



XXII.  
CONGRESO INTERNACIONAL  
DEL NOTARIADO LATINO

BUENOS AIRES / ARGENTINA

27. 9. - 2. 10. 1998

**Ponencias**  
**de la delegación alemana**

 **BNotK**  
BUNDESNOTARKAMMER  
Burgmauer 53 - 50667 Köln

# Índice

- Tema I: El rol del notario a las exigencias del estado,  
principalmente en el plano administrativo y fiscal  
**Ponente: Notario a. D. Dr. Peter Limmer, Würzburg ..... S. 3**
- Tema II: Derechos humanos y cometido del notario  
**Ponente: Notario Dr. Hanns-Jakob Pützer, Bonn..... S. 67**
- Tema III: La importancia del código deontológico notarial  
para clientes, colegas y estado  
**Ponente: Abogado y Notario Dr. Rolf Gaupp, Heilbronn ..... S. 125**
- Tema IV: El notario como garante de la seguridad jurídica en  
la economía de mercado  
**Ponente: Notario Dr. Wolfgang Ott, Ingolstadt ..... S. 155**



# **Tema I**

## **El rol del notario a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal**

**Ponente:**

**Notario a.D. Dr. Peter Limmer, Würzburg**

## ÍNDICE

### **A. Fundamentos**

#### **I. Introducción**

#### **II. Presupuestos institucionales del vínculo estatal**

1. El notario como titular de un cargo público
2. Vínculo de legalidad
3. Inspección del Estado sobre el notario
4. El procedimiento de autenticación como planteamiento de supervisión estatal

#### **III. Límites institucionales de la vinculación estatal**

1. Independencia
2. Deber de secreto del notario
3. El derecho constitucional a la protección de datos
4. Límites constitucionales de la vinculación del notario

### **B. Deberes de información y comunicación**

#### **I. Administración de hacienda**

1. Aspectos generales
2. El deber general de información fiscal y el deber de secreto notarial
3. Deberes especiales de asistencia en el derecho tributario
  - a) Aspectos generales
  - b) Impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles
  - c) Derechos reales de sucesión e impuesto sobre transmisiones patrimoniales
  - d) Comunicaciones en el derecho de sociedades
4. La importancia del documento notarial en el marco de la liquidación fiscal
5. Recaudación fiscal a través del notario

#### **II. Deberes de información frente a otras autoridades**

1. Aspectos generales
2. Notificaciones al Registro Civil
  - a) Comunicaciones en asuntos sucesorios
  - b) Comunicación de reconocimiento de paternidad
  - c) Nombre
3. Deberes de comunicación según la ley del Suelo

4. Deberes de comunicación según la ley de Transacciones Exteriores
5. Ley de Blanqueo de Dinero
6. Deberes de comunicación frente al Tribunal de Registro

## **C. La vinculación del notario en procedimientos administrativos por tipos de autorización y derechos de preferencia jurídico-públicos**

### **I. Aspectos generales**

1. Tipos de autorización
2. Derechos de preferencia jurídico-públicos
3. La importancia del notario en las autorizaciones de derecho público y los derechos de preferencia
  - a) Aspectos generales
  - b) Otras funciones del notario en lo tocante a condiciones de autorización del derecho público
4. Funciones en los casos de derecho de preferencia
5. Condiciones de autorización del derecho público y derechos de preferencia y deberes de secreto notariales y protección de datos

### **II. Repaso a las condiciones de autorización del derecho público**

1. Condiciones de autorización según la ley del Suelo y Ordenación Urbana (BauGB)
  - a) Autorización de partición
  - b) Régimen de autorización en la constitución de propiedad horizontal en zonas turísticas
  - c) Régimen de autorización en casos de transferencia de bienes inmuebles en procedimientos de reparcelación
  - d) La autorización en procedimientos expropiatorios
  - e) La autorización en procedimientos de rehabilitación
  - f) Autorización de constitución de propiedad horizontal con arreglo al art. 172 de la ley del Suelo
2. Limitaciones de disponer según el derecho agrario (GrdstVG)
3. Regímenes de autorización en los nuevos Länder para garantizar los derechos de retrocesión
4. Otros regímenes de autorización

### **III. Repaso a los derechos de preferencia del derecho público**

1. Derecho de preferencia según la ley del Suelo
2. Derecho de preferencia con arreglo a la ley Imperial de Asentamientos

3. Derecho de preferencia del arrendatario con arreglo a la ley Vinculante de la Vivienda
4. Derecho de preferencia del arrendatario en caso de conversión
5. Otros derechos de preferencia jurídico-públicos

**D. El notario y la autenticación notarial como elementos clave en la tramitación de grandes proyectos jurídico-administrativos a través de una actuación cooperativa, especialmente para el registro y puesta a disposición de terrenos urbanizables**

**I. Introducción**

**II. Aspectos generales del derecho de contratos urbanísticos con arreglo a la ley del Suelo y Ordenación Urbana**

1. Fundamento
2. Contratos urbanísticos de importancia en la práctica notarial
  - a) Contrato de urbanización
  - b) Contrato de prefinanciación
  - c) La reparcelación voluntaria
  - d) Modelos nacionales
  - e) Contratos de costes derivados

**III. La vinculación del notario en el acto administrativo cooperativo basada en el requisito de autenticación**

**E. El notario como parte del procedimiento registral del derecho público**

**I. Aspectos generales**

**II. Aspectos generales de las inscripciones en el Registro de la Propiedad y Registro Mercantil**

1. Registro de la Propiedad
2. Registro Mercantil

**III. Funciones especiales de las autenticaciones y legitimaciones notariales en los procedimientos registrales y de inscripción**

1. Control de la legalidad
2. Aseguramiento de pruebas
3. Garantía de documentos irrevocables en su contenido
4. Identificación fidedigna
5. Exoneración de tribunales

**F. El notario en el marco de la regulación de conflictos como parte del procedimiento contencioso judicial : ejemplo de regularización de derechos reales**

**G. Tesis**

## Lista de Abrevaciones

a. a. O.	am angegebenen Ort
AgrarR	Agrarrecht
AO	Abgabenordnung
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BauGB	Baugesetzbuch
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BNotO	Bundesnotarordnung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DONot	Dienstordnung für Notare
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
GBO	Grundbuchordnung
GrdstVG	Grundstücksverkehrsgesetz
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GVO	Grundstücksverkehrsordnung
h. M.	herrschende Meinung
KostO	Kostenordnung

MittBayNot	Mitteilungen des Bay. Notarvereins
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
SachenRÄndG	Sachenrechtsänderungsgesetz
SachenRBerG	Sachenrechtsbereinigungsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WährG	Währungsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen

## Bibliografie

- App** Zweckwidrige Verwertung von Kaufvertragsurkunden durch Finanzämter, DNotZ 1988, 339
- Arndt/Lerch/Sandkühler** BNotO, 3. Aufl. 1997
- Becker** Das Wohnungsbindungsgesetz - Auswirkungen auf den Grundstücksverkehr für die notarielle Praxis, MittRhNotK 1980, 213
- Beck'sches Notar-Handbuch** 2. Aufl. 1997
- Birk** Die neuen städtebaulichen Verträge, 2. Aufl. 1996
- Boruttau/Vieskorf** GrEStG, 14. Aufl. 1997
- Böhringer** Das deutsche Grundbuchsystem im internationalen Rechtsvergleich, BWNotZ 1987, 25
- Dickard** Inhalt und Grenzen der staatlichen Aufsicht über Notare, MittBayNot 1995, 421
- Dieterich** Baulandumlegung, 3. Aufl. 1996
- Döhring** Verträge zur Erschließung von Bauland, NVwZ 1994, 853
- Fischer** Die Rechtsstellung des deutschen Notars im Recht der

	Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, DNotZ 1989, 467
<b>Grael</b>	Öffentlich-rechtliche Vorkaufsrechte, MittRhNotK 1998, 243
<b>Grziwotz</b>	Baulanderschließung, 1993
<b>Grziwotz</b>	Notarielle Auskünfte über Grundstückskaufverträge, CR 1991, 109
<b>Grziwotz</b>	Städtebauliche Verträge, DVBl 1994, 1048
<b>Grziwotz</b>	Änderungen des Baugesetzbuches und Vertragsgestaltung, DNotZ 1997, 916
<b>Haegle/Schöner/Stöber</b>	Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997
<b>Heidinger</b>	Müssen Treuhandverträge über GmbH-Anteile nach § 54 EStV dem Finanzamt gemeldet werden?, DStR 1996, 1353
<b>Huhn/v. Schuckmann</b>	BeurkG, 3. Aufl. 1995
<b>Jachmann</b>	Rechtliche Qualifikation und Zulässigkeit von Einheimischenmodellen als Beispiel für Verwaltungshandeln durch Vertrag, MittBayNot 1994, 93
<b>Kahlke</b>	Zur Inbezugnahme landesrechtlicher

	Gebührenbefreiungsregelung, DNotZ 1983, 76
<b>Keidel/Kuntze/Winkler</b>	Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B, BeurkG, 13. Aufl. 1997
<b>Klein/Prockmeyer</b>	AO, 6. Aufl. 1998
<b>Kopp</b>	Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 1996, 54
<b>Limmer</b>	Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz, Festschrift 200 Jahre Rheinischer Notarverein, erscheint 1998
<b>Limmer</b>	Die Handelsregister in den Län- dern der Europäischen Union, Notarius International 1997, 32
<b>Mahnstein</b>	Der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis des Notars, MittRhNotK 1995, 1
<b>Ottmann</b>	Der städtebauliche Vertrag, 1995
<b>Örder</b>	Städtebaulicher Vertrag nach dem Bau- und Raumordnungsgesetz 1998, NVwZ 1997, 1190
<b>Reithmann/Albrecht/Basty</b>	Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995
<b>Reithmann</b>	Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, 1989
<b>Seybold/Schippel</b>	BNotO, 6. Aufl. 1995

<b>Scharner</b>	Städtebauliche Verträge nach § 6 BauGBMaßnG, NVwZ 1995, 219
<b>Schlegelberger</b>	Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 1973
<b>Scholz</b>	GmbHG, 8. Aufl. 1993
<b>Stuer</b>	Der städtebauliche Vertrag, DVBl 1995, 649
<b>Weingärtner</b>	Notarrecht, 5. Aufl. 1997
<b>Weingärtner/Schöttler</b>	Kommentar zur Dienstordnung, 7. Aufl. 1995
<b>Zipp/Auer</b>	Vom Handelsregister zum Firmenbuch 1993

## A. Fundamentos

### I. Introducción

El art. 1 de la ley Federal Notarial define al notario alemán como al titular independiente de un cargo público que tiene como deber autentificar actos jurídicos, así como cumplir con otros deberes en el ámbito de la administración de justicia preventiva. Esta disposición es "norma fundamental del derecho profesional notarial"<sup>1</sup>. Esta norma fundamental ya muestra la peculiar ambivalencia de la profesión de notario: independencia frente a las personas interesadas, pero también frente al Estado y frente a titulares de un cargo público. El Tribunal Constitucional alemán había considerado el oficio notarial como un cargo público, pues a través de él se desempeñan funciones estatales, "es decir, facultades que según la normativa vigente, deben desarrollarse con soberanía"<sup>2</sup>. Por ello tampoco sorprende que el legislador, precisamente por este desarrollo soberano de la profesión haya impuesto a este titular de un cargo público un sinnúmero de obligaciones jurídico-públicas y jurídico-fiscales que superan los límites de su verdadera obligación, que es la de dar fe. Esto lo puede hacer el Estado, puesto que el notario desempeña obligaciones públicas. Por ello, el desarrollo del oficio notarial es por excelencia una facultad de soberanía del Estado. Con todo, se han limitado estas superposiciones por transferencia de obligaciones jurídico-públicas y el vínculo del notario al Estado mediante las leyes fundamentales de organización. Tal como se expresa de forma unívoca en el texto del art. 1 de la ley Federal Notarial, el notario no es un funcionario<sup>3</sup>. Como ya muestra esta ley fundamental del notariado, éste se diferencia del Estado, lo mismo que el juez, por su independencia. Esta independencia está flanqueada por una relación de confianza especial con las personas interesadas, sufragada por el deber de secreto, regulado en el art. 18 de la ley Federal Notarial. Esta independencia frente al Estado y el deber de secreto postulan límites al vínculo estatal y a la transferencia de obligaciones de información estatal al notario. En el siguiente estudio se presenta la situación en Alemania, así como los límites inmediatos de la vinculación del oficio notarial.

---

<sup>1</sup> Bohrer, *Das Berufsrecht der Notare* (El derecho profesional del notario), 1991, página 1.

<sup>2</sup> BVerfGE, 73, 280, 294 = DNotZ (Revista del notariado alemán) 1987, 121,122.

<sup>3</sup> BVerfGE, 17, 371, 379 = DNotZ (Revista del notariado alemán) 1964, 424, 427; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO (ley Federal Notarial), 3ª edición, art. 1, número marginal 6.

## II. Presupuestos institucionales del vínculo estatal

### 1. El notario como titular de un cargo público

El notario, según el art. 1 de la ley Federal Notarial, es titular de un cargo público que el Estado le ha conferido. A diferencia del funcionario, que se define por su amplio vínculo con el Estado, y por un deber público general independiente de la obligación concreta, el notario se define según la dogmática alemana por su cargo. Bohrer<sup>4</sup> señala acertadamente que la actividad profesional del notario y el ejercicio del cargo están sufragados por igual. El notario siempre actúa, pero sólo como titular de un cargo público. En consecuencia, existe, en primer término, el ejercicio del cargo y, en segundo término, un vínculo jurídico-público. Únicamente en el Estado federado de Baden-Württemberg tiene el notario una relación funcional. En el resto del territorio federal, el notario no es un funcionario<sup>5</sup>. En cuanto a esta relación, se aproxima más al juez, que también desempeña un cargo público y tiene, sólo secundariamente, una relación de trabajo jurídico-pública<sup>6</sup>. En la literatura especializada, en cualquier caso, predomina la idea de que el notario no tiene una relación de trabajo jurídico-pública como la de un funcionario, pero sí una relación personal jurídico-pública de fidelidad<sup>7</sup>. El Tribunal Constitucional Federal ha entendido que el notario está muy próximo al servicio público y no se pueden ignorar ciertas similitudes con la relación funcional<sup>8</sup>. En la literatura especializada se equipara el notario al juez. El puesto y la actividad del notario son comparables con el cargo de juez, que, asimismo, desempeña deberes en el ámbito de la jurisdicción voluntaria<sup>9</sup>.

### 2. Vínculo de legalidad

El art. 14, párrafo 1, de la ley Federal Notarial dispone que el notario debe ejercer su cargo fiel a su juramento. No deberá ser representante de una de las partes, sino que asistirá a las personas interesadas de manera imparcial. El art. 14, párrafo 2 de la ley Federal Notarial, dispone que el notario debe rechazar su actuación cuando ésta no sea compatible con las obligaciones de su cargo, en especial cuando se requiera su participación en negociaciones que claramente persigan fines ilícitos o deshonestos. Por medio de esta regulación, se garantiza un vínculo global de legalidad del notario y, con ello, su vinculación al conjunto del Estado. En este sentido, el notario está obligado a la salvaguarda del ordenamiento constitucional, que ha convalidado a través de su juramento

---

<sup>4</sup> Das Berufsrecht der Notare (El derecho profesional del notario), página 4.

<sup>5</sup> BVerfGE 17, 371, 379 = DNotZ (Revista del notariado alemán) 1964, 424,427.

<sup>6</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler. BNotO (ley Federal Notarial), 3ª edición, art. 1, número marginal 6.

<sup>7</sup> BVerfGE 17,171,377; Arndt/Lerch/Sandkühler, en el anteriormente citado.

<sup>8</sup> BVerfGE 17,371,379; BVerfGE 54,237.

<sup>9</sup> Fischer. DNotZ (Revista del notariado alemán) 1989.467,473; Arndt/Lerch/Sandkühler, art. 1, número marginal 6; Dickardt. MittBayNot (Comunicaciones del notariado bávaro) 1995,421.

oficial (art. 13, párrafo 1 de la ley Federal Notarial)<sup>10</sup>. De ello se infiere que el notario deberá ejercer su cargo, como el juez y el funcionario, en pro del régimen fundamental de libertad y democracia y deberá luchar activamente por la protección de la constitución. Además, el notario está ligado, como el juez y el funcionario, a la ley y al derecho. Deberá observar todas las normas que el estado de derecho ha constituido. Por tanto, no sólo deberá cumplir las obligaciones de derecho profesional, que están recogidas en la ley Federal Notarial, sino también el resto de leyes que juegan un papel en la actividad notarial<sup>11</sup>. Además, el notario está obligado a rechazar un encargo de una persona interesada, si éste no estuviera de acuerdo con la ley.

Adicionalmente, al igual que los jueces, los notarios en el desempeño de su cargo están ligados al reglamento de funcionarios. De este modo, le es posible a la administración de la justicia vincular al notario con el Estado por medio de una disposición administrativa.

Este amplio vínculo de legalidad posibilita al Estado prescribir determinadas obligaciones en el desempeño del cargo relacionadas exclusivamente con el Estado, por ejemplo, determinadas obligaciones de comunicación a autoridades estatales.

### **3. Inspección del Estado sobre el notario**

La vinculación del notario a las funciones estatales queda especialmente de manifiesto por la inspección estatal sobre los notarios. El notario está estrictamente ligado a disposiciones legales. Esta vinculación resulta de especial importancia para el oficio notarial, primordialmente por la escasa vinculación jurídico-pública del cargo al Estado. La inspección estatal asegura este vínculo institucional. Ésta debe garantizar que el notario realice su actividad de acuerdo con la normativa existente, y evitar que, por la infracción de deber del propio notario, peligre el desarrollo sin fricciones de los asuntos oficiales<sup>12</sup>. La literatura especializada señala acertadamente que el desempeño de las funciones públicas por personas particulares y que, en cualquier caso, la separación de los deberes legítimos estatales por el inmediato vínculo al Estado, requieren que el cumplimiento de los deberes sea supervisado por el Estado<sup>13</sup>. La inspección a los notarios corresponde en Alemania, según el art. 92 de la ley Federal Notarial, al Presidente de la Audiencia del Estado federado, al Presidente de la Audiencia Territorial y a la Administración de Justicia de cada Estado federado.

---

<sup>10</sup> Compárese Seybold/Schippel. BNotO (ley Federal Notarial), art. 14, número marginal 3; Arndt/Lerch/Sandkühler, art. 14 de la BNotO (ley Federal Notarial), número marginal 8 y siguiente.

<sup>11</sup> Compárese Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO (ley Federal Notarial), art. 14, número marginal 14 y siguientes.

<sup>12</sup> BGH (Tribunal Supremo Federal), DNotZ (Revista del notariado alemán) 1974, 372; Dickardt, MittBayNot (Comunicaciones del notariado bávaro) 1995, 421,422.

<sup>13</sup> Bohrer, Das Berufsrecht der Notare (El derecho profesional del notario), página 45; Dickardt, MittBayNot (Comunicaciones del notariado bávaro) 1995,422.

