no constituyen por su naturaleza actos vinculantes. Por lo demás, aunque en dichas resoluciones se afirme que el artículo 45 CE resulta aplicable a la profesión notarial, el Parlamento manifestó en la primera de ellas su deseo expreso de que se adopten medidas para que se suprima el requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario, quedando implícitamente confirmada esta postura de nuevo en la Resolución de 2006.
- 122 Respecto de la alegación del Gran Ducado de Luxemburgo 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.

- 123 En cuanto a la sentencia Unibank, antes citada, a la que también se refiere el Gran Ducado de Luxemburgo, se ha de constatar que el asunto que dio lugar a esa sentencia no guardaba relación alguna con la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero. Además, el Tribunal de Justicia estimó en el apartado 15 de la misma que, para que un documento sea calificado como «auténtico» en el sentido del artículo 50 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y 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.
- 124 En lo que atañe a la necesidad que invoca el Gran Ducado de Luxemburgo de garantizar el uso de la lengua luxemburguesa en el ejercicio de las actividades de notario, es preciso observar que la primera imputación en el presente litigio sólo se refiere al requisito de nacionalidad controvertido. Aunque la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros constituye un objetivo legítimo y respetado por el ordenamiento jurídico de la Unión, como reconoce, por otra parte, el artículo 4 TUE, apartado 2, el interés invocado por el Gran Ducado puede sin embargo defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros (véase en ese sentido la sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo, C-473/93, apartado 35).
- 125 Siendo así, debe concluirse que las actividades notariales, tal como se encuentran actualmente definidas por el ordenamiento jurídico luxemburgués, no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.
- 126 En consecuencia, procede declarar que el requisito de nacionalidad exigido por la normativa luxemburguesa para acceder a la profesión notarial constituye una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 43 CE.
- 127 A la vista de las consideraciones anteriores, procede declarar que la primera imputación está fundada.

Sobre la segunda imputación

Alegaciones de las partes

- ¹²⁸ La Comisión reprocha al Gran Ducado de Luxemburgo no haber transpuesto, en relación con la profesión notarial, la Directiva 89/48. A juicio de dicha institución, no cabe excluir a esta profesión del ámbito de aplicación de la citada Directiva, ya que el notario no participa directa y específicamente en el ejercicio del poder público.
- ¹²⁹ La Comisión recuerda que la Directiva 89/48 permite 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 esta Directiva no tiene por efecto impedir la selección de 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 notarios.
- ¹³⁰ Por su parte, el Reino Unido estima que la referencia a la profesión notarial del cuadragésimo primer considerando de la Directiva 2005/36 no excluye a esta profesión en su conjunto del ámbito de aplicación de la Directiva.
- ¹³¹ Sin proponer formalmente una excepción de inadmisibilidad, el Gran Ducado de Luxemburgo observa que la segunda imputación se basa en una supuesta falta de transposición no de la Directiva 2005/36 sino de la Directiva 89/48. Ahora bien, según este Estado miembro, la Directiva 2005/36 derogó esta última con efectos a partir del 20 de octubre de 2007.

- ¹³² En relación con el fondo del asunto, tanto el Gran Ducado de Luxemburgo como la República de Hungría, la República de Polonia y la República Eslovaca alegan que la Directiva 2005/36, en su cuadragésimo primer considerando, menciona expresamente que 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». A juicio de dichos Estados miembros, tal reserva confirma la circunstancia de que el artículo 45 CE, párrafo primero, resulta de aplicación a la profesión notarial, de forma que la Directiva 2005/36 no es aplicable a esta profesión. Por otra parte, la República de Lituania recuerda que una reserva menos específica pero similar figura en el duodécimo considerando de la Directiva 89/48.

Apreciación del Tribunal de Justicia

— Sobre la admisibilidad

- ¹³³ Según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento en el marco de un recurso basado en el artículo 226 CE debe apreciarse respecto de la legislación de la Unión vigente al término del plazo que la Comisión haya concedido al Estado miembro de que se trate para atenerse a su dictamen motivado (véanse, en particular, las sentencias de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia, C-365/97, Rec. p. I-7773, apartado 32; de 5 de octubre de 2006, Comisión/Bélgica, C-275/04, Rec. p. I-9883, apartado 34, y de 19 de marzo de 2009, Comisión/Alemania, C-270/07, Rec. p. I-1983, apartado 49).
- ¹³⁴ En el presente asunto, dicho plazo expiraba el 18 de diciembre de 2006. Pues bien, en aquella fecha seguía vigente la Directiva 89/48, ya que la misma no quedó derogada por la Directiva 2005/36 sino a partir del 20 de octubre de 2007. En consecuencia, no carece de objeto un recurso basado en la falta de transposición de la Directiva 89/48 (véase, por analogía, la sentencia de 11 de junio de 2009, Comisión/Francia, C-327/08, Rec. p. I-102, apartado 23).

- ¹³⁵ En consecuencia, procede rechazar la objeción formulada por el Gran Ducado de Luxemburgo.

— Sobre el fondo

- ¹³⁶ La Comisión reprocha al Gran Ducado de Luxemburgo no haber transpuesto, en relación con la profesión notarial, la Directiva 89/48. Por consiguiente, procede examinar si dicha Directiva está destinada a aplicarse a esta profesión.
- ¹³⁷ Para ello es necesario tomar en consideración el contexto legislativo en el que ésta se enmarca.
- ¹³⁸ 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.
- ¹³⁹ 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.
- ¹⁴⁰ Por lo demás, 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 52 y 121 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.

- ¹⁴¹ Por otra parte, al adoptar la Directiva 2005/36, que sustituyó a la Directiva 89/48, el legislador de la Unión no olvidó precisar, en el cuadragésimo primer considerando de la primera de dichas Directivas, que ésta no prejuzga la aplicación del artículo 45 CE «[en lo que se refiere] en particular a los notarios». Tal como se ha señalado en el apartado 118 de la presente sentencia, al formular esta reserva el legislador de la Unión no tomó posición acerca de la posible aplicación del artículo 45 CE, párrafo primero –y, por tanto, de la Directiva 2005/36– a las actividades notariales.

- ¹⁴² 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 principio de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios para las actividades que implican una participación directa y específica en el poder público».

¹⁴³ 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 la Directiva 89/48 en relación con la profesión de notario.

¹⁴⁴ Por lo tanto, debe desestimarse la segunda imputación.

¹⁴⁵ A la vista del conjunto de consideraciones anteriores, procede declarar que el Gran Ducado de Luxemburgo 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

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ A tenor del artículo 69, apartado 4, párrafo primero, de dicho Reglamento, los Estados miembros que hayan intervenido en el litigio soportarán sus propias costas. Por consiguiente, la República Checa, la República Francesa, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Polonia, 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 el Gran Ducado de Luxemburgo 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, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República Checa, la República Francesa, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Polonia, la República Eslovaca y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargarán con sus propias costas.**

Firmas