Según el art. 93, párrafo 1 de la ley Federal Notarial; el examen y la supervisión del desempeño del cargo del notario corresponde a las autoridades inspectoras. La inspección notarial tiene, por una parte, una función preventiva (función de observación)<sup>14</sup> pero, por otra parte, también debe reclamar la infracción de deberes y encargar al notario restablecer el error en lo posible y evitarlo en el futuro (función de rectificación)<sup>15</sup>.

#### **4. El procedimiento de autenticación como planteamiento de supervisión estatal**

El legislador alemán ha prescrito para determinados actos jurídicos la autenticación notarial. Así, un contrato de compra-venta de un terreno requiere, según el art. 313, del Código Civil alemán, una autenticación notarial, del mismo modo que un contrato de matrimonio, según el art. 1410 del Código Civil alemán o, en el ámbito del derecho empresarial, la constitución de una sociedad anónima (art. 23, párrafo 1 de la ley de Sociedades Anónimas) o de una sociedad limitada (art. 2 de la ley de Sociedades Limitadas). Existe conformidad respecto a que la autenticación notarial de estos actos ha de servir en primer lugar a las personas interesadas. La autenticación notarial tiene una función preventiva, una función acreditativa y una función informativa, cuyo objetivo es representar la protección de las personas interesadas y la constitución de la necesaria paridad contractual<sup>16</sup>. Por la vinculación del notario a la organización estatal, por la inspección estatal y el riguroso vínculo al derecho y a la ley, el legislador logra que determinados actos jurídicos puedan someterse al fiable control del Estado. Por un lado se garantiza que la intervención del notario haga posible la supervisión de los actos jurídicos por parte de la autoridad competente, que es necesaria por intereses fiscales y de tipo jurídico-público<sup>17</sup>. Las personas interesadas están obligadas, en caso de querer formalizar un acto jurídico para que éste tenga validez, a consultar a un notario y a formalizar un documento notarial. El notario está, en base a sus obligaciones por el cargo que ocupa, obligado a considerar los requerimientos de comunicación estatales. Por ello, las personas interesadas están obligadas básicamente a informar al Estado en determinados actos jurídicos, es decir, a informar a las autoridades competentes sobre este acto jurídico, que representa el punto de conexión para procedimientos administrativos fiscales o jurídico-públicos.

---

<sup>14</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, art. 93 de la BNotO (ley Federal Notarial), número marginal 5; Dickardt, MittBayNot (Comunicaciones del notariado bávaro), 1995,423.

<sup>15</sup> Arndt y Dickardt, en las anteriormente mencionadas.

<sup>16</sup> Compárese Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG (ley de autenticación), introducción, número marginal 21; Keim, MittBayNot (Comunicaciones del notariado bávaro) 1994, 2,5; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte (Justicia de previsión por medio de notarios y tribunales), página 126; Limmer, Libro-homenaje 200 años Rheinischer Notarverein, publicado en 1998.

<sup>17</sup> Compárese Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte (Justicia de previsión por medio de notarios y tribunales), página 129.

Por otro lado, la autenticación notarial sirve de seguridad de la prueba. El requerimiento formal tiene por objeto marcar de forma explícita el acto jurídico con todo su contenido, así como de constatar el contenido del acto, junto con todas las estipulaciones accesorias, de forma clara, unívoca y definitivamente<sup>18</sup>. De este modo, también se garantiza, con respecto a las autoridades estatales, que se les informará de la totalidad del acuerdo. Si en el documento notarial no quedaran recogidas determinadas estipulaciones accesorias, existiría el peligro de que el contrato en su conjunto fuera nulo. Las personas interesadas, por tanto, están también obligadas, en base a la sanción de nulidad, a recoger todas las estipulaciones, que en relación con el acto jurídico sean de importancia para ellos, en el documento notarial y así informar al Estado. De esta manera, se garantiza con la sanción de nulidad que, por ejemplo, en el ámbito del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, se garantice la correcta base imponible para dicho impuesto. Si las personas interesadas declarasen un precio de compra más bajo, entonces, según la dogmática jurídica alemana, la autenticación no sería válida (art. 125 del Código Civil alemán)<sup>19</sup>. Las personas interesadas obtendrían así una ventaja fiscal ilegal, con el riesgo relevante de que no se reconozca su acto jurídico ante los tribunales. Por tanto, la sanción de nulidad y el requisito de autenticación en Alemania representan un medio para ejercer una presión relevante, exigiendo que los datos que constan en el documento notarial se correspondan con la realidad. En la práctica, ocurre rara vez que se hagan menciones incorrectas, puesto que la sanción de nulidad sí que puede tener graves consecuencias y representa para las partes un peligro evidente.

### **III. Límites institucionales de la vinculación estatal**

#### **1. Independencia**

La norma fundamental del notariado alemán, art. 1 de la ley Federal Notarial, define al notario como un titular independiente de un cargo público. La independencia del notario, al igual que la del juez, está garantizada por ley y reconocida como derecho y pretensión<sup>20</sup>. Tanto al notario como al juez le corresponde independencia personal e imparcialidad. La independencia personal se garantiza mediante el puesto de por vida del notario (art. 3 de la ley Federal Notarial), porque es insustituible (art. 10, párrafo 1 de la ley Federal Notarial) e inamovible (artículos 47 y siguientes de la ley Federal Notarial). El artículo 1 de la ley Federal Notarial garantiza también la independencia e imparcialidad del notario. La autoridad inspectora no puede influir en el contenido de su actividad profesional. No está sometido a las órdenes de

---

<sup>18</sup> Compárese Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG (ley de autenticación), introducción, número marginal 19; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte (Justicia de previsión por medio de notarios y tribunales), página 125.

<sup>19</sup> Compárese BGH (Tribunal Supremo Federal), NJW (Nuevo semanario jurídico), 1976, 237; OLG München (Audiencia territorial Munich), NJW-RR (Nuevo semanario jurídico) 1986, 13.

<sup>20</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, art. 1, número marginal 7.

terceros. La independencia se completa finalmente con la independencia organizativa, que está garantizada por el principio de la independencia profesional del notario<sup>21</sup>. Este principio prohíbe a la administración de justicia interferir o restringir personalmente, espacialmente u organizativamente la marcha interna del notariado, mientras que no se produzcan infracciones de la ley. *Schippel*<sup>22</sup> ha señalado acertadamente, que el notario es un libre servidor del derecho. La característica esencial del oficio notarial es la independencia legal. Por ello también se reorganiza en una posición contraria a la del Estado. La ley no sólo establece el postulado de la independencia para el notario, sino que también establece la actuación independiente en las obligaciones del cargo. De las influencias estatales que sobrepasen el control de la legalidad en el marco de la inspección de servicios pueden defenderse tanto el juez como el notario. Las influencias políticas que pudieran interferir en la competencia profesional del notario, están precisamente prohibidas gracias a la garantía de independencia. A pesar de que su cargo esté vinculado al Estado de forma parecida a como lo están los funcionarios, este postulado de independencia garantiza a los ciudadanos una posición protegida y especial frente al derecho.

## 2. Deber de secreto del notario

Según el art. 18, párrafo 1 de la ley Federal notarial, el notario debe, mientras no se determine lo contrario, guardar secreto frente a cualquier persona sobre asuntos que ha conocido en el ejercicio de su profesión. El deber de secreto sólo desaparece cuando las personas interesadas liberan al notario del mismo. Esta disposición se le impuso al notario para proteger jurídicamente a las personas interesadas. Para que el notario pueda aconsejar en la autenticación de forma imparcial a las personas interesadas, debe conocer los hechos, incluyendo todas las circunstancias acompañantes. Las personas interesadas sólo pueden aportar la sinceridad necesaria si confían en el notario sin reservas<sup>23</sup>. Por ello, el deber de secreto representa un deber esencial del cargo de notario<sup>24</sup>. Esto incluye no sólo a particulares, sino también, y principalmente, al Estado. Además, para proteger el deber de secreto, el reglamento procesal ha previsto un derecho de abstenerse de declarar: art. 65, párrafo 1 de la ley de procedimiento administrativo; art. 102, párrafo 1, número 3b, párrafo 2 de la ley general tributaria; artículos 53, párrafo 1 número 3, 53a del Código de Enjuiciamiento penal; artículo 383, párrafo 1, número 6 del Código de Enjuiciamiento civil. Con esto, el notario no sólo tiene derecho, sino que está obligado, según el art. 18, párrafo 1, número 6 del Código de

---

<sup>21</sup> Compárese Bohrer, *Das Berufsrecht der Notare* (El derecho profesional del notario), número marginal 145,307 y siguientes.

<sup>22</sup> Seybold, *BNotO* (ley Federal Notarial), art. 14 número marginal 29.

<sup>23</sup> OLG Koblenz (Audiencia territorial de Koblenz), *DNotZ* (Revista del notariado alemán) 1986,423; Arndt/Lerch/Sandkühler, *BNotO* (ley Federal Notarial), art. 18, número marginal 2.

<sup>24</sup> Bohrer, *Das Berufsrecht der Notare* (El derecho profesional del notario), número marginal 114; Arndt/Lerch/Sandkühler, art. 18 número marginal 2.

Enjuiciamiento civil, a hacer uso de su silencio<sup>25</sup>. Por consiguiente, tampoco en un proceso penal se pueden requisar determinadas informaciones y documentos notariales (art. 97, párrafo 1 del Código de Enjuiciamiento penal).

### 3. El derecho constitucional a la protección de los datos

El deber de secreto gana importancia teniendo en cuenta las diferentes obligaciones estatales de comunicación e información. Aquí existe una relación especialmente tensa.. Existe unanimidad en que sobre otras disposiciones legales, en especial disposiciones notariales, que establecen la obligación de denuncia, el deber de información, la obligación de comunicación y el deber de socorro, el deber de secreto tiene preferencia<sup>26</sup>. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado, dentro de las decisiones fundamentales del conjunto del Estado, un derecho fundamental del ciudadano a la autonomía informativa<sup>27</sup>. Y especialmente ante la exigencia del actual acuerdo sobre datos, el derecho fundamental general de protección de la personalidad garantiza las competencias de cada uno, principalmente la determinación de cada uno acerca del abandono y del uso de sus datos personales. Por ello, las reducciones de este derecho a la autonomía informativa sólo son lícitas en interés general mayoritario. El Tribunal Constitucional Federal ha establecido que las excepciones están sujetas a una base constitucional legal, que tiene que estar conforme con la obligación jurídico-estatal de la claridad normativa. Además, el legislador debe observar el principio de proporcionalidad en las reglamentaciones que reduzcan este derecho. Por consiguiente, el deber de secreto del notario debe considerarse como una parte del derecho fundamental a la autonomía informativa<sup>28</sup>. Conforme a ello, también en el ámbito del deber de secreto notarial debe tenerse siempre presente la exigencia de las obligaciones estatales de comunicación y de denuncia. Al igual que en el derecho administrativo general, las excepciones de un deber de secreto precisan una base legal<sup>29</sup>. Los actos administrativos de carácter general o disposiciones administrativas particulares al notario de revelar determinadas informaciones, son por ello ilícitas y quebrantan el deber de secreto. Además, de este especial derecho del ciudadano a la autonomía informativa, se deduce que las intromisiones en el deber de secreto del notario sólo son lícitas cuando, considerando el principio de proporcionalidad, la intromisión es imprescindible para la protección del interés público. El legislador debe, por tanto, examinar siempre, cuando precisa determinados deberes informativos del notario, si este quebrantamiento del deber de secreto es necesario para servir a un determinado interés público. Además, debe examinar si esta intromisión representa el medio

---

<sup>25</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, art. 18 número marginal 26.

<sup>26</sup> Compárese Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO (ley Federal Notarial), art. 18, número marginal 23; Seybold/Schippel, BNotO (ley Federal Notarial), art. 18, número marginal 9.

<sup>27</sup> Compárese BVerfGE, NJW (Nuevo semanario jurídico), 1984,419.

<sup>28</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO (ley Federal Notarial). Art. 18 número marginal 5.

<sup>29</sup> Compárese Seybold/Schippel, BNotO (ley Federal Notarial), art. 18 número marginal 9.

menos perjudicial que tiene a disposición. Por consiguiente, también debe sopesar los distintos bienes jurídicos: deber de secreto e interés público. Por tanto, de ello resultan claros límites de vinculación del notario al procedimiento administrativo público general.

#### **4. Límites constitucionales de la vinculación del notario**

El notario, a diferencia del juez y del funcionario según la concepción fundamental de la ley Federal Notarial, ocupa un puesto-marco de responsabilidad propia. La literatura profesional especializada habla de que el notario ejerce una "actividad cercana a las profesiones independientes". Su independencia profesional se caracteriza porque trabaja a riesgo propio y económicamente se puede comparar en eso con la actividad profesional independiente, porque tiene libre disposición sobre los honorarios que le corresponden en el marco del reglamento de precios y de otras regulaciones, y también asume el riesgo, incluida la responsabilidad, en el desempeño de su cargo<sup>30</sup>. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal es también de la opinión de que el derecho fundamental del libre ejercicio de la profesión fijado en la ley Fundamental (art. 12, párrafo 1 de la ley Fundamental) es válido básicamente también para la profesión del notario, que está vinculada al Estado<sup>31</sup>. En este sentido, este precepto constitucional del libre ejercicio de la profesión presenta igualmente límites para la imposición de obligaciones jurídico-públicas. Ciertamente que en una vinculación estatal de este tipo, tal como lo requiere el cargo público de notario, la libertad profesional puede estar sujeta a restricciones por medio de reglamentaciones especiales semejante a los principios fundamentales de los funcionarios, esto es, en tanto que la profesión es próxima a una relación de trabajo jurídico-pública. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha decidido que esto no es válido si la actividad profesional se diferencia claramente de aquellas relaciones de trabajo jurídico-públicas y que cuestionan los principios fundamentales del ejercicio libre de la profesión<sup>32</sup>. El Tribunal señaló que, mientras que el Estado debe, como patrón, velar por el bienestar de los funcionarios y de su familia en el marco de las relaciones de trabajo y de fidelidad, el notario no experimenta una asistencia de este tipo. Además, señaló que el notario y sólo él es responsable de sus gastos de manutención, debiendo por ello asegurárselos con los honorarios resultantes del ejercicio de su profesión. En este sentido, su actividad profesional es análoga a la de las profesiones independientes y está sujeta al amparo constitucional de la libertad de profesión (art. 12 de la ley Fundamental). Hasta ahora, el Tribunal Constitucional Federal tenía que ocuparse sobre todo de cuestiones como hasta qué punto deben reducirse los honorarios del notario

---

<sup>30</sup> Compárese Seybold/Schippel, BNotO (ley Federal Notarial), art. 1 número marginal 14.

<sup>31</sup> Compárese BVerfGE, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1963,621; BVerfGE, DNotZ (Revista del notariado alemán), 1964,424; BVerfGE, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1978, 412; BVerfGE, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1985,776.

<sup>32</sup> BVerfGE, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1985, 776,777.

por motivos político-sociales<sup>33</sup>. A este respecto se establecieron los siguientes principios: una restricción del libre ejercicio de la profesión del notario sólo será compatible con el art. 12, párrafo 1 de la ley Fundamental cuando esté de acuerdo con las exigencias de las reglamentaciones del ejercicio de la profesión. Siguiendo la pauta marcada por la constitución, el Tribunal constitucional federal contempla la obligación del notario a prestar sus servicios a personas sin recursos con patrocinio gratuito y a conceder, en determinadas situaciones, una reducción de los honorarios cuando esté justificado desde el punto de vista político-social<sup>34</sup>. La prestación gratuita forzosa de un servicio notarial se contempla en el art. 12, párrafo 1 de la ley Fundamental sólo por razones de bienestar común, que pesan más que los intereses del notario afectado. De acuerdo con lo anterior es significativo, según la valoración constitucional, el perjuicio ocasionado a la actividad profesional notarial. Por consiguiente, la disposición legal de renuncia a los honorarios como remuneración por la actividad profesional no será lícita si se le reclama al notario con ello un sacrificio no exigible.

Deberán tomarse también unas medidas semejantes con respecto a la transferencia de deberes públicos al notario. Al notario se le pueden imponer, a diferencia de un abogado, un sinnúmero de obligaciones jurídico-públicas y fiscales en base a su vinculación obligatoria jurídico-pública. Sin embargo, también hay que respetar los límites que marca el Tribunal Constitucional, que se amparan en la propia Constitución y en el art. 12 de la ley Fundamental. En el caso de que los principios expuestos en el ámbito de la reducción de honorarios tuvieran que aplicarse al notario, se establecerán las siguientes normas:

- \* A pesar de sus funciones jurídico-públicas, el notario necesita tiempo suficiente para garantizarse su manutención. La mayor parte del tiempo debe estar a disposición del cumpliendo de las obligaciones ligadas a la autenticación y, con ello, también a la obtención de honorarios. La obligación de trabajar gratuitamente, además de provocar una considerable reducción en los honorarios del notario, le sobrecarga con una serie de deberes públicos que afectan a su auténtica actividad, que es la de dar fe.
- \* El límite se sobrepasaría sobre todo en los casos en los que el notario estuviera excesivamente cargado de trabajo.
- \* Las obligaciones transferidas al notario dentro del ámbito de los deberes jurídico-públicos deberán ajustarse a la realidad y estar en relación con la propia actividad notarial, especialmente con la actividad de dar fe. Sería una carga no exigible si se le transfirieran al notario actividades que

---

<sup>33</sup> Compárese BVerfGE, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1983,776; Kahlke, Zur Inbezugnahme landesrechtlicher Gebührenbefreiungsregelungen (Introducción a la normativa para la exención de tasas), DNotZ (Revista del notariado alemán), 1983,76.

<sup>34</sup> BVerfGE, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1978, 412.

estuvieran completamente fuera de su práctica profesional y de su genuina actividad de autenticación.

Las funciones públicas del notario se medirán con arreglo a estos criterios, sobre todo cuando deba desempeñarlos en interés del Estado de forma gratuita.

## **B. Deberes de información y comunicación**

### **I. Administración de hacienda**

#### **1. Aspectos generales**

El derecho alemán, al contrario de lo que ocurre en otros países, no contempla la imposición fiscal efectuada a través del notario. La preparación y determinación de la imposición fiscal es tarea de los procedimientos tributarios que lleva a cabo la Hacienda pública. Según el art. 88 de la ley General Tributaria, las autoridades fiscales investigan de oficio las situaciones fácticas. Según el art. 93, párrafo 1 de la ley General Tributaria, las partes interesadas y otras personas deben facilitar a las autoridades fiscales aquellas informaciones necesarias para determinar los hechos de relevancia para la imposición tributaria. Lo primero que debe hacer la Hacienda pública para determinar la base imponible es dirigirse a la persona afectada. Según el art. 97 de la ley General Tributaria, las autoridades fiscales pueden exigir de las partes interesadas y de otras personas la presentación de libros, memorias, documentos comerciales u otros documentos.

El derecho alemán tampoco contempla la recaudación de impuestos a través del notario. Según el derecho tributario alemán, la liquidación fiscal y la recaudación se realizan a través de las autoridades fiscales.

#### **2. El deber general de información fiscal y el deber de secreto notarial**

Como ya se ha expuesto, de acuerdo con el art. 97 de la ley General Tributaria, las personas interesadas no sujetas a tributación también deben facilitar a Hacienda las informaciones pertinentes. Generalmente, los notarios pertenecen al grupo de personas sujetas al deber de informar<sup>35</sup>. Aunque ya de por sí existe el deber de secreto, en el derecho tributario el legislador ha concedido además al notariado el derecho a denegar la información (art. 102, párrafo 1, n° 3b de la ley General Tributaria), del cual el notario puede hacer uso para proteger el deber de secreto, siempre y cuando las partes interesadas no le eximan de éste<sup>36</sup>.

#### **3. Deberes especiales de asistencia en el derecho tributario**

---

<sup>35</sup> Compárese Seybold/Schippel, DNotZ (Revista del notariado alemán), 6ª edición, art. 18, n° marginal 11.

<sup>36</sup> Bohrer, Das Berufsrecht der Notare (El derecho profesional del notario), n° marginal 115.

a) Aspectos generales

El legislador ha impuesto al notario alemán múltiples concretos deberes de información y comunicación frente a las autoridades fiscales. Con ello quedan restringidos el deber de secreto y el derecho a denegar la información. El artículo 18, párrafo 1 de la ley Federal del Notariado, que regula el deber de secreto, dispone que el notario debe guardar secreto mientras no exista otra disposición legal en contra. De aquí se deriva la necesidad de fundamentación legal de ciertos deberes especiales de información, pues las meras disposiciones administrativas no bastan. En cuanto a los especiales deberes asistenciales, hay que distinguir si éstos son parte de la función de declaración a efectos fiscales y si ponen en marcha un procedimiento tributario sin la ulterior participación del contribuyente, como ocurre por ejemplo en la ley del Impuesto sobre Transacciones Inmobiliarias. Otros deberes de comunicación fiscal sirven exclusivamente para controlar a las partes interesadas en lo tocante al cumplimiento de sus obligaciones tributarias, quebrándose, por tanto, la protección del secreto<sup>37</sup>. El art. 104, párrafo 2 de la ley General Tributaria dispone que el derecho a denegar la información jurídico-fiscal no se extiende a aquellos casos legalmente sujetos a deber de notificación<sup>38</sup>.

b) Impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles

De acuerdo con el art. 18 de la ley del Impuesto sobre Transacciones Inmobiliarias, el notario, en el marco de dicha ley - impuesto de derechos reales por transacciones inmobiliarias - deberá, sirviéndose para ello de un impreso oficial, notificar a la oficina tributaria competente de los siguientes casos:

- \* Actos jurídicos autenticados por él o sobre los que haya redactado un documento y autenticado la firma de éste, cuando dichos actos jurídicos afecten a un bien inmueble;
- \* Solicitudes de rectificaciones registrales autenticadas por él o sobre las que haya redactado un documento y autenticado la firma de éste, cuando la solicitud tenga por objeto cambiar el propietario del bien inmueble;
- \* Modificaciones a posteriori o rectificaciones de alguno de los actos mencionados.

Esta notificación deberá acompañarse de una copia del documento. El deber de notificar subsiste también para aquellos actos que afecten a la transmisión de participaciones en sociedades, siempre que pertenezca algún bien inmueble al patrimonio de la sociedad en cuestión (art. 18, párrafo 2 de la ley del Impuesto sobre Transacciones Inmobiliarias). Dicha notificación deberá presentarse dentro del plazo de dos semanas, contadas a partir de la escrituración o autenticación de las firmas.

---

<sup>37</sup> Compárese Bohrer, Das Berufsrecht der Notare (El derecho profesional del notario), nº marginal 124 y siguiente.

<sup>38</sup> Compárese Klein/Prockmeier, AO (ley General Tributaria), 6ª edición, 1998, art. 104, nota I.

Esta disposición sirve para garantizar la recaudación tributaria. La finalidad del deber de notificación es poner en conocimiento de la Agencia Tributaria aquellos actos de adquisición sujetos a tributación, pero también comunicar los actos jurídicos que, aunque en principio no estén sujetos a tributación, podrían formar parte de un acto de adquisición que sí lo estuviera. En estos casos, es la Agencia Tributaria quien decide si existe o no obligación tributaria. El deber de notificación subsistirá aún cuando, según la ley del Impuesto sobre Transacciones Inmobiliarias, no deba aplicarse ningún impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles<sup>39</sup>. Debe tenerse presente que el principio del deber del notario de notificar es independiente de si éste tiene o no conocimiento de tal deber. El deber de notificación no depende de la estimación subjetiva de aquél que está obligado a él<sup>40</sup>.

El derecho alemán sobre el impuesto sobre transacciones inmobiliarias garantiza la recaudación fiscal relacionada con los contratos de compraventa de bienes inmuebles en tanto en cuanto el adquirente de un inmueble sólo puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad si presenta un certificado de la Agencia Tributaria que demuestre el pago del impuesto sobre transacciones inmobiliarias. Como en el derecho alemán la inscripción en el Registro de la Propiedad es un requisito indispensable para que la adquisición de la propiedad sea válida, lo anteriormente mencionado supone una garantía segura de recaudación tributaria.

El deber notarial de notificación se complementa con el así denominado „bloqueo documental“. Los documentos sujetos a un proceso de notificación sólo podrán ser entregados a las partes una vez enviada dicha notificación a la Agencia Tributaria (art. 21 de la ley del Impuesto sobre Transacciones Inmobiliarias). Del deber notarial de notificar se deriva - como ya se ha expuesto - una restricción del derecho de excusar el testimonio según el art. 102, párrafo 4, página 2. De acuerdo con tal disposición, mientras concurren deberes de notificación, los notarios estarán obligados a la presentación de documentos y a la expedición de otras informaciones. No obstante, la Corte Federal de Hacienda alemana ha expuesto que de ello tampoco puede resultar una obligación ilimitada de información y presentación de documentos, puesto que hay que tomar en prudente consideración el deber de secreto notarial. Por tanto, no puede pedirse al notario la presentación global de sus actas<sup>41</sup>. A este respecto la Corte Federal de Hacienda ha expresado lo siguiente: " *el art. 102 de la ley General Tributaria debe ajustarse al deber de secreto del notario según el art. 18 de la ley Federal del Notariado. Éste prohíbe al notario, por un lado, hacer público cualquier asunto relacionado con la conclusión de un*

---

<sup>39</sup> Compárese Boruttau/Viskorf, GrEStG (ley del Impuesto sobre Transacciones Inmobiliarias), 14ª edición, 1997, art. 18, n° marginal 11.

<sup>40</sup> BFH (Tribunal Federal Fiscal), sentencia del 25.03.1992, BStBl. (Boletín Federal de Impuestos) II 1992, 680; FG Münster (Tribunal de Hacienda económico-administrativo), sentencia del 19.05.1994, EFG (decisiones de los tribunales de hacienda), 1995, 495.

<sup>41</sup> BFH (Corte Federal de Hacienda), BStBl. (Boletín Federal de Impuestos) 1982, II 510.

*contrato autenticado por él. Por otro lado, el art. 18 de la ley Federal del Notariado admite excepciones al deber de secreto y el art. 102, párrafo 4 de la ley General Tributaria, en su calidad de disposición excepcional, cumple la función de garantizar el fin perseguido con el deber de notificación. Obviamente, dicho fin es facilitar a la Agencia Tributaria la suficiente información sobre las transacciones inmobiliarias como para que pueda determinar si están sujetas al pago del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles."*

En esta resolución, la Corte Federal de Hacienda llamó asimismo la atención sobre el hecho de que en las actas pueden estar contenidos algunos escritos amparados por el deber de secreto. Así pues, la Agencia Tributaria sólo puede demandar la presentación de tales escritos cuando complementan o aclaran el contenido del documento notarial. Este ejemplo demuestra lo difícil que resulta separar las necesidades de la Hacienda Pública de conocimiento exhaustivo de la situación fáctica y el deber de secreto notarial.

c) Derechos reales de sucesión e impuesto sobre transmisiones patrimoniales

En el art. 34 de la ley sobre Derechos Reales de Sucesión e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales se dispone que el notario debe notificar a la oficina tributaria encargada de los derechos reales de sucesión de aquellas autenticaciones que pudieran tener importancia para la fijación de un impuesto sucesorio. Esta disposición legal se complementa con dos disposiciones del Decreto de Aplicación Ejecutiva de la ley sobre Derechos Reales de Sucesión e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Según el art. 12 del Decreto de Aplicación Ejecutiva de Derechos Reales de Sucesión, tanto los notarios como los tribunales tienen obligación de comunicar la tramitación de liquidaciones de herencia. Según el art. 13 del Decreto de Aplicación Ejecutiva de Derechos Reales de Sucesión, en la autenticación de donaciones y donativos entre vivos, el notario deberá advertir de los deberes tributarios a que hubiera lugar y deberá informarse de la relación de parentesco entre adquirente y donante, así como del valor de la donación. Además, deberá remitir sin tardanza a la Delegación de Hacienda la correspondiente copia certificada del documento de donación una vez autenticado éste, así como comunicar la relación de parentesco y la cuantía de la donación. Asimismo deberá consignar el valor tomado como base para el cálculo de los gastos notariales. En el documento deberá hacerse constar cuándo y a qué Delegación de Hacienda se remite la copia. A través de este deber de asiento, es decir, el deber de consignar en el documento que se ha efectuado la comunicación, se garantiza la posibilidad de verificación a efectos de control.

En la literatura especializada y por parte de las administración fiscal es elevado el número de negocios jurídicos sujetos a declaración obligatoria entendidos como tal. Se argumenta que esto se debe a que, a fin de que la Hacienda Pública pueda estimar si existe o no obligación tributaria, debe proporcionarse

notificación de todos aquellos negocios jurídicos con atisbos de donación; esto se aplica especialmente a los siguientes negocios jurídicos<sup>42</sup>:

- \* Contratos de cesión de propiedad o traspaso de bienes entre cónyuges, padres e hijos o entre otros parientes cercanos;
- \* acuerdos de régimen de comunidad de bienes en caso de enriquecimiento de uno de los cónyuges;
- \* disposiciones sucesorias y negocios que tengan por objeto la satisfacción del derecho a la legítima o de la expectativa de una herencia; compensaciones por la repudiación de una herencia o legado o por la renuncia a la legítima o a una herencia; transmisión de expectativas de derecho de los herederos;
- \* participación de parientes cercanos en una empresa (negocios familiares);
- \* constitución de hipotecas u otras hipotecas garantizadas por bienes inmuebles y su transferencia a parientes cercanos en caso de que la deuda no fuera inobjetable;
- \* gratificaciones a parientes cercanos que, según declaración de las personas interesadas, hubieran prestado durante años sus servicios en el negocio familiar o en las tareas domésticas, recibiendo poca o ninguna remuneración por ello;
- \* donaciones de derechos según la ley para la regulación de cuestiones patrimoniales sin resolver.

d) Comunicaciones en el derecho de sociedades

Desde el 01.01.1996 ha sido introducido en Alemania un nuevo deber de comunicación. De acuerdo con el art. 54 del Decreto de Aplicación Ejecutiva del Impuesto sobre la Renta, el notario está obligado a remitir a la Agencia Tributaria copia certificada de todas las declaraciones autenticadas o certificadas por él que tengan por objeto la fundación, aumento o reducción de capital, transformación o disolución de sociedades de capital o las disposiciones sobre participaciones en sociedades de capital. La copia deberá presentarse transcurridas dos semanas desde la autenticación. Sólo podrán otorgarse copias certificadas y autorizadas de tales documentos cuando haya sido expedida la comunicación. El legislador basa esta decisión en que los documentos mencionados podrían representar un fundamento esencial para la determinación de hechos. Se trata básicamente de determinar la base impositiva aplicable por los beneficios obtenidos de enajenaciones y por las transferencias

---

<sup>42</sup> Compárese aquí la hoja de instrucciones sobre el deber de asistencia fiscal del notario, publicada por las delegaciones provinciales de hacienda, nota 2.1; Beck'sches Notar-Handbuch-Bernhard (Manual Beck para notarios), 2ª edición, 1997, nº marginal F 248; Zimmermann en: Formularbuch und Praxis der FGG (formulario y práctica de la ley sobre Asuntos de Jurisdicción Voluntaria), 20ª edición, 1994, nº marginal 10.

de participaciones en sociedades<sup>43</sup>. Originalmente, la obligación de comunicar algunos procesos jurídico-sociales a las autoridades fiscales se encontraba regulada en otras leyes (art. 3 del Decreto de Aplicación Ejecutiva del Impuesto sobre Transferencia de Capital). Después de que fueran suprimidas estas obligaciones fiscales, hubo una época en la cual el notario no tenía ningún tipo de deberes relacionados con el derecho de sociedades. La administración fiscal constató entonces que los procesos jurídico-sociales jugaban un papel decisivo en las investigaciones de declaraciones de la renta, y, por ello, por motivos jurídico-tributarios, ha introducido nuevamente los deberes de comunicación mencionados<sup>44</sup>.

#### **4. La importancia del documento notarial en el marco de la liquidación fiscal**

La ley alemana no conoce otros deberes de comunicación de tipo fiscal.

Pero el legislador se vale de los deberes de comunicación y de notificación notariales para conseguir el mayor número posible de informaciones sobre hechos impositivos. Los ejemplos anteriores demuestran que, para los ámbitos en los que es necesaria la autenticación notarial, rigen también múltiples deberes de comunicación. En principio, la vinculación del notario en el esclarecimiento de obligaciones fiscales es legítima, puesto que no sólo es titular de un cargo público frente a las partes interesadas en una relación de confianza, sino que también asume obligaciones frente al Estado, sirviendo de este modo a los intereses del Estado. En esto se ve claramente cuál es la función de la autenticación, es decir, garantizar que se fije acertadamente la base imponible y comunicarla a la oficina de Hacienda competente. Así pues, la autenticación no cumple sólo la función de proteger a las partes interesadas, sino que se presenta como una "correa de transmisión" para que prevalezcan los intereses fiscales del Estado.

Los deberes impuestos al notario por la ley de Autenticación, tales como el esclarecimiento total de las situaciones de hecho, la autenticación de hechos verídicos y la exactitud, tienen importancia a efectos fiscales. La determinación exacta de los hechos no sólo redunda en beneficio de las partes, sino también en interés de la Hacienda Pública. Si no fuera por estos trabajos preparativos, realizados diligentemente por el notario, se multiplicarían las tareas de la administración fiscal.

No obstante, deben tenerse en cuenta los límites que marca el deber de secreto. Por este motivo, en la práctica, se cuestiona hasta qué punto pueden las

---

<sup>43</sup> Compárese Heidinger, ¿Deben comunicarse a la Agencia Tributaria los contratos fiduciarios de participación en sociedad limitada de acuerdo con el art. 54 del Decreto Impuesto sobre la Renta?, DStR (derecho tributario alemán) 1996, 1353.

<sup>44</sup> Para las cuestiones de delimitación compárese Heidinger, anteriormente mencionado; escrito del ministro federal de hacienda del 14.03.1997, DStR (derecho penal alemán) 1997, 822, donde también se regula la cuestión de si los contratos fiduciarios están o no sujetos a comunicación.

agencias tributarias hacer uso de los documentos que el notario les remite en el marco de otros procesos o si es lícito que del envío de documentos para determinar el impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles aplicable, la agencia tributaria haga un uso en el marco del impuesto sobre la renta. Cabe decir lo mismo para su uso en el marco de la recaudación ejecutiva de deudas fiscales<sup>45</sup>. Resulta, por tanto, evidente que a los organismos encargados del impuesto sobre la renta les interesa sobremanera estar al corriente de las transferencias de propiedad. Esto les permite averiguar si se han empleado dinero o bienes patrimoniales no declarados. Si el organismo encargado del impuesto sobre la renta obligara al notario a proporcionarle cualquier información, éste podría acogerse al derecho de denegar la información y al deber de secreto. La cuestión aquí estriba en que este derecho a denegar la información puede ser burlado porque la oficina fiscal puede hacer uso de los documentos que han llegado a su poder por otros motivos fiscales. La literatura especializada señala acertadamente que las aplicaciones fuera del procedimiento tributario concreto no están previstas por el legislador y representan un incumplimiento práctico del derecho a denegar la información<sup>46</sup>.

## **5. Recaudación fiscal a través del notario**

El derecho tributario alemán, al contrario de lo que ocurre en otros países, no contempla la estimación de la base impositiva ni la recaudación fiscal efectuadas a través del notario. En muchos países esto es diferente, sobre todo en lo que atañe al impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles. No obstante, en el Colegio Federal de Notarios se debate actualmente la posibilidad de proponer a los legisladores alemanes el cobro del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles a través del notario. Se toma como modelo el sistema de cobro del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles a través del notario vigente en Austria. Este modelo de liquidación, de base facultativa, prevé la liquidación y el cobro de los impuestos a través del notario. Supone, por un lado, una ventaja al agilizar los procedimientos tributarios, y, por otro lado, al ser un procedimiento facultativo, siempre existe la opción del procedimiento fiscal administrativo. Es unánime la opinión de que debe quedar a discreción del notario si efectúa o no una autoimposición. Con ello se garantiza, por una parte, que en los casos difíciles no tenga que asumir el riesgo de una estimación jurídica errónea, pudiendo remitir a las partes interesadas a la administración fiscal, y, por otro lado, que, en los casos en los que el pago no estuviera garantizado, teniendo el notario que responder de ello, pueda rehusar la liquidación fiscal y el cobro de impuestos. Tal procedimiento de estimación y cobro del impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, además de reforzar la posición jurídico-pública del notario, representa un instrumento de

---

<sup>45</sup> Compárese App, Determinación inadecuada en contratos de compraventa por parte de la Hacienda Pública, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1988, 339.

<sup>46</sup> Véase DNotZ (Revista del notariado alemán) 1988, 340; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO (ley del Notariado alemán), art. 18, nº marginal 77.

simplificación de cara a las partes interesadas, mediante el cual se agilizan los procedimientos tributarios. Los notarios alemanes no pondrían objeción a un modelo de este tipo. Sin embargo, hacer un balance definitivo de semejante modelo resulta aún difícil en Alemania, a causa de la falta de experiencia práctica.

## **II. Deberes de información frente a otras autoridades**

### **I. Aspectos generales**

Además de las ya de por sí numerosas obligaciones de comunicación e información, el legislador alemán ha impuesto a los notarios otras muchas obligaciones de comunicación, información y remisión que, sin embargo, se encuentran reguladas de forma no sistemática en las diferentes leyes. Al imponer tales obligaciones de información, se ha tenido en cuenta la necesidad permanente de información del Estado en sus ámbitos más diversos. Según ello, el notario está obligado a facilitar automáticamente cualquier información necesaria sin que medie petición concreta por parte del Estado o las autoridades y, en algunos casos, a remitir una copia del documento notarial. Estas informaciones sirven en parte exclusivamente a los intereses del Estado, pero el deber de comunicación también ocurre en beneficio de las personas interesadas o en beneficio de terceros. Aunque resulta muy difícil establecer aquí normas homogéneas, pues surge el eterno conflicto entre los límites de las obligaciones de información y comunicación y el deber de secreto del notario. De forma similar a lo que ocurre con la obligación de información frente a la administración fiscal, aquí también se admite una interpretación restringida de la obligación de información.

### **2. Notificaciones al Registro Civil**

#### **a) Comunicaciones en asuntos sucesorios**

Los notarios autentifican numerosas declaraciones que afectan a la sucesión o la modifican: por ejemplo, testamentos y pactos hereditarios, pero también renunciaciones a la legítima y contratos jurídico-familiares que repercuten en la sucesión legítima. Por tanto, no sólo en interés del Estado, sino sobre todo en interés de los herederos, existe la necesidad perentoria de que, tras la apertura de la sucesión, el Tribunal testamentario al que compete la tramitación del juicio sucesorio conozca todas las declaraciones del testador que afecten a la sucesión. Así pues, el Código Civil alemán dispone en sus artículos 2258a, 2277 y 2300 que las autentificaciones notariales que contengan disposiciones de última voluntad sean entregadas sin demora para su custodia oficial al Juzgado de 1ª Instancia correspondiente al lugar del cargo. De conformidad con el art. 25, párrafo 2 de la ley Federal Notarial, esta custodia oficial especial queda excluida en el caso de los pactos hereditarios, por lo que las personas interesadas pueden optar porque el documento quede bajo la custodia del notario. No obstante, según el art. 25, párrafo 2 de la ley Federal Notarial, en la

apertura de la sucesión el notario deberá entregar tal documento al Tribunal testamentario.

Por otro parte, mediante una disposición administrativa se le ha impuesto al notario el deber de notificar al Registro Civil cualquier declaración por él autenticada cuyo contenido modifique la sucesión<sup>47</sup>. Afectan a este deber de notificación, por ejemplo los contratos cancelatorios, las declaraciones de dimisión e impugnación referidas a la herencia, los contratos de renuncia sucesoria, las capitulaciones matrimoniales con repercusiones en materia de derecho sucesorio y también los acuerdos sobre la repartición anticipada de la herencia para los hijos nacidos fuera del matrimonio. En el caso de testamentos mancomunados o pactos sucesorios, las notificaciones se harán por separado y por cada uno de los testadores. En dichas notificaciones se identificará más detalladamente al testador. Esta disposición administrativa ha previsto un formulario específico para tales notificaciones. A la muerte del testador, el notario deberá entregar al Tribunal testamentario las disposiciones de última voluntad que estaban bajo su custodia (art. 2259, párrafo 2 del Código Civil alemán). De acuerdo con la disposición general sobre el deber de notificación en asuntos sucesorios, el notario deberá comunicar, además, mediante copia certificada al Tribunal testamentario cualquier declaración vertida en el documento cuyo contenido modifique la sucesión<sup>48</sup>. Aquí el notario sopesará, determinando bajo su propia responsabilidad, si el documento que custodia contiene declaraciones o disposiciones que afectan a la sucesión. Si tras un examen exhaustivo, estuviera convencido de que el documento no contiene disposiciones de ese tipo, entonces puede y debe renunciar a la entrega acogándose al deber de secreto<sup>49</sup>.

La problemática de este deber de notificación en asuntos sucesorios estriba en el hecho de que no se basa en ningún fundamento legal, sino simplemente en una disposición administrativa. Por tanto, en la literatura especializada predomina la idea de que una orden jerárquica sin fundamento legal no puede restringir el deber de secreto según el art. 18 de la ley Federal notarial, de modo que el deber de comunicación basado en la disposición administrativa sólo es válido, por regla general, en tanto en cuanto esté amparado por la presumible voluntad del testador. Si existiera una orden contraria del testador en el sentido de no proceder a la notificación, ésta tendría preferencia según la opinión

---

<sup>47</sup> Compárese "Disposición general a nivel federal sobre la obligación de notificación en asuntos sucesorios", por ejemplo Baviera. Bayerisches Justizministerialblatt (Hoja ministerial del Ministerio de Justicia bávaro), 1979, 228, 1981, 150; 1984, 83; publicado por Weingärtner, *Notarrecht (Derecho notarial)*, 5. Edición 1997, N°270-1; DONot (Reglamentación para notarios alemanes), art. 16, párrafo 2; compárese aquí Seybold/Schippel/Kanzleiter, *BNotO (ley Federal Notarial)*, Art. 16 DONot (de la Reglamentación para notarios alemanes), número marginal 4.

<sup>48</sup> Compárese Seybold/Schippel, *BNotO (ley Federal Notarial)*, art. 18, número marginal 50.

<sup>49</sup> Compárese Seybold/Schippel, en la anteriormente citada, *BNotK (Colegio federal de notarios)*, *DNotZ (Revista del notariado alemán)* 1972, 261.

reinante en la literatura especializada<sup>50</sup>. Al interpretar dicho deber de notificación, hay que tener especialmente en cuenta el deber de secreto. El notario deberá revisar siempre sus documentos a fin de determinar si éstos contienen también otras disposiciones y declaraciones jurídico-negociales que no modifican la sucesión. Si fuera éste el caso, entonces remitirá al organismo testamentario únicamente una copia en forma de extracto. Queda al libre arbitrio del notario la decisión de si el contenido del documento se ajusta a lo mencionado anteriormente o si se trata de un pacto sucesorio, con lo que subsistirían los deberes de información y comunicación<sup>51</sup>.

b) Comunicación del reconocimiento de paternidad

Según el art. 1600e del Código Civil alemán, el reconocimiento de la paternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio deberá elevarse a escritura pública. Lo mismo puede aplicarse para la declaración de consentimiento del hijo necesaria para que la declaración de reconocimiento tenga validez. El legislador alemán concibe estas declaraciones como de vital importancia para el estado legítimo del hijo no matrimonial, por lo que también están sujetas al deber de comunicación. El artículo 29, párrafo 2 de la ley del Estado Civil dispone la remisión de copia certificada de la declaración de reconocimiento al funcionario del Registro Civil que registró el nacimiento del hijo. De este modo, se previene la certificación secreta del reconocimiento de paternidad. La razón de ello es la importancia y el alcance del reconocimiento en muchos aspectos, debiendo el funcionario del Registro Civil proceder de oficio a dejar constancia de quién es el padre<sup>52</sup>. Aquí el notario no sólo está obligado a hacer llegar una copia certificada de la declaración de reconocimiento al funcionario del Registro Civil, sino también a la madre y al hijo (art. 1600e, párrafo 2, Código Civil alemán)

c) Nombre

Si el marido de la madre o el padre de un hijo no matrimonial da sus apellidos a éste en virtud del art. 1618 del Código Civil alemán, y si la declaración del

---

<sup>50</sup> Kanzleiter, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1972, 519,522 ; Kanzleiter, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1975, 26,27 ; Seybold/Schippel/Kanzleiter, art. 16 DONot (de la Reglamentación para notarios alemanes), número marginal 4 ; Seybold/Schippel, art. 18, número marginal 40 ; Huhn/v.Schuckmann, BeurkG (ley de autenticación), 3ª edición, art. 16 DONot (de la Reglamentación para notarios alemanes), número marginal 5 ; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO (ley Federal Notarial), art. 18, número marginal 69 ; principalmente Bohrer, Das Berufsrecht der Notare (El código deontológico de los notarios), número marginal 183, que sólo considera la auténtica voluntad como normativa. En contra de tener en cuenta la voluntad de las partes interesadas se pronuncia Weingärtner/Schöttler. DONot (Reglamentación para notarios alemanes), 6ª edición, art. 16, número marginal 237.

<sup>51</sup> Así BNotK (Colegio federal de notarios), DNotZ (Revista del notariado alemán), 1972, 261; Seybold/Schippel/Kanzleiter. Art. 16 DONot (de la Reglamentación para notarios alemanes), número marginal 6.

<sup>52</sup> Compárese OLG Hamm (Audiencia Territorial Hamm), DNotZ (Revista del notariado alemán) 1996, 428; Seybold/Schippel, BNotO (ley Federal Notarial), art. 18, número marginal 140; Firsching, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1970, 463.

marido sobre este particular o la declaración de consentimiento de la madre o del hijo han sido autenticadas o certificadas por un notario, estas declaraciones deberán ser enviadas al funcionario del Registro Civil competente para su recepción, en cuyo libro se hubiera registrado el nacimiento del hijo (art. 30, párrafo 2, art. 31a PSDG).

### **3. Deberes de comunicación según la ley del Suelo**

Según el art. 195, párrafo 1 de la ley del Suelo, de cualquier contrato relativo a una enajenación inmobiliaria por título oneroso deberá expedirse copia para la así denominada "comisión informativa", establecida en los distritos rurales o en las ciudades no pertenecientes a la demarcación estatal. También deberán remitírsele aquellos contratos que afecten a una transmisión inmobiliaria en concepto de permuta o que constituyan un derecho de superficie. Algunas de las funciones de la comisión informativa son dictaminar sobre el bien inmueble y determinar el precio de mercado del suelo. Gracias a la notificación, la comisión informativa tiene siempre una visión de la evolución de los precios de compraventa, algo que la capacita para la tasación de otros bienes inmuebles comparables.

### **4. Deberes de comunicación según la ley de Transacciones Exteriores**

La ley de Transacciones Exteriores es el fundamento legal para el control estatal de la exportación y la importación. Parte de la premisa de la existencia de unas relaciones económicas exteriores libres. No obstante, esta ley crea la base jurídica para decretar prohibiciones y acuerdos "ad referendum" en la línea del decreto-ley.

Según la Ley de transacciones exteriores, los notarios también tienen deberes de comunicación y de dar parte<sup>53</sup>. De acuerdo con el art. 44, párrafo 1 de la ley de Transacciones Exteriores, las autoridades administrativas, el Bundesbank alemán, la Oficina Federal de Economía y otras autoridades pueden exigir cualquier información, siempre y cuando sea necesario, para velar por el cumplimiento de la ley de Transacciones Exteriores y del decreto-ley promulgado a tenor de dicha ley. Así pues, pueden exigir la presentación de documentos comerciales. Conforme al art. 44, párrafo 2 de la ley de Transacciones Exteriores, está obligado a informar todo aquél que participe directa o indirectamente en las relaciones económicas exteriores. Según la idea predominante en el derecho alemán, aunque el notario realice autenticaciones que tienen por objeto actos jurídicos o actividades de comercio exterior, no participa ni directa ni indirectamente en las relaciones económicas exteriores y, por consiguiente, no está obligado a informar<sup>54</sup>. En el marco de la tramitación

---

<sup>53</sup> Compárese la circular 4/1996 del BNotK (Colegio federal de notarios) de 17.01.1996, Deberes de información y de dar parte para los notarios según la ley de Transacciones Exteriores, publicado por Weingärtner, *Notarrecht (Derecho notarial)*, 5ª edición, número 344.

<sup>54</sup> Compárese Seybold/Schippel, *BNotO (ley Federal Notarial)*, art. 18, número marginal 37; Bohrer, *Das Berufsrecht der Notare (El código deontológico del notario)*, número marginal 123.

de documentos o en su custodia, el notario puede llegar a ser copartícipe de las relaciones económicas exteriores, como por ejemplo en caso de prestación o recepción de pagos, valores u oro. Está comúnmente aceptado que en estos casos no puede acogerse al secreto profesional, ya que su actuación, entendida como participación propiamente dicha en las relaciones económicas exteriores, no puede mantenerse en secreto, en virtud de una disposición especial, ante aquellos organismos facultados para recibir la información<sup>55</sup>.

Según el art. 59 del decreto-ley de Transacciones Exteriores, las personas residentes en la R.F.A. deberán comunicar los pagos que reciban de los no residentes, o sus facturas a los residentes o los pagos por facturas de no residentes, siempre que superen los 5.000 marcos.

## 5. Ley de Blanqueo de Dinero (GWG)

Desde el 29.11.1993, está vigente en Alemania la ley de Investigación de Ganancias provenientes de Delitos Graves del 25.10.1993 (B.O.E. I 1770). La ley de Blanqueo de Dinero está en consonancia con los esfuerzos a nivel mundial encaminados a combatir el crimen organizado. El objetivo de la ley de Blanqueo de Dinero es, por un lado, facilitar la investigación y la obtención de pruebas a las autoridades encargadas de la persecución criminal, y, por otro, proteger a las empresas y grupos profesionales con las que generalmente se contacta para las transacciones de blanqueo de dinero, advirtiéndoles para que tomen las debidas precauciones<sup>56</sup>. Los destinatarios de la ley de Blanqueo de Dinero son, principalmente, los institutos de crédito y los institutos financieros, pero también aquellas personas encargadas de la administración de bienes ajenos, por ejemplo abogados y notarios. La actividad del notario se contempla en la ley de Blanqueo de Dinero en dos casos: en caso de recibir dinero en metálico y en caso de apertura de una cuenta fiduciaria notarial en el marco de un depósito fiduciario. También aquí predomina la idea de que, a consecuencia de estos deberes legales, se quiebra el deber de secreto notarial<sup>57</sup>. Si el notario recibe dinero en metálico por un valor superior a los 20.000 marcos, está obligado a identificar a la persona que ante él se presenta (art. 3, párrafo 1, página 2 de la ley de Blanqueo de Dinero), excepto si la conoce personalmente. Dicha obligación subsiste aún cuando el dinero se le entregue en varias actuaciones parciales. El notario deberá averiguar para qué factura actúa la persona afectada (art. 8, párrafo 1 de la ley de Blanqueo de Dinero). La identificación deberá realizarse antes de recibir el dinero en metálico. El notario solicitará la presentación del D.N.I. o el pasaporte, anotando el nombre de la

---

<sup>55</sup> Compárese Seybold/Schippel, anteriormente mencionado; circular del BNotK (Colegio federal de notarios).

<sup>56</sup> Compárese la Exposición gubernamental sobre la ley de Blanqueo de Dinero, BtDrs. 12/2704, página 1.

<sup>57</sup> Compárese detenidamente la circular 5/1996 del BNotK (Colegio federal de notarios) sobre la ley de Investigación de Ganancias provenientes de delitos graves, publicada por Weingärtner, *Notarrecht (Derecho notarial)*, 5ª Edición, número marginal 325a; Arndt/Lerch/Sandkühler, *BNotO (ley Federal Notarial)*, Art. 23, número marginal 66.

persona identificada. Asimismo anotará las comprobaciones realizadas según el art. 3, párrafo 1 y las conservará durante 6 años (art. 9, párrafo 1 de la ley de Blanqueo de Dinero). La anotación y conservación tienen por objeto facilitar a las autoridades encargadas de la persecución criminal la consulta de datos durante la investigación de determinados delitos. Según el art. 8, párrafo 1 de la ley de Blanqueo de Dinero, al abrir una cuenta fiduciaria deberá determinarse qué personas están autorizadas en la cuenta en cuestión. Aquí, el notario está obligado a declarar ante el banco que lleva la cuenta para qué factura actúa. También en este aspecto se quiebra el deber de secreto del notario. Así pues, si se abre una cuenta fiduciaria para la tramitación de un contrato de compraventa de bienes raíces, el notario deberá comunicar quiénes son el comprador y el vendedor a fin de cumplir con su obligación de identificación.

## **6. Deberes de comunicación frente al Tribunal de Registro**

Según el art. 125a de la ley sobre los Asuntos relativos a la Jurisdicción Voluntaria, los notarios tienen la obligación de comunicar al Tribunal de Registro los casos de los que han llegado a tener conocimiento, tales como inscripción incorrecta, incompleta u omisiones en el registro mercantil. Las hipotecas parciales, las deudas hipotecarias parciales o las cédulas de deuda de renta parciales deberán comunicarse al Registro de la Propiedad que expidió el primer título.

### **C. Vinculación del notario en procedimientos administrativos por tipos de autorización y derechos de preferencia jurídico-públicos**

#### **I. Aspectos generales**

##### **1. Tipos de autorización**

El derecho alemán muestra básicamente una conexión más estrecha entre exigencias jurídico-públicas y autentificaciones notariales que en el caso de los deberes de comunicación a secas. En la práctica notarial diaria, juegan un papel considerable gran número de regímenes de autorización y derechos de preferencia jurídico-públicos, instituidos a partir de los más variados fundamentos jurídico-administrativos. Partiendo de diversos fundamentos jurídico-públicos, el legislador ha introducido limitaciones de disposición, algo que indiscutiblemente repercute en las transacciones inmobiliarias. Dichas limitaciones jurídico-públicas son suprimidas mediante las oportunas autorizaciones concedidas por las autoridades competentes. Todo negocio jurídico sujeto al régimen de autorización es provisionalmente nulo mientras no se tenga constancia de que la autorización ha sido concedida. Así pues, las partes interesadas en cualquier proceso requieren de una autorización jurídico-pública para la tramitación y ejecución de su negocio jurídico. En este procedimiento de aprobación son examinadas por la autoridad competente las

finalidades jurídico-públicas a salvaguardar mediante la autorización. Si se concede la autorización, el negocio jurídico será válido con efecto retroactivo<sup>58</sup>. Si se deniega la autorización, el negocio jurídico quedará definitivamente sin efecto.

El alcance de estas autorizaciones, y con ello también la conexión entre derecho civil y derecho público, es trascendental en Alemania, ya que para el traspaso de la propiedad de bienes raíces es constitutivamente necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículos 873, 925 del Código Civil alemán). La propiedad de un inmueble sólo se consigue mediante declaración jurídico-negocial (transferencia) e inscripción en el Registro de la Propiedad. Al contrario de lo que ocurre en otros derechos basados en el principio consensual, como por ejemplo el francés, aquí la declaración jurídico-negocial no basta por sí sola. El Registro de la Propiedad - la autoridad encargada de las inscripciones en el registro de la propiedad - debe examinar, por tanto, la inscripción para asegurarse de que concurren todas las autorizaciones imprescindibles para el negocio jurídico. Solo cuando se dan las oportunas autorizaciones públicas y requisitos para la validez, puede procederse al traspaso de la propiedad en el Registro. Por ello, para que la adquisición de la propiedad sea válida, las partes interesadas se ven constreñidas a procurarse la autorización.

## **2. Derecho público de preferencia**

En el derecho alemán se hace cada vez más uso de un segundo instrumento de control público que ejerce una influencia obvia en las transacciones inmobiliarias: el derecho público de preferencia. El más importante derecho de preferencia se encuentra en la ley del Suelo y Ordenación Urbana, pero otras leyes, y especialmente las de los estados federales, prevén también derechos de preferencia. El derecho de preferencia brinda al retrayente - por lo general autoridades o corporaciones del derecho público - la posibilidad de adquirir un bien inmueble en lugar del comprador. Al ejercer el derecho de preferencia se perfecciona un contrato de compraventa entre el vendedor y el titular del derecho de preferencia según el cual el titular del derecho de preferencia puede exigir para sí la transferencia del bien inmueble. A menudo estos derechos públicos de preferencia tienen un efecto real, es decir, en caso de duda, el titular del derecho de preferencia puede imponer, incluso en contra de la voluntad del vendedor, su derecho a la adquisición del bien inmueble.

El objetivo de los derechos de preferencia es evitar ante todo que aquellas propiedades inmobiliarias que están a la venta sean adquiridas por personas que no estén en situación de usar los inmuebles tal y como lo exige la afectación

---

<sup>58</sup> Compárese BGH (Tribunal Supremo), NJW (Nuevo semanario jurídico), 1995, 318 ; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral inmobiliario), 11ª edición, 1997, número marginal 3805.

pública para cuya protección fue creado el derecho de preferencia<sup>59</sup>. Los derechos de preferencia sirven en determinadas circunstancias para evitar las expropiaciones y para brindar a las autoridades públicas la posibilidad de adquirir el suelo que necesitan para el desempeño de sus funciones. Los derechos de preferencia representan "un punto intermedio entre la adquisición por licitación privada de bienes raíces y la intervención forzosa por expropiación"<sup>60</sup>. Sin embargo las estadísticas demuestran que los gastos administrativos relacionados con el derecho de preferencia no están en relación proporcional con su importancia real. El derecho de preferencia según la ley del Suelo y Ordenación Urbana se ejerció en menos de un 1% de los contratos registrados<sup>61</sup>. No obstante, en los últimos años ha aumentado en Alemania la elección del derecho de preferencia como medio de garantías públicas. El legislador presupone que por su conformidad con el mercado, los derechos de preferencia pueden ser clasificados como el instrumento más útil para evitar el crecimiento incontrolado de las ciudades<sup>62</sup>.

### **3. Importancia del notario en las autorizaciones de derecho público y los derechos de preferencia**

#### a) Aspectos generales

El notario juega en la práctica un papel importante en la tramitación de estos instrumentos de control. En primer lugar, en su art. 18 la ley de Autenticación dispone lo siguiente: *"El notario deberá indicar cuáles son las autorizaciones o confirmaciones judiciales u oficiales necesarias o las dudas que pueda haber sobre este particular, reseñando todo ello en el acta"*.

En su art. 20 la ley de Autenticación dispone:

*" Si cuando el notario autentificara la transferencia de un bien inmueble pudiera darse un derecho de preferencia, éste deberá indicarlo y reseñarlo en el acta"*.

Ambas disposiciones establecen en primer lugar el deber de advertencia frente a las partes interesadas. En general, en el derecho alemán el notario está obligado, según el art. 17 de la ley de Autenticación, a informar a las personas interesadas sobre la trascendencia jurídica del negocio y a reproducir en el acta sus declaraciones de forma clara y sin ambigüedades. Al hacerlo, deberá evitar los errores y las dudas así como que aquellos interesados poco ágiles o poco experimentados se vean perjudicados. Según esta cláusula general, al notario competen importantes deberes de verificar e informar, que se concretizan mediante específicos deberes de informar en relación a autorizaciones públicas

---

<sup>59</sup> Compárese Haegel/Schöner/Stöber, número marginal 3811.

<sup>60</sup> Compárese Grziwotz, Baulanderschließung (Urbanización de terrenos urbanizables), 1993, 47.

<sup>61</sup> Compárese Grziwotz, en la anteriormente mencionada.

<sup>62</sup> Compárese Robs:Brüggemann, Kommentar zum Baugesetzbuch (Comentario sobre la ley del Suelo y Ordenación Urbana), art. 24, número marginal 2, crítica UPR 1993, 48, 51.

y los derechos de preferencia. La función de informar ha alcanzado una importancia considerable, sobre todo en los últimos años, condicionada por la jurisprudencia del más alto tribunal, el Tribunal Supremo, y representa ya el objetivo formal principal de la autenticación notarial<sup>63</sup>. Pero el deber de informar no es ningún instrumento rígido, sino que se ajusta a la "realidad de cada caso particular"<sup>64</sup>. Tal y como se expresa en el reciente fallo del Tribunal Supremo del 27.10.1994<sup>65</sup>, el notario debe abordar todas aquellas cuestiones del negocio jurídico que requieran de reglamentación, averiguar cuál es la voluntad del interesado y dar las oportunas informaciones. De este modo, las partes contratantes que participan en el negocio autenticado por el notario tienen conocimiento de todas las circunstancias jurídicas de importancia para su acto de voluntad. En el ámbito de los regímenes de autorización pública y de los derechos de preferencia, es de suma importancia para los interesados conocer todos los tipos de autorización jurídico-públicos que pudieran afectar a la validez del negocio jurídico. También en el ámbito de los derechos de preferencia jurídico-públicos, es de suma importancia para el vendedor saber si existe un derecho de preferencia. Existe el riesgo de que no sea el comprador el que adquiera el inmueble sino una corporación de derecho público, basándose en un derecho de preferencia. Por ello, la ley de Autenticación ha postulado un deber especial de informar en atención a estas circunstancias extraordinarias del derecho público y que afectan a las transacciones inmobiliarias.

En lo referente al régimen de autorización, el notario debe examinar si el proceso está sujeto a la obtención de una autorización; deberá indicar cada una de las autorizaciones necesarias, no basta con hacer una indicación global<sup>66</sup>. En la práctica, para evitar los casos de responsabilidad civil, se recomienda nombrar todas las condiciones de la autorización pertinentes y especificarlas en el documento<sup>67</sup>. Además, no basta simplemente con indicar el hecho de la autorización; el notario debe tratar de la validez, el alcance y las consecuencias de la autorización pública y de la denegación de ésta<sup>68</sup>. Según el art. 20 de la ley de Autenticación, los deberes del notario son similares en lo relativo al derecho de preferencia. Sin embargo, el deber de informar es aquí algo menor,

---

<sup>63</sup> Compárese aquí Reithmann, *Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte* (Justicia preventiva a través de notarios y tribunales), 1989, página 125 ; Keidel/Kuntze/Winkler, *BeurkG* (ley de autenticación), número marginal 21 y siguientes ; Winkler, *Número especial de la DNotZ* (Revista del notariado alemán) 1977, páginas 113,117.

<sup>64</sup> BGH (Tribunal Supremo), *DNotZ* (Revista del notariado alemán) 1963, 308.

<sup>65</sup> WM (Comunicación de valores )1995, 118, 120.

<sup>66</sup> Huhn/v. Schuckmann, *BeurkG* (ley de autenticación), 3ª Edición, art. 18, número marginal 1 ; Keidel/Kuntze/Winkler, *BeurkG* (ley de autenticación), art. 17, número marginal 1.

<sup>67</sup> Huhn/v. Schuckmann anteriormente mencionado, art. 18, número marginal 1; Keidel/Kuntze/Winkler, *BeurkG* (ley de autenticación), art. 18, número marginal 44 ; BGH (Tribunal Supremo), *NJW* (Nuevo semanario jurídico), 1993, 648; Haug, *Die Amtshaftung des Notars* (Responsabilidad civil del notario), 2ª edición, número marginal 502 ; Mecke/Lerch, *BeurkG* (ley de autenticación), 2ª Edición, art. 18, número marginal 1.

<sup>68</sup> Compárese Keidel/Kuntze/Winkler, anteriormente mencionado; Huhn/v. Schuckman, anteriormente citado.

ya que el notario sólo tiene que indicar que podría darse un derecho de preferencia. Esto se debe a que, por regla general, el notario no suele conocer las circunstancias precisas como para poder juzgar si verdaderamente existe derecho de preferencia y si éste se ejercerá; así pues sólo se exige del notario que haga referencia a tal posibilidad. Con ello, los interesados conocen ciertas circunstancias necesarias para su declaración de voluntad que, de otro modo, por ser profanos en la materia, no podrían saber.

En primer lugar, a consecuencia de estos deberes expresos de informar, una figura del derecho público se transforma en un negocio de derecho civil. El notario garantiza la información necesaria para que los interesados puedan valorar acertadamente la influencia del derecho público sobre el negocio jurídico-civil, que generalmente les es desconocida. El deber de información coloca al notario en el papel de "catalizador" del gran número, difícilmente abarcable, de vinculaciones jurídico-públicas de un bien raíz. Si los interesados no recibieran información alguna, generalmente no sabrían qué autorizaciones jurídico-públicas o derechos de preferencia concretos existen y que éstos pueden determinar el éxito o fracaso del negocio jurídico proyectado. Mediante la autenticación notarial, y haciendo depender la validez de un negocio jurídico de la obtención de una autorización pública o de la existencia de un derecho de preferencia, el legislador instrumenta, por un lado, con objetivos del derecho público, las transacciones inmobiliarias del derecho privado y, por otro lado, garantiza que los interesados conozcan con antelación, a través del notario, los objetivos del derecho público, sin cuyo conocimiento no sería posible una actuación justa. Aquí el notario es un intermediario entre derecho público y privado.

b) Otras funciones del notario en lo tocante a condiciones de autorización del derecho público

Por regla general, en la práctica notarial, el notario no se limita a la simple información. El notariado alemán reconoció pronto la necesidad de que el notario ayude a las partes interesadas en la tramitación de los contratos de compraventa de bienes raíces y en todas las cuestiones jurídicas relacionadas con dichos contratos de compraventa. También afecta lo dicho a las condiciones de autorización del derecho público. Así pues, el art. 31 de la reglamentación para notarios alemanes dispone lo siguiente:

1. *"Si un negocio requiriera autorización o confirmación por parte de la autoridad y el notario albergara dudas acerca de la necesidad de tal autorización o confirmación, éste podrá presentar, en determinados casos, con el beneplácito de las partes interesadas y antes de la autenticación, un plan con las principales disposiciones del negocio ante la autoridad competente, rogando a ésta que notifique cualquier consideración a que hubiera lugar. Recomendará a los interesados este trámite siempre que lo estime oportuno.*

2. *El notario deberá solicitar con antelación y simultáneamente las autorizaciones y confirmaciones pertinentes* ".

La petición de autorización es básicamente cosa de las partes interesadas<sup>69</sup>. Como el notario, a diferencia de los interesados, está familiarizado con la comunicación entre autoridades, en la práctica se encarga de cursar la petición de autorización para los interesados. La jurisprudencia sobre responsabilidad civil ha declarado derecho que el notario que en contra de la práctica habitual notarial no se encargue de gestionar lo arriba mencionado para los interesados, deberá al menos instruirles sobre cómo hacerlo o se hará culpable de una grave vulneración de sus deberes<sup>70</sup>. Por tanto, generalmente y dotado de la oportuna orden, el notario asume la tarea de solicitar en nombre de los interesados las autorizaciones pertinentes ante la autoridad competente<sup>71</sup>. Éste es el tipo de comportamiento que los interesados esperan y sus expectativas suelen verse cumplidas en la práctica notarial. Para ello, el notario debe recibir una orden especial con poder; existen una serie de disposiciones jurídico-públicas que prevén determinados permisos legales al notario para la petición de la autorización. De acuerdo con la disposición mencionada del art. 31, párrafo 2 de la Reglamentación para notarios alemanes, el notario deberá solicitar la autorización a ser posible con antelación y simultáneamente. Según el art. 146 del Reglamento de precios, en los casos de enajenación de bienes inmuebles, cuando el notario estuviera encargado de la petición de una o varias autorizaciones, recibirá por ello una tasa especial de cumplimiento.

c) Funciones en los casos de derecho de preferencia

También en los casos de derecho de preferencia del derecho público, es fundamental para los interesados conocer su problemática y las cuestiones relativas a su aplicación. Un gran número de derechos de preferencia están técnicamente asegurados por la ley, en tanto en cuanto sólo es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad, y por consiguiente la adquisición de la propiedad, si la autoridad competente comunica mediante el correspondiente certificado que no existe o no se ejercerá el derecho de preferencia. Así, el art. 28, párrafo 1 de la ley del Suelo dispone que el Registro de la Propiedad sólo podrá proceder en el caso de enajenación de transferencia de propiedad.

De modo similar a lo que ocurre con las autorizaciones, en las relaciones jurídicas alemanas los interesados esperan habitualmente, y los notarios así lo admiten, que el notario les aclare las cuestiones jurídicas y se ocupe de solicitar las oportunas declaraciones relativas al derecho de preferencia. En este sentido, el notario debe informar al comprador de que supone un riesgo realizar pagos

---

<sup>69</sup> BGH (Tribunal Supremo), DNotZ (Revista del notariado alemán), 1954, 551.

<sup>70</sup> BGH (Tribunal Supremo), VersR (Revista para el derecho de seguros) 1959, 739.

<sup>71</sup> Compárese Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung (Manual de configuración del contrato notarial), 7ª Edición, número marginal 514; Haug, Die Amtshaftung der Notare (Responsabilidad civil de los notarios), 2ª Edición, número marginal 505; Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG (ley de autenticación), art. 18, número marginal 48.

sobre el precio de compraventa antes de conocer las declaraciones relativas al derecho de preferencia.

#### **4. Condiciones de autorización del derecho público y derechos de preferencia y deberes de secreto notariales y protección de datos**

En años anteriores, se planteó en Alemania la cuestión de hasta qué punto era lícito que el notario, que había asumido solicitar las autorizaciones y certificaciones relativas al derecho de preferencia, enviara los contratos íntegros a las autoridades competentes. Las objeciones sobre este particular se centraban en el deber de secreto y la protección de datos<sup>72</sup>. Aquéllos que mantenían una postura crítica alegaron que, en la mayoría de los casos, remitir el contrato de compraventa íntegro, con todos los datos, suponía facilitar a las autoridades algunos datos innecesarios para examinar la existencia de un derecho de preferencia o su ejercicio. Así pues, a fin de salvaguardar el deber de secreto notarial frente a las autoridades del derecho público, el Colegio Federal de Notarios y la literatura especializada recomiendan el llamado "proceso en dos pasos"<sup>73</sup>. En un primer paso del proceso, sólo se comunica a la comunidad o a las autoridades el hecho de la venta y los datos del inmueble. En el segundo paso, se envía íntegro el contrato de compraventa a la comunidad o las autoridades, es decir, se da a conocer el contenido del contrato sólo cuando la comunidad ya ha comunicado si en su opinión existe derecho de preferencia. En opinión del Colegio Federal de Notarios y la literatura especializada, con este procedimiento se cumplen las exigencias en materia de protección de datos y el deber notarial de secreto.

## **II. Repaso a las condiciones de autorización del derecho público**

A continuación se hace un breve repaso de las condiciones de autorización más destacadas que el notario debe tener en cuenta en su quehacer diario y a través de las cuales se garantizan los intereses del derecho público:

### **1. Condiciones de autorización según la ley del Suelo y Ordenación Urbana (BauGB)**

#### **a) Autorización de partición**

De acuerdo con el art. 19 de la ley del Suelo, hasta el año 1998 estuvo sujeto a autorización el proceso privado de partición de un bien raíz bajo determinados presupuestos. Dicho proceso dependía de la existencia de un determinado plan

---

<sup>72</sup> Sobre esta discusión compárese Grziwotz, Información notarial sobre contratos de compraventa de bienes inmuebles, CR (Ordenador y derecho )1991, 109.

<sup>73</sup> Compárese la circular del BNotK (Colegio federal de notarios) 16/1997 v. 12.06.1997 sobre las exigencias de protección de datos en las comunicaciones según el art. 18, apartado 1, página 1, BauGB (ley del Suelo); Grziwotz anteriormente mencionado.

de urbanismo<sup>74</sup>. La declaración de partición que daba lugar al régimen de autorización estaba contenida generalmente en el contrato de compraventa por una superficie parcial o en la solicitud de odometría de la superficie parcial, de modo que para tales casos, en los que se requería la autenticación notarial de la declaración, era necesaria la autorización. Desde la perspectiva del derecho procesal, la necesidad de autorización de partición quedaba asegurada en tanto en cuanto el Registro de la Propiedad, basándose en la partición sujeta a autorización conforme al art. 19 de la ley del Suelo, sólo podía proceder a la inscripción en el Registro si le era presentado el consentimiento a la autorización. Atendiendo a la jurisprudencia sentada, en los casos de contratos de compraventa de bienes raíces parciales el notario tiene el deber de informar sobre este elemento de la declaración de partición<sup>75</sup>. La autorización de partición tenía repercusiones urbanísticas y servía, por un lado, para garantizar la planificación general de ordenación urbana y, por otro lado, para proteger al comprador del terreno dividido de adquirir una propiedad con altos costes de medición y otros gastos que finalmente resultara ser no urbanizable<sup>76</sup>. Con la modificación de la ley del Suelo del 01.01.1998, se ha restringido en parte la autorización de partición a fin de simplificar el procedimiento administrativo.

b) Régimen de autorización en la constitución de propiedad horizontal en zonas turísticas (art. 22 de la ley del Suelo)

Según el art. 22 de la ley del Suelo, la constitución o partición de propiedad horizontal en comunidades turísticas está sujeta a autorización si la comunidad ha señalado en un estatuto aquellos bienes inmuebles a los que se aplica el acuerdo "ad referendum"<sup>77</sup>. Con este régimen de autorización se pone a disposición de las comunidades turísticas un instrumento eficaz para evitar el crecimiento desmesurado de segundas residencias, algo que tendría un efecto negativo sobre el turismo. Este régimen de autorización también queda asegurado mediante el bloqueo registral: en las zonas con régimen de autorización, el Registro de la Propiedad sólo puede proceder a la inscripción si se le presenta una autorización o una certificación negativa (art. 22, párrafo 7, página 1 de la ley del Suelo). Así pues, en la autenticación de negocios jurídicos que tienen por objeto la constitución de propiedad horizontal, el notario deberá informar del régimen de autorización. Esto no sólo se aplica a las divisiones de la propiedad horizontal, sino también a los negocios jurídico-obligacionales con obligación de constituir propiedad horizontal<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Compárese Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral inmobiliario), número marginal 3818 y siguientes; Grziwotz, Baulanderschließung (Urbanización de suelo urbanizable), páginas 31 y siguientes.

<sup>75</sup> BGH (Tribunal Supremo), NJW (Nuevo semanario jurídico), 1993, 648.

<sup>76</sup> BVerwG (Tribunal Administrativo Federal), NJW (Nuevo semanario jurídico), 1985, 1354, Grziwotz, Baulanderschließung (Urbanización de suelo urbanizable), página 31.

<sup>77</sup> Compárese Haegele/Schöner/Stöber, n° marginal 3852 a y siguientes; Grziwotz, Baulanderschließung (Urbanización de suelo urbanizable), páginas 41 y siguientes.

<sup>78</sup> Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral), número marginal 3852 y siguientes.

c) Régimen de autorización en casos de transferencia de bienes inmuebles en procedimientos de reparcelación

Los procedimientos de reparcelación tienen por objeto la nueva ordenación de terrenos edificados y no edificados mediante reparcelación; se persigue la nueva configuración de determinadas zonas, de modo que la ubicación, forma y tamaño de los terrenos sean los apropiados. El procedimiento se inicia por una resolución de la comunidad. Al concluir el procedimiento de reparcelación, se ha verificado en la zona afecta una ordenación completamente nueva de las fincas y sus lindes. El procedimiento de reparcelación está regulado en los art. 45 y siguientes de la ley del Suelo<sup>79</sup>. Según afirma el art. 51, párrafo 1 de la ley del Suelo, una vez publicada la resolución de reparcelación las disposiciones sobre terrenos sólo podrán efectuarse previa autorización de la comisión municipal de reparcelación. Dicha reparcelación se anota, por regla general, en el Registro de la Propiedad. Así pues, están sujetas a autorización las disposiciones de todo tipo, como por ejemplo, transferencias, cargas inmobiliarias, hipotecas, contratos obligacionales sobre adquisiciones, aprovechamiento o urbanización de un terreno... Gracias al régimen de autorización, se evita que los planes sujetos a autorización imposibiliten o entorpezcan las reparcelaciones (art. 51, párrafo 3, ley del Suelo).

d) Autorización en procedimientos expropiatorios

Según el art. 109 de la ley del Suelo, a partir de la publicación de incoación de un procedimiento expropiatorio, como en el caso de la reparcelación, las disposiciones y otros contratos obligacionales sobre adquisición y uso de bienes raíces requieren de una autorización por escrito del organismo expropiante.

e) Autorización en procedimientos de rehabilitación

Las medidas de rehabilitación son aquellas medidas que se adoptan para subsanar errores urbanísticos o configurar nuevamente terrenos ya edificados<sup>80</sup>. Afectan principalmente a la rehabilitación de terrenos con edificaciones excesivamente viejas. Cuando una zona es declarada zona de rehabilitación, se introduce el oportuno régimen de autorización. De acuerdo con el art. 144 de la ley del Suelo, en las zonas declaradas formalmente como zonas de rehabilitación, la enajenación de carácter negocial de un bien raíz, la concesión del derecho de superficie y el gravamen inmobiliario, así como su contrato obligacional, requieren autorización por parte de las autoridades encargadas de la rehabilitación. Tampoco aquí puede el Registro de la Propiedad proceder a la inscripción si no se le presenta la debida decisión de consentimiento. Y tampoco aquí puede denegarse la autorización si no existen sospechas fundadas

---

<sup>79</sup> Compárese Dieterich, Baulandumlegung (Reparcelación de terrenos urbanizables), 3ª edición, 1996.

<sup>80</sup> Compárese Grziwotz, Baulanderschließung (Urbanización de terrenos urbanizables), páginas 382 y siguientes; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral), número 3884 y siguientes.

de que el plan sujeto a autorización imposibilitaría, entorpecería o es contrario a los objetivos de la rehabilitación (art. 145, párrafo 2, ley del Suelo).

- f) Autorización de constitución de Propiedad Horizontal con arreglo al art. 172 de la ley del Suelo

Al modificar la ley del Suelo, el legislador ha previsto en el art. 172 de dicha ley la posibilidad de que, bajo determinados supuestos, la partición de un bien inmueble en propiedad horizontal caiga bajo el régimen de autorización. La primera premisa es que el estado federal correspondiente introduzca el régimen de autorización mediante decreto-ley (art. 172, párrafo 1, ley del Suelo). El régimen de autorización se aplicaría a partir de entonces a todos aquellos territorios para los que la comunidad hubiera promulgado un estatuto de conservación para el mantenimiento de la composición de la población residencial (el llamado estatuto de la conservación del medio)<sup>81</sup>.

## **2. Limitaciones de disponer según el derecho agrario (GrdstVG)**

En el ámbito de la explotación agraria, desempeña un papel destacado la autorización según la ley Administrativa Inmobiliaria del 28.07.1961 (B.O.E. 1961 I 1091). Con arreglo al artículo 2 de dicha ley, la enajenación de cualquier finca agrícola o forestal está sujeta a autorización; el mismo trato reciben las enajenaciones de cuotas en la cosa común y las transmisiones de cuotas hereditarias<sup>82</sup>. Están sujetos a autorización tanto la transferencia real de la finca como el contrato obligacional (art. 2, párrafo 1 de la ley Administrativa Inmobiliaria). Con este régimen de autorización, se busca ante todo ejercer cierto control sobre el suelo agrario. Por tal motivo, la autorización podría ser denegada si el reparto del suelo resultara perjudicial, en especial si la enajenación fuera contraria a las medidas de mejora de la estructura agraria (art. 9, párrafo 2 de la ley Administrativa Inmobiliaria) y si, a causa de la enajenación, el terreno se redujera hasta dejar de ser rentable (art. 9, párrafo 3 de la ley Administrativa Inmobiliaria). Asimismo sería causa de denegación una excesiva desproporción entre valor y contravalor. Las concesiones de autorización se hacen atendiendo a la conservación de las explotaciones agrícolas, la protección de los intereses agrarios etc. Tampoco aquí puede el Registro de la Propiedad proceder a la inscripción si no ha sido concedida la necesaria autorización oficial o si no se presenta una declaración negativa. Por su parte, cada uno de los estados federados puede eximir, y algunos lo hacen, los terrenos más pequeños del régimen de autorización (por ejemplo, en Baviera las transferencias de terrenos de hasta 1 hectárea están exentas de autorización).

La ley Administrativa Inmobiliaria concede al notario un papel especial. El notario que autentifica un contrato de enajenación sujeto a un régimen de

---

<sup>81</sup> Compárese aquí Hertel, DNotI-Report (Informe del Instituto notarial alemán) 1997, 159.

<sup>82</sup> Compárese Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral), número marginal 3924 y siguientes; acerca de la última jurisprudencia Wenzel, Agrarrecht (Derecho agrario) 1995, 37 y siguientes.

autorización queda facultado por ley a solicitar la oportuna autorización. Es éste un poder legal otorgado al notario de conformidad con lo dispuesto en el art. 6 de la ley Administrativa Inmobiliaria.

### **3. Regímenes de autorización en lo nuevos Estados federados para garantizar los derechos de retrocesión**

A raíz de la reunificación alemana, se han creado en los nuevos Estados federados regímenes de autorización específicos encaminados a garantizar las retrocesiones. Según el art. 1 de la ley de Restitución del Patrimonio, los bienes inmuebles expropiados en la antigua RDA desde 1933 serán restituidos, bajo ciertos presupuestos, a los derechohabientes. A fin de evitar que se pierda este derecho a la restitución, el legislador ha incorporado en la regulación de transacciones inmobiliarias (GVO) un régimen de autorización para disposiciones de bienes inmuebles<sup>83</sup>. En su origen, la regulación de transacciones inmobiliarias era una ley de la antigua RDA y un instrumento socialista de explotación del suelo. A partir de la reunificación cambió radicalmente el objeto de su protección, sirviendo en la actualidad a la protección de los derechohabientes a la restitución. De acuerdo con el art. 2, párrafo 2 de la regulación de transacciones inmobiliarias, el Registro de la Propiedad no puede realizar ninguna inscripción sin las autorizaciones pertinentes. Se concede la autorización cuando se ha constatado que no existe ningún derecho de retrocesión y en determinados casos excepcionales.

### **4. Otros regímenes de autorización**

Además de los tipos de autorización tratados, que son los más importantes, en algunos casos deben observarse otros regímenes de autorización que mencionaremos sucintamente: las corporaciones de derecho público, por ejemplo comunidades, requieren de ordinario de autorización por parte de las autoridades si desean enajenar un bien inmueble; las iglesias requieren de una autorización de control eclesiástico. De conformidad con la ley de Control de Seguros, las empresas aseguradoras necesitan la aprobación de la Oficina de Supervisión Federal para determinados negocios jurídicos. Además, existen regímenes de autorización especiales propios de cada estado federado y que se basan en fundamentos legales del mismo estado federado. La enajenación de los pastos alpestres en Baviera es un ejemplo de ello<sup>84</sup>.

## **III. Repaso a los derechos de preferencia del derecho público**

### **1. Derecho de preferencia según la ley del Suelo**

---

<sup>83</sup> Compárese aquí Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral), número marginal 4227; Frenz, DtZ (Revista de derecho alemán) 1994, 56; Wolf, MittBayNot (Comunicaciones del notariado bávaro) 1995, 17 y siguientes.

<sup>84</sup> Compárese Haegele/Schöner/Stöber, número marginal 4102.

Según los art. 24 y 25 de la ley del Suelo (modificada por la ley del 18.08.1997, B.O.E I 2081), la comunidad puede disfrutar de un derecho de preferencia, bajo determinados presupuestos, en caso de venta de un bien inmueble. Entre otras cosas, la comunidad goza del derecho de preferencia en la compra de bienes raíces que entran en el ámbito de vigencia de un plan de urbanización, siempre y cuando se trate de terrenos a los que, de acuerdo con el plan de urbanización, se pueda dar un uso para fines públicos o terrenos con importancia para la protección medioambiental; bienes inmuebles que se encuentren en una zona de reparcelación y bienes inmuebles que se encuentren en una zona formalmente declarada zona de rehabilitación. Además existen otras situaciones urbanísticas específicas que fundamentan el derecho de preferencia. Según el art. 25 de la ley del Suelo, la comunidad puede crear un determinado estatuto para un plan de urbanización que se centre en terrenos no edificados y zonas en las cuales la comunidad tiene previsto adoptar medidas urbanísticas, garantizándose de este modo un crecimiento urbanístico controlado. De acuerdo con el art. 27a de la ley del Suelo, la comunidad puede ejercer, bajo determinados presupuestos, el derecho de preferencia en favor de terceros. En caso de darse un derecho de preferencia, el precio a pagar será el acordado en el contrato de compraventa. No obstante, de conformidad con el art. 28, párrafo 3 de la ley del Suelo, la comunidad puede fijar el importe a pagar si el precio de compra acordado sobrepasa ostensiblemente el precio del mercado. Aunque, en tales casos, el vendedor tiene derecho a resolver el contrato. Este importante derecho de preferencia está también asegurado desde el punto de vista registral en tanto en cuanto, según el art. 28, párrafo 1 de la ley del Suelo, en los contratos de compraventa el Registro de la Propiedad sólo puede inscribir como propietario al comprador si éste demuestra el no ejercicio o la no existencia del derecho de preferencia.

El derecho de preferencia local desempeña un papel esencial en la práctica, puesto que para cada contrato de compraventa debe cursarse una petición de informes a la comunidad. Ni el notario ni el Registro de la Propiedad pueden saber a ciencia cierta o verificar si un bien inmueble está sujeto a derecho de preferencia, si está incluido en algún plan de urbanización, si está previsto su uso para fines públicos o si está edificado o no. Por eso, por cada contrato de compraventa, debe adquirirse un certificado negativo y presentarlo ante el Registro de la Propiedad. No existe ningún poder legal que habilite al notario para solicitar de la comunidad este certificado negativo. En la práctica, se incluyen en el contrato de compraventa de bienes inmuebles una serie de poderes para el notario, a fin de que en nombre de las personas interesadas pueda aclarar las cuestiones relativas al derecho de preferencia y obtener el correspondiente certificado negativo.

## **2. Derecho de preferencia con arreglo a la ley Imperial de Asentamientos**

Según el art. 4 de la ley Imperial de Asentamientos del 11.08.1919 (Boletín oficial imperial 1919, 1419 = B.O.E. III 2-2331/1), a las empresas constructoras de interés social les asiste un derecho de preferencia en los predios rústicos de más de dos hectáreas<sup>85</sup>. Sólo existirá derecho de preferencia en caso de que la enajenación estuviera sujeta, con arreglo a la ley de Administración Inmobiliaria, a una autorización, y dicha autorización tuviera que ser denegada. El organismo autorizador al que, en virtud de la ley de Administración Inmobiliaria, se hubiera solicitado dicha autorización, presentará el contrato de compraventa a las autoridades de urbanismo, comunicando éstas su contenido a la empresa constructora.

Gracias a este procedimiento, basta con que el notario pida la correspondiente autorización con arreglo a la ley de Administración Inmobiliaria. Así, en el marco de dicho procedimiento, se resuelve la cuestión del derecho de preferencia jurídico-urbanístico.

## **3. Derecho de preferencia del arrendatario con arreglo a la ley Vinculante de la Vivienda**

En el caso de venta de una vivienda en alquiler promovida con fondos públicos que haya sido o vaya a ser convertida en una vivienda en propiedad, existe para el arrendatario<sup>86</sup>, según el art. 2b de la ley Vinculante de la Vivienda (B.O.E. 1994, T 2167), un derecho público de preferencia.

## **4. Derecho de preferencia del arrendatario en caso de conversión**

Desde el 1.9.1993 hay establecido un derecho de preferencia de carácter jurídico privado a favor de los arrendatarios (compárese B.O.E. 1993, I 1257, 1260). Aquí están incluidos los casos en los que una vivienda de alquiler se convierte, de conformidad con la ley de Propiedad Horizontal, en una vivienda en propiedad. El legislador ha considerado que existe la necesidad de otorgar cierta protección al arrendatario, por lo que, con arreglo al artículo 570 del Código Civil alemán, le concede un derecho de preferencia en caso de venta por conversión<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Compárese Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral inmobiliario), números marginales 4137 y siguientes; Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG (ley de autentificación), art. 20 número marginal 18.

<sup>86</sup> Compárese a tal efecto Becker, ley Vinculante de la Vivienda - Efectos en el tráfico inmobiliario para la práctica notarial, MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano)1980, 213; MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano)1982, 12 y MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano)1985, 209.

<sup>87</sup> Compárese a tal efecto Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral inmobiliario), número marginal 4181; Langhein, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1993, 650

## 5. Otros derechos de preferencia jurídico-públicos

El legislador alemán ha establecido en una serie de leyes unos derechos de preferencia especiales para garantizar el cumplimiento de unos objetivos jurídico-públicos también especiales. Así, según el art. 19, párrafo 3 de la ley Federal General (B.O.E. I 1993, 2378), se estableció un derecho de preferencia para el sector ferroviario. Según el art. 9a, párrafo 6 de la ley de Carreteras (B.O.E. I 1993, 854, número F., B.O.E. I 1994, 859), existe también un derecho de preferencia para el área de planificación federal de carreteras. Según el art. 15, párrafo 3 de la ley de Navegación, la federación posee un derecho de preferencia para todos aquellos terrenos que se precisen para la ampliación o nuevo desarrollo de vías de navegación federales. Según el art. 8a, párrafo 3 de la ley de Tráfico Aéreo (B.O.E. I 1993, 2130) existe un derecho de preferencia para la construcción o modificación de aeropuertos o pistas de aterrizaje. También existe derecho de preferencia según la ley sobre Transporte de Viajeros (art. 28, párrafo 3 de la ley sobre Transporte de Viajeros, B.O.E. I 1993, 2132). Con el fin de construir un tramo de vía para un tranvía funicular magnético, se estableció un derecho de preferencia de acuerdo con el art. 4, párrafo 3 de la ley de Planificación de Tranvías Funiculares Magnéticos del 23.11.1994 (B.O.E. I 3486).

Además, existen unos derechos de preferencia específicos para solventar determinados problemas de retrocesión surgidos en los nuevos Estados federados a raíz de la reunificación y un gran número de derechos de preferencia jurídico-territoriales previstos en las leyes de cada Estado. En la mayoría de estos Estados federados alemanes, existen derechos de preferencia en las leyes de protección del patrimonio artístico. De este modo, se da a las comunidades, así como a otras entidades del derecho público, la posibilidad de adquirir edificios protegidos valiéndose del derecho de preferencia<sup>88</sup>. También desde el derecho territorial, se han establecido algunos derechos de preferencia para el ámbito de conservación de la naturaleza y el derecho forestal. En las leyes forestales de los Länder, se dan con frecuencia derechos de preferencia para terrenos de bosque. También existen algunos en leyes sobre pesca y de conservación de la naturaleza.

---

<sup>88</sup> Compárese Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Derecho registral inmobiliario) número marginal 4187; Grauel, MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano) 1998, 243; del mismo autor, MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano) 1994, 190; MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano) 1995, 363.

## **D. El notario y la autenticación notarial como elementos clave en la tramitación de grandes proyectos jurídico-administrativos a través de una actuación cooperativa, especialmente para el registro y puesta a disposición de terrenos urbanizables**

### **I. Introducción**

Si bien en tiempos pretéritos la administración establecía una serie de regulaciones a través de actos de dominio público, en particular actos administrativos, en lo últimos años se viene aplicando el contrato cooperativo, debido a que los recursos son cada vez más escasos, a que continuamente están apareciendo nuevas teorías acerca de la privatización de las tareas jurídico-públicas y a que se están creando administraciones más cercanas al ciudadano para el cumplimiento de dichas tareas. En los art. 54 y siguientes de la ley de Procedimiento Administrativo, se autorizó expresamente el contrato administrativo entendido como regulación cooperativa con la aquiescencia del ciudadano, diferenciándolo del acto de dominio unilateral. En la esfera del derecho público se crean una serie de relaciones jurídicas, entre las que o bien se establece la típica relación de supraordenación y subordinación o bien una situación de regulación cooperativa, caracterizándose el contrato administrativo por esto último<sup>89</sup>. Según la opinión general, el contrato administrativo ofrece muchas ventajas comparado con el acto de dominio público unilateral de la administración, pero también entraña ciertos riesgos<sup>90</sup>. La ventaja de un contrato administrativo radica en que la comunidad se ajusta en sus regulaciones a los cánones de admisibilidad y moderación jurídica, algo que no sería esperable en el caso de dominio unilateral. Desde un principio, se involucra al ciudadano en la toma de decisiones de la comunidad; el contrato tiene, puesto que frente a él no existe ninguna protección jurídica administrativa, mayores garantías de estabilidad y mayor rapidez de transposición regulativa que el acto administrativo, el cual puede ser sometido a examen en interminables procedimientos judiciales, pudiendo demorarse por tanto considerablemente su puesta en práctica. La aceptación de la solución de cooperación se constata por su creciente incidencia. Pero también pueden surgir problemas porque, a diferencia de los contratos privados, en el ámbito de los contratos administrativos no existe una libertad contractual completa, sino una superposición de disposiciones jurídico-públicas que influyen directamente en la validez del contrato.

---

<sup>89</sup> Compárese Kopp, VwVfG (ley de Procedimiento Administrativo), 6ª edición 1996, art. 54, número marginal 6; Mahnstein, El contrato administrativo en la práctica notarial, MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano) 1995, 1,2.

<sup>90</sup> Compárese Mahnstein, MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano)1995, 1; Grziwotz Baulanderschließung (Urbanización de terrenos urbanizables), páginas 159 y siguientes; los mismos contratos urbanísticos, DVBl. (Boletín alemán de administración) 1994, 1048, 1049 y siguientes; Stuer, El contrato urbanístico, DVBl. (Boletín alemán de administración) 1995, 649 y siguientes; Ottmann, Der städtebauliche Vertrag (El contrato urbanístico)1995, páginas 20 y siguientes.

Existen además en el ámbito del cumplimiento de tareas jurídico-públicas, algunos contratos que "huelen" ligeramente a venta de los derechos de soberanía; Grziwotz<sup>91</sup> sostiene acertadamente que el contrato administrativo se mueve entre la cooperación y la corrupción. Para evitar la venta de los derechos de soberanía, la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos ha establecido unos límites a la actuación de la administración cooperativa.

El ámbito de actuación administrativa cooperativa más importante es el llamado contrato urbanístico, cuyas finalidades son diversas y sus ámbitos de aplicación múltiples; en conjunto, se caracteriza porque tiene como objetivo armonizar la planificación de los municipios y los propósitos de urbanización de particulares, disminuyendo las trabas burocráticas con arreglo a la creciente escasez de terrenos edificables y al reducido margen de acción de los municipios a causa de la falta de fondos públicos. Con ayuda de las regulaciones contractuales se agilizan y mejoran la preparación, urbanización y edificabilidad de propiedades<sup>92</sup>. Los notarios juegan un papel clave en la tramitación de los contratos urbanísticos. Especialmente en los casos de transferencia de propiedad vinculada a un contrato urbanístico, existe, según el art. 313 del Código civil alemán, un deber de autenticación que se extiende a todo el contrato y no sólo a la transferencia de la propiedad. Así pues, el notario está incluido en la concepción y legitimación global del contrato urbanístico. Por tal motivo, en los últimos años ha aumentado considerablemente en Alemania la importancia que los contratos urbanísticos tienen para el notario.

## **II. Aspectos generales del derecho de contratos urbanísticos con arreglo a la ley del Suelo y Ordenación Urbana**

### **1. Fundamento**

El legislador ya expresó en el año 1986, en la promulgación de la ley del Suelo, la posibilidad de concertación de un contrato urbanístico. La finalidad de dicho contrato era hacer frente a la creciente demanda de terrenos para la construcción de viviendas, que venía motivada por una mayor necesidad de espacio habitable y la recompra de nuevos terrenos por parte de las comunidades. En opinión del legislador federal, el contrato urbanístico es el medio más eficaz para armonizar los grandes proyectos de las comunidades y las intenciones urbanísticas de los operadores del mercado<sup>93</sup>. A partir de la reunificación, se introdujo un fundamento legal mucho más amplio que, junto

---

<sup>91</sup> En DVBl. (Boletín alemán administrativo) 1995, 1050.

<sup>92</sup> Compárese Grziwotz, Baulanderschließung (Urbanización de terrenos urbanizables), páginas 161 y siguientes; Sürer, DVBl. (Boletín alemán administrativo) 1995, 649; Döhring, NVWZ (Nueva revista para derecho administrativo) 1994, 855; Birk, Die neuen städtebaulichen Verträge (Los nuevos contratos urbanísticos), 2ª edición 1996; Scharnes, Contratos urbanísticos con arreglo al art. 6 de la ley-medida del Suelo y Ordenación Urbana, NVWZ (Nueva revista para derecho administrativo) 1995, 219.

<sup>93</sup> Compárese Ohmann, El contrato urbanístico, página 20.

con la ley del Suelo, en su redacción vigente desde el 1.1.98, art. 11, ha adquirido un fundamento autónomo. Dicha disposición establece la posibilidad de concertar contratos urbanísticos por parte de las comunidades. Objeto de un contrato urbanístico pueden ser:

- \* La preparación o ejecución de las medidas urbanísticas por cuenta de los propios contratistas; entre éstas se incluyen la reorganización parcelaria, el saneamiento del suelo y otras medidas de tipo preparatorio.
- \* El favorecimiento y afianzamiento de los fines perseguidos en el plan general de ordenación urbana, en particular, el aprovechamiento del terreno, el cumplimiento de algunas medidas de compensación derivadas del derecho de conservación de la naturaleza, etc.
- \* La asunción de los costes u otros gastos que tenga o pudiera tener el municipio a la hora de aplicar las medidas urbanísticas, por otra parte condición indispensable para llevar a cabo la planificación proyectada; aquí se incluye también la preparación de los bienes inmuebles.

El legislador ha dispuesto también en el art. 11, párrafo 2 de la ley del Suelo, que se dé una separación clara entre el contrato urbanístico y los supuestos legales preceptivos, quedando únicamente obligado a cumplir el principio de moderación: las prestaciones convenidas deberán adecuarse a las circunstancias. El acuerdo de una prestación a cumplir por una de las partes contratantes no tendrá validez si aquélla tuviera derecho a la contraprestación aunque no existiera acuerdo<sup>94</sup>. En el art. 11, el legislador ha tomado en consideración la situación actual real, según la cual los contratos urbanísticos tendrían en la práctica un amplio campo de aplicación. Los contratos urbanísticos se encuentran en los más diversos objetivos jurídico-públicos.

## **2. Contratos urbanísticos de importancia en la práctica notarial**

### **a) Contrato de urbanización**

El contrato de urbanización está regulado en los art. 11, párrafo 1 número 1 y art. 124, párrafo 2 de la ley del Suelo<sup>95</sup>. La urbanización compete a las comunidades, asumida como una tarea propia de la administración autónoma, e incluye todas aquellas medidas indispensables para que la propiedad pueda ser urbanizada. La urbanización comprende la creación de calles, vías y otros lugares esenciales, aparcamientos, zonas verdes, instalaciones para el

---

<sup>94</sup> Compárese en general Der städtebauliche Vertrag (El contrato urbanístico) según la nueva normativa, Ördor, Contrato urbanístico según la ley del Suelo y Ordenación Urbana 1998, NVWZ (Nueva revista para derecho administrativo) 1997, 1190; Grziwotz, Modificación de la ley del Suelo y Ordenación Urbana y configuración del contrato, DNotZ (Revista del notariado alemán) 1997, 916.

<sup>95</sup> Compárese Birk, Die neuen städtebaulichen Verträge (Los nuevos contratos urbanísticos), páginas 15 y siguientes; Grziwotz, Baulanderschließung (Urbanización de terrenos urbanizables), páginas 318 y siguientes; Mahnstein, MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano) 1995, 8.

abastecimiento de agua, calefacción, corriente, gas y teléfono, etc., esto es, todas las medidas de dotación de infraestructura que sean necesarias. Cualquier comunidad que quiera registrar un suelo urbanizable deberá hacerse cargo de las obras de urbanización. No obstante, el legislador ofrece a las comunidades la posibilidad, según el artículo 124 de la ley del Suelo y Ordenación Urbana, de traspasar por contrato a un tercero la urbanización de cada una de las propiedades o de todo el suelo urbanizable. Éste construye en su nombre y por cuenta propia las instalaciones de urbanización, traspasándoselas después a la comunidad<sup>96</sup>. En muchos casos, el constructor es también el dueño de los terrenos a urbanizar, aunque posteriormente los enajena al comprador. Su interés por el contrato de urbanización radica en que éste le permite llevar a cabo una urbanización rápida siendo él el único responsable, pues de otro modo dependería de la comunidad para la ejecución de las obras de urbanización.

b) Contrato de prefinanciación

En un contrato de prefinanciación, llamado también contrato de urbanización ilegítimo, la empresa constructora se hace provisionalmente cargo de los costes de las obras de urbanización a realizar por él<sup>97</sup>. Este contrato estipula que la comunidad restituya después al constructor los gastos resultantes de las obras de urbanización.

c) Reparcelación voluntaria

En los artículos 45 y siguientes de la ley del Suelo, está prevista la llamada reparcelación oficial, según la cual las propiedades pueden ser reparceladas por un acto de dominio público. La reparcelación voluntaria se caracteriza porque los propietarios del terreno se comprometen por contrato a una redistribución de sus propiedades, sirviéndose para ello de los instrumentos del derecho privado<sup>98</sup>. La cuestión polémica aquí es si con la redistribución total del terreno, el municipio podrá obtener algún tipo de contribución.

d) Modelos nacionales

Especialmente en las zonas cercanas a las áreas urbanas y en las zonas rurales de reposo, las comunidades han intentado solucionar en primer lugar, mediante los llamados modelos nacionales, el problema de la vivienda de la población

---

<sup>96</sup> Compárese un modelo de contrato urbanístico en Grziwotz, *Baulanderschließung* (Urbanización de terrenos urbanizables), páginas 318 y siguientes; Mahnstein, *MittRhNotK* (Comunicaciones del Colegio notarial renano)1995, 8.

<sup>97</sup> Compárese Grziwotz, *Baulanderschließung* (Urbanización de terrenos urbanizables), página 326; Döhring, *Contratos de Baulanderschließung* (Urbanización de terrenos urbanizables), *NVWZ* (Nueva revista para derecho administrativo) 1994, 853, 855.

<sup>98</sup> Compárese Dietrich, *Baulandumlegung* (Replanificación de terrenos urbanizables), 3ª edición, número marginal 494; Grziwotz, *Baulanderschließung* (Urbanización de terrenos urbanizables), página 234.

nativa<sup>99</sup>. El objetivo de los diferentes modelos nacionales es concienciar a los propietarios de las fincas sobre la idoneidad de crear espacios habitables para la gente del lugar y evitar así una extranjerización del término municipal<sup>100</sup>. A tal efecto, las comunidades han desarrollado diferentes estrategias que se basan en parte en la celebración de contratos urbanísticos. Algunas comunidades hacen que el registro del suelo urbanizable dependa de que los propietarios de los terrenos afectos enajenen previamente sus propiedades a la comunidad. Muchas veces, lo que se hace es darles a los propietarios la posibilidad de retroventa por una parte de los solares urbanizables. Las partes de las propiedades con las que se queda la comunidad son adjudicadas preferentemente a personas nativas (son los llamados modelos de adquisición intermedia)<sup>101</sup>. Con el traspaso a los nativos, la comunidad se asegura, acordando generalmente los preceptos de urbanización, de que efectivamente consigue su objetivo de asentar a gente nativa en la correspondiente zona de planificación.

Otro modelo posible es el llamado modelo contractual. En este modelo, también conocido como modelo Weilheimer, la comunidad hace que la confección de un plan de urbanización dependa de que los dueños de los terrenos del municipio presenten en un plazo determinado de tiempo una oferta de venta por sus propiedades, que deberá haber sido certificada notarialmente, y autoricen la correspondiente anotación de garantía para la inscripción en el Registro de la Propiedad. La comunidad sólo puede aceptar la oferta de compra si los propietarios de los terrenos enajenan su propiedad a un forastero. La jurisprudencia ha aprobado en su mayor parte estos modelos<sup>102</sup>.

#### e) Contratos de costes derivados

En el art. 11, párrafo 1, número 3 de la ley del Suelo, está también previsto el contrato de costes derivados. Se trata de contratos en los que los constructores encargados de la urbanización se comprometen por contrato ante la comunidad a asumir los costes u otros gastos originados por proyectos u otras medidas de tipo urbanístico, así como por instalaciones y establecimientos de interés público<sup>103</sup>. La nueva regulación de la ley se refiere también a la estrecha vinculación existente entre los costes y el proyecto de planificación. Es condición del contrato de costes derivados que los costes sean para medidas que son requisito o consecuencia del proyecto de planificación.

---

<sup>99</sup> Compárese con los modelos nacionales, Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal contencioso-administrativo superior bávaro), NVWZ (Nueva revista para derecho administrativo) 1990, 979; BVerwG (Tribunal Administrativo Federal), DNotZ (Revista del notariado alemán) 1994, 63; Jachmann, Cualificación jurídica y admisibilidad de modelos nacionales como ejemplo de acción administrativa mediante contrato, MittBayNot (Comunicaciones del Colegio notarial bávaro) 1994, 93.

<sup>100</sup> BVerwG (Tribunal Administrativo Federal), DNotZ (Revista del notariado alemán) 1994, 63.

<sup>101</sup> Compárese Jachmann en la anteriormente citada.

<sup>102</sup> BVerwG (Tribunal Administrativo Federal), DNotZ (Revista del notariado alemán), 1994, 63.

<sup>103</sup> Grziwotz, Baulanderschließung (Urbanización de terrenos urbanizables), páginas 170 y siguientes; Stuer, DVBl. (Boletín alemán administrativo) 1995, 649, 654; Battis/Krautzberger/Löhr, NVWZ (Nueva revista para derecho administrativo) 1997, 1145, 1157.

Especialmente en el ámbito de los contratos de costes derivados, existía el problema de que la comunidad no debía comprometerse debido a su soberanía de planificación. Ya antes la jurisprudencia había decidido que no existía ningún derecho de ordenamiento de un plan de urbanización.

### **III. Vinculación del notario en el acto administrativo cooperativo basada en el requisito de autenticación**

Los contratos urbanísticos no están sujetos por principio a la autenticación. Según el art. 11, párrafo 3, el contrato urbanístico requiere la forma escrita. Además, a misma ley dispone que esto sólo se aplicará cuando otras disposiciones formales no prescriban otra forma. Muchas veces, al acuerdo de un contrato urbanístico van unidas obligaciones de adquisición o traspaso de una propiedad, por lo que, según el art. 313 del Código Civil alemán, existe el deber de legitimar<sup>104</sup>. Por este motivo, en los contratos urbanísticos del tipo anteriormente mencionado, se da frecuentemente la obligación de legitimar, con lo que el notario queda forzosamente vinculado a la configuración del contrato y su tramitación. En la configuración y tramitación del contrato, el notario se enfrenta a las obligaciones generales propias del notariado. Según éstas, está obligado a establecer un contrato jurídicamente válido, a conocer la voluntad de las personas interesadas, aclarar los hechos y advertir a los interesados del alcance del negocio. En los contratos administrativos, esto supone que el notario no sólo ha de advertir sobre las repercusiones jurídico-civiles, sino informar también de cuestiones de derecho público. Evidentemente, el problema de los contratos administrativos radica en que, precisamente en este ámbito, la seguridad jurídica no es muy alta. En numerosas ocasiones, a raíz de una decisión del Tribunal Administrativo Federal, se ha sabido que prácticas consideradas hasta entonces bajo todos los aspectos como lícitas, resultaron ser no conformes a derecho. Las repercusiones del derecho público sobre el contrato administrativo son múltiples y están recogidas en las leyes más diversas, de tal modo que informar de ellas resulta, en algunos casos, extremadamente difícil para el notario. *Mahnstein*<sup>105</sup> señala acertadamente que, a la hora de redactar un contrato, se ignoran con facilidad sus relaciones jurídico-públicas, siendo precisamente el derecho público dispositivo el que entraña más riesgos, al establecer unos límites a los acuerdos contractuales. Tampoco los juzgados de lo civil, tal y como lo vienen demostrando las resoluciones de los últimos años, son siempre conscientes de la vinculación jurídico-pública de estos contratos y aplican indistintamente categorías civiles a contratos que son de derecho público y sirven a objetivos jurídico-públicos. Así, por ejemplo, en el marco de los compromisos de urbanización, hasta ahora se había acordado en la práctica que las comunidades que traspasaran

---

<sup>104</sup> Compárese Cuestiones sobre el alcance de la autenticación. OVG Koblenz (Tribunal Supremo administrativo Koblenz), DÖV (La administración pública) 1978, 444.

<sup>105</sup> MittRhNotK (Comunicaciones del Colegio notarial renano) 1995, 20.

propiedades a personas nativas, hicieran constar en los contratos las propuestas de urbanización, con lo que si en un plazo determinado de tiempo no se había construido nada, existiera el deber de retrocesión. Las audiencias territoriales imponen unas medidas bastante severas en dichas cláusulas, sin tener en cuenta que se trata de objetivos jurídico-públicos. Así, una práctica ofrecida o motivada desde el derecho público es considerada como improcedente por las audiencias territoriales. Estos ejemplos demuestran que en este ámbito la inseguridad jurídica es mayor que en la tramitación de los clásicos contratos civiles entre particulares.

Resumiendo, se puede decir que en el desarrollo y la concepción de los contratos administrativos, el notario desempeña un papel cada vez más importante en el acto administrativo, debiendo velar por los intereses de las partes contractuales particulares, normalmente inexpertas en este campo. Aquí, el notario hace de mediador entre la entidad privada y la administrativa que concierta el contrato, sirviendo así a la intervención del derecho público en categorías civiles. Mediante el documento notarial, se crean en este ámbito unas nuevas relaciones jurídicas del derecho público. Aquí, el notario asume una tarea que implica gran responsabilidad. Dichos contratos tienen frecuentemente un campo de aplicación muy amplio y, en muchos casos, afectan a todo el terreno urbanizable de una comunidad, siendo por este motivo especialmente importantes para el desarrollo ulterior de las respectivas comunidades. Además, hay que considerar el pequeño matiz existente entre la libertad contractual y la reglamentación-marco jurídico-pública, que hace que no siempre sea fácil diferenciarlas. El objetivo del notario es considerar ambas partes, esto es, la vinculación jurídica del Estado y la libertad contractual del ciudadano, y hacerlas coincidir. *Grziwotz*<sup>106</sup> señala con razón que, puesto que el objetivo del Estado es hacer prevalecer los intereses públicos y no puede ser un contratante "normal", no siempre es fácil llegar a una solución práctica. En consecuencia, el notario deberá procurar que también en este ámbito el contrato sea un medio de equilibrar intereses, manteniendo al respecto una justicia contractual interna. Esto sólo será posible en la medida en que exista una igualdad de "condiciones intelectivas", para lo cual el notario deberá informar a los ciudadanos, en la concertación de dicho contrato, de las difíciles relaciones y consecuencias jurídicas. También en este ámbito, la función del notario es procurar que en la negociación todas las partes interesadas estén en igualdad de condiciones. Evidentemente, las relaciones de fuerza establecidas en contratos entre ciudadanos y Estado serán bastante más difíciles que en contratos entre particulares.

---

<sup>106</sup> DVBl. (Boletín alemán administrativo) 1994, 1051.

## **E. El notario como parte del procedimiento registral del derecho público**

### **1. Aspectos generales**

Existen en el derecho alemán determinados registros que tienen una importancia esencial para el tráfico jurídico. Los registros sin duda más importantes en la práctica son el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad. Además de éstos, existen otros similares en su estructura como son: el Registro de Asociaciones en participación, el Registro de Personas jurídicas y el Registro de Cooperativas y, en la esfera del derecho de familia, el Registro de Bienes matrimoniales.

La importancia de estos registros radica, sobre todo, en que sirven para afianzar y aligerar el tráfico jurídico. Los registros son ante todo medios de publicidad, pero garantizan la seguridad del tráfico jurídico en la medida en que sólo dan a conocer aquellas informaciones de interés para la opinión pública, siendo accesibles a todos a fin de proteger a las personas que participan en la vida económica<sup>107</sup>. En una sociedad con división del trabajo y basada en una economía de mercado libre, el Registro Mercantil es, junto con el Registro de la Propiedad, una entidad informativa, que juega un papel esencial en las transacciones comerciales importantes. Las informaciones contenidas en el Registro de la Propiedad son la base fundamental para contrataciones y otras decisiones importantes de inversores, empresas y particulares. Es por ello de interés público, garantizar al máximo la exactitud, la totalidad, la actualidad y un acceso sencillo al registro<sup>108</sup>. En lo que respecta tanto a propiedades como a empresas, existen ciertas relaciones jurídicas de gran importancia para establecer la condición jurídica de una tercera persona que celebra un negocio jurídico. Estas relaciones jurídicas, si se basan sólo en la voluntad del dueño del bien inmueble o el propietario de la empresa, son generalmente consideradas poco fiables por la opinión pública. A tal fin, las informaciones esenciales para el tráfico jurídico se recogen, de forma fidedigna y atendiendo a la protección de la confianza, en los diferentes registros o registros de la propiedad y se publican, sirviendo así a los intereses públicos de protección del tráfico jurídico<sup>109</sup>.

En la RFA, estos registros, de vital importancia para el tráfico jurídico, son dirigidos por los tribunales. Las inscripciones en el Registro de la Propiedad y Registro Mercantil son llevadas a cabo por un titular de soberanía del tribunal, convirtiéndose por tanto en actos de soberanía del derecho público.

---

<sup>107</sup> Compárese con el Registro mercantil, Limmer, *El Registro mercantil en los países de la Unión Europea*, Notarius International 1997, 32.

<sup>108</sup> Compárese Zipp/Auer, *Vom Handelsregister zum Firmenbuch* (Desde el Registro mercantil al libro comercial), Viena 1993.

<sup>109</sup> Compárese también Reithmann, *Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte* (Justicia preventiva a través de notarios y tribunales), Colonia 1985.

El legislador alemán, al establecer determinados requerimientos formales - la autenticación o legitimación notarial - garantiza la actuación notarial también en el ámbito previo del sistema registral. Por regla general, las inscripciones en el Registro de la Propiedad o Registro Mercantil precisan la legitimación con fe pública o incluso una autenticación del notario. Por tanto, el legislador ha dispuesto como fundamento para las inscripciones en dichos registros que los documentos presenten determinada forma, transfiriendo parte de la responsabilidad del contenido registral al notario. Por este motivo, los notarios son una parte de todo el procedimiento registral, asumiendo al respecto unas tareas públicas propias que sirven en último término a la inscripción registral y, por tanto, también a los intereses del Estado.

## **II. Aspectos generales de las inscripciones en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil**

### **1. Registro de la Propiedad**

El Registro de la Propiedad tiene en el derecho alemán diferentes funciones<sup>110</sup>. Su finalidad es poner en claro las relaciones jurídicas y los regímenes de tenencia establecidos para la propiedad inmobiliaria. Esto significa esencialmente que el Registro de la Propiedad informa de los regímenes de tenencia existentes para las propiedades inmobiliarias, dando a conocer los derechos reales y constatando el orden de preferencia entre éstos. Al respecto, pueden distinguirse las siguientes funciones:

\* **Función constitutiva:**

Cualquier modificación de orden jurídico-negocial que tenga relación con las propiedades inmobiliarias (traspaso y concesión de la propiedad, transferencia, modificación del contenido o suspensión limitada de los derechos reales) precisa, además del acuerdo entre las partes interesadas en el contrato, su inscripción en el Registro de la Propiedad (artículos 873, 875, 877 del Código Civil alemán). Así pues, la inscripción en el Registro de la Propiedad tiene valor constitutivo. Por ello requiere de fuerza de ley material.

\* **Efecto de presunción:**

La inscripción en el Registro de la Propiedad parte de la premisa de que el derecho registrado existe y de que la persona inscrita es el auténtico titular (art. 891, párrafo 1 del Código Civil alemán). Si, por el contrario, se tratara de un derecho extinguido, se presupone que éste no existe (art. 891, párrafo 2 del Código civil alemán).

---

<sup>110</sup> Compárese Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht (Derecho registral inmobiliario), 8ª edición 1997, prólogo B 10 y siguientes; Böhringer, El sistema registral inmobiliario alemán en el derecho comparado internacional, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg (Revista para el notariado de Baden-Württemberg), 1987, 25 y siguientes.

\* Función de buena fe:

En el derecho alemán, en los artículos 892, 893 del Código Civil, se ha reglamentado también la adquisición a *non domino*. Toda persona inscrita en el Registro de la Propiedad como titular, podrá disponer activamente de la propiedad, aún en el caso de que no sea en realidad su propietario legítimo. El adquirente la adquiere activamente del propietario en virtud a la función de buena fe de la oficina del Registro de la Propiedad.

Las relaciones jurídicas, especialmente en los antiguos estados del bloque oriental, muestran los problemas que surgen cuando el Registro de la Propiedad no funciona debidamente o ni siquiera existe. Especialmente el tráfico inmobiliario e hipotecario necesita un sistema registral inmobiliario digno de confianza. La política de inversiones en particular, depende del crédito inmobiliario, debiendo basarse éste a su vez en un sistema registral funcional desde el punto de vista del derecho público. Pero además del crédito inmobiliario, existen otro tipo de intereses públicos que exigen la necesidad de un Registro de la Propiedad<sup>111</sup>. Los proyectos públicos de urbanización, el aprovechamiento justificado de terrenos y la supresión de inversiones, requieren la publicación de la situación jurídica del suelo.

El legislador no sólo ha impuesto ciertas exigencias en lo que respecta a la calidad de la oficina del Registro de la Propiedad y sus funcionarios, sino que ha procurado además que haya una mayor seguridad jurídica ya en el ámbito previo, con la autorización y legitimación notarial. Según el artículo 29 de la Ordenanza hipotecaria, sólo se podrá practicar una inscripción en el registro de la propiedad si quedan constatadas mediante documentos públicos o legalizados públicamente la autorización para la inscripción y otras declaraciones necesarias para la misma. Los documentos públicos o legalizados públicamente a efectos de esta disposición, son tramitados en Alemania, prácticamente sin excepción, por los notarios, para lo cual poseen casi competencia absoluta.

El notario se encuentra de este modo involucrado dentro del procedimiento registral, actuando en el ámbito previo al registro. En lo que respecta a la exactitud del registro, está obligado a realizar determinadas funciones. Es parte del procedimiento registral jurídico-público. Los deberes profesionales notariales influyen asimismo directamente en el procedimiento de registración, anteponiendo por así decirlo el procedimiento de legitimación al de registración.

## 2. Registro mercantil

En el artículo 12 del Código mercantil está previsto que se presenten de forma fehaciente en el Registro Mercantil tanto la solicitud de inscripción en dicho

---

<sup>111</sup> Acertadamente, Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht (Derecho registral inmobiliario), prólogo B 8.

registro como determinadas suscripciones de firmas para su depósito en el juzgado. En el ámbito de las sociedades de capital, se establece en los derechos para las diferentes formas de sociedades, que el contrato social sea legitimado notarialmente (art. 2 de la ley de Sociedades Limitadas, art. 23, párrafo 1 de la ley sobre Sociedades Anónimas). Existen otro tipo de operaciones, esenciales en la vida de una sociedad, que precisan de legitimación notarial, por ejemplo, la fusión de sociedades (art. 6 de la ley de Conversiones), la escisión de sociedades (art. 125 comparado con el art. 6 de la ley de Conversiones) o el cambio formal de una sociedad en otra forma jurídica (art. 193, párrafo 3 de la ley de Conversiones). El derecho alemán sobre sociedades de capital se caracteriza porque para constituir una persona jurídica (Sociedad Anónima, Sociedad Limitada, entre otras) es necesario, desde el punto de vista constitutivo, la inscripción en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre con el tráfico registral de propiedades, la persona jurídica tendrá capacidad jurídica desde el momento en que tenga lugar, sobre la base de un estatuto legitimado ante notario, la inscripción en el Registro Mercantil. También en las inscripciones en el Registro Mercantil, dicho registro tiene el deber de realizar una verificación<sup>112</sup>. Así queda reforzada la finalidad del Registro Mercantil de dar a conocer públicamente de un modo fidedigno los hechos considerados por el legislador como esenciales, atribuyendo a dichas informaciones una importancia jurídico-material: el mismo acto de información pública en el Registro Mercantil se convierte en un elemento típico normativo para determinadas consecuencias jurídicas<sup>113</sup>. Sólo con la realización de la inscripción, la persona jurídica adquiere capacidad jurídica. Por tanto, la inscripción tendrá aquí, al igual que en el Registro de la Propiedad, un efecto constitutivo. El legislador ha garantizado la función declaratoria y publicitaria del Registro Mercantil, de manera que tenga validez jurídica para ciertas actas especialmente importantes sólo si existe la inscripción. Se puede partir entonces de la base de que posee validez jurídica desde el momento en que se ha realizado la inscripción. También en estos casos las inscripciones son constitutivas. Por este motivo, todas las inscripciones se fundamentan en la suposición de que son exactas. La vinculación del notario en el ámbito previo del procedimiento registral, queda garantizada en el derecho de sociedades a través de dos mecanismos diferentes de regulación:

- \* Para solicitudes sencillas, deberá presentarse al menos una legitimación notarial con fe pública.
- \* Para la constitución de sociedades de capital y actos similares, esenciales para la existencia de una sociedad, se exigirá obligatoriamente además la legitimación notarial.

---

<sup>112</sup> Compárese Scholz/Winter, GmbHG (ley de Sociedades Limitadas), 8ª edición, Colonia 1995, art. 9c, número marginal 4 y siguientes; Schlegelberger, HGB (Código mercantil), 5ª edición, Munich 1973, art. 8, números marginales 20 y siguientes.

<sup>113</sup> Compárese Schlegelberger, HGB (Código mercantil), introducción al artículo 8, nota 1.

Con ello, el legislador ha involucrado forzosamente al notario en el procedimiento registral.

### **III. Funciones especiales de las autentificaciones y legitimaciones notariales en los procedimientos registrales y de inscripción**

La inclusión forzosa del notario en el ámbito previo de la inscripción en el registro de la propiedad y registro mercantil tiene unos efectos múltiples:

#### **1. Control de la legalidad**

En el caso de que el notario tuviera que renunciar en virtud al art. 14, párrafo 2 de la ley Federal del Notariado, a su actividad profesional porque ésta no fuera compatible con sus deberes profesionales, en particular porque se solicitara su colaboración en acciones reconocidas como ilícitas o deshonestas, se garantiza, ya en el ámbito previo de la inscripción en el registro de la propiedad y registro mercantil, que no se inscriba en el registro ningún acta que contravenga este principio de honradez y legalidad.

#### **2. Seguridad de pruebas**

El documento notarial y el requerimiento formal tienen por objeto describir en detalle el negocio jurídico y todo su contenido, establecer de forma unívoca y concluyente el contenido del negocio y todas sus estipulaciones accesorias, y diferenciarlo claramente de las gestiones preliminares no obligatorias<sup>114</sup>. Esta seguridad de pruebas se realiza, por un lado, en interés de las partes, para constatar el contenido del contrato tanto para las partes interesadas, como para un tercero, dotándolo incluso de unas reglas de evidencia mayores. Pero también para el registro de la propiedad y el registro mercantil y, por tanto, en interés público, existe una seguridad de pruebas especial<sup>115</sup>. Una vez reglamentado el documento notarial, se dará a todo el contenido jurídico mayores reglas de evidencia, conformándose además para el tráfico registral y de inscripción en el registro de la propiedad, como fundamento de inscripción fiable. Una vez reglamentada la legitimación notarial, se presentará al menos la escritura, garantizándose a través del notario una seguridad de la identidad.

#### **3. Garantía de documentos irrevocables en su contenido**

Según el art. 17 de la ley de Autentificación, el notario está obligado a averiguar las intenciones de las partes interesadas, a aclarar los hechos e informar a los interesados del alcance del negocio. La legitimación notarial

---

<sup>114</sup> Compárese Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG (ley de autentificación), prólogo número marginal 19.

<sup>115</sup> Compárese Reichmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte (Justicia preventiva a través de notarios y tribunales), página 125; MünchKomm-Kanzleiter, BGB (Código civil), 3ª edición, art. 313, número marginal 1.

aclara por tanto a los interesados qué efectos jurídicos tienen sus declaraciones. La importancia de ello será mayor, cuanto más compleja sea la normativa jurídica y más difieran de ella las reclamaciones jurídicas de las partes interesadas<sup>116</sup>. Con ello, se consigue que las personas interesadas estén informadas sobre la importancia de sus declaraciones antes de que se realice la inscripción en el registro, de forma que se minimiza la posibilidad de que se produzca una impugnación posterior. En consecuencia, según la jurisprudencia, el notario deberá informar a los interesados de la validez jurídica del negocio jurídico, y procurar fundamentalmente que se formalicen unos documentos válidos con arreglo al ordenamiento jurídico<sup>117</sup>. Fundamentando la inscripción, como mínimo, en el ámbito de la autenticación notarial, existe también la garantía para el registro de que se trata de negocios jurídicos en los que, gracias a la intervención del notario, se garantiza que éstos se ajustan a las normas jurídicas, pero también a la jurisprudencia de los altos tribunales. De este modo, se consiguen muchas más garantías de legitimidad y efectividad que en negocios jurídicos en los que no hay una intervención del notario.

#### **4. Identificación fidedigna**

Tanto en la autenticación como en la legitimación notarial, el notario está obligado a comprobar la identidad de las personas interesadas en el procedimiento de registro o de inscripción en el registro de la propiedad (art. 10, 40 de la ley de Autenticación). De este modo, se exige a la oficina registral o de registro de la propiedad de la necesidad de tener que realizar personalmente la identificación.

#### **5. Exoneración de tribunales**

Las garantías que se dan a través de la autenticación o legitimación notarial y que concurren en el ámbito previo del procedimiento registral, llevan a una clara exoneración de los tribunales. Por una parte, se consigue que una garantía de legitimidad y efectividad elevada quede patente en la formalidad y exactitud de las inscripciones en el registro. El número de documentos que son inoperantes o que pueden ser impugnados posteriormente, cuestionando así la exactitud de las inscripciones en el registro, es claramente menor en el ámbito de la autenticación notarial que en otros ámbitos. Con ello, aumenta la fiabilidad y exactitud del registro. Además, gracias a los diferentes deberes de verificación e información del notario, se garantiza que los interesados estén ampliamente informados sobre la base de la inscripción y, por tanto, también de la inscripción en el registro. Con ello, se consigue una clara exoneración de los tribunales, ya que de otro modo, las tareas desempeñadas por el notario en el ámbito previo de la registración, recaerían en el tribunal y sus funcionarios. La vinculación del notario tiene, por un lado, la ventaja de que las personas

---

<sup>116</sup> Compárese Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG (ley de autenticación), art. 17, número marginal 43.

<sup>117</sup> Compárese Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG (ley de autenticación), art. 17, número marginal 44; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG (ley de autenticación), art. 17, número marginal 33.

interesadas que se encuentran cerca de él, no tienen que personarse en los registros y registros de la propiedad que hay establecidos en determinadas oficinas centrales. Existe, por tanto, la posibilidad de centralizar el sistema registral, sin que la persona interesada se vea afectada por unas distancias demasiado grandes. Por otra parte, el personal del registro puede limitarse a la mera verificación de las inscripciones y partir de documentos registrales fiables, que ya han sido previamente verificados. De este modo, el procedimiento de registro propiamente dicho es más eficiente, agilizándose considerablemente todo el proceso.

#### **F. El notario en el marco de la regulación de conflictos como parte del procedimiento contencioso-judicial: ejemplo de regularización de derechos reales**

En la R.F.A., es relativamente nuevo un procedimiento especial de mediación en conflictos, que fue implantado en los nuevos Länder alemanes tras la reunificación. En los nuevos Estados Federales existía, en base a la normativa jurídica socialista, el problema de que la propiedad de inmuebles y la propiedad de terrenos estaba separada, de modo que podían pertenecer a diferentes personas. Estos principios no corresponden al Código civil alemán, que era lo que regía en los antiguos Estados Federales antes de la reunificación. Por este motivo, el legislador intentó en 1995 con la ley de Regularización de Derechos Reales, regularizar estas relaciones jurídicas a través de un complejo procedimiento de reclamaciones de las partes en conflicto. A decir verdad, el propietario de un edificio tiene, frente al propietario del terreno, el derecho a adquirir el terreno o a solicitar un derecho de superficie, pudiendo hacerlo hasta por la mitad de su valor comercial. Es razonable pensar que aquí existe un motivo de conflicto entre las partes interesadas. Se está hablando de más de 300.000 casos. Este entramado relativamente complicado de objeciones y supuestos de derecho, lleva a la necesidad de establecer una regulación compleja entre las partes interesadas. Teniendo en cuenta los beneficios obtenidos con la reunificación debido al aumento del valor del suelo, no es de extrañar que la disputa mantenida entre los propietarios de edificios y los usuarios se encuentre al rojo vivo, no sólo por motivos sentimentales, sino también por circunstancias económicas.

Para exonerar el proceso judicial, el legislador ha establecido en los arts. 87 y siguientes de la ley de Regularización de Derechos Reales, un procedimiento de mediación notarial. Este procedimiento de mediación notarial es condición para el proceso judicial (art. 104 de la ley de Regularización de Derechos Reales). Nadie podrá llevar ante el tribunal ningún proceso si no se ha realizado antes dicho procedimiento de mediación notarial. El expediente se abre mediante solicitud al notario. El notario convocará a las personas interesadas para una vista y podrá actuar, en el marco del procedimiento, como si fuera el tribunal, recogiendo pruebas y solicitando informes. Una vez efectuadas las encuestas, el notario realizará una propuesta de mediación en forma de proyecto de acuerdo,

pudiendo incluso adquirir, a través de un procedimiento contumacial especial, ciertos derechos frente a un contumaz. Si no se llegara a un acuerdo, el notario consignará el resultado del procedimiento, haciendo constar en un acta final los puntos que han sido o no objeto de conflicto, consiguiéndose así una concentración de la materia de conflicto en el procedimiento judicial posterior.

El objeto de este proceso de mediación ante el notario es la regulación extrajudicial total del conflicto o, como mínimo, la limitación del conflicto a unos determinados puntos a decidir entonces por parte del tribunal. Si a través de la mediación notarial se llegara a un acuerdo entre las partes interesadas, el notario protocolizará el acuerdo. Si no estuviera previsto ningún procedimiento de mediación notarial, los tribunales de los nuevos Estados Federales estarían excesivamente sobrecargados. Cada uno de los posibles procedimientos, estaría sometido a una relación jurídica muy compleja a la que prácticamente no se podría llegar en el marco del proceso civil debido al gran número de puntos en conflicto abiertos.

En particular, la proximidad del notario respecto al derecho inmobiliario, demuestra que este procedimiento lleva a una mayor eficacia y a una minimización de los conflictos. El notario tiene el deber de aclarar a las personas interesadas, en el marco de este procedimiento de mediación, su posición jurídica como mediador imparcial y el de ponerles en condiciones para que hagan uso de su capacidad negociadora. Gracias a sus facultades para recibir pruebas y consultar informes, se aclaran considerablemente los hechos, de tal modo que, incluso en el caso de que se abriera un proceso judicial, el notario dispondrá de todas las informaciones necesarias, incluyendo también el valor de la propiedad.

Las experiencias tenidas hasta la fecha, han demostrado que especialmente la obligación de tener que realizar un procedimiento de mediación notarial antes del proceso judicial, es lo que lleva a una exoneración considerable de los tribunales. Una demanda en el marco de la regularización de derechos reales tiene como condición de admisibilidad la realización de un procedimiento de mediación ante el notario. Al respecto, las personas interesadas están obligadas a procurar conseguir, previamente a la resolución judicial contenciosa, una regulación del conflicto notarial judicial.

En lo que respecta a esto, las experiencias han demostrado que este procedimiento de mediación tiene en todos los casos, incluso si se llega a un proceso judicial, unos efectos de exoneración considerables para el tribunal, ya que se regulan por igual y de forma amistosa entre las partes interesadas una serie de puntos en conflicto en un procedimiento complejo. Así, el tribunal decide sólo sobre algunos puntos en conflicto y no sobre todos .

Teniendo en cuenta los resultados positivos obtenidos hasta la fecha, habría que considerar que al menos en lo que respecta a temas complejos en los que el notario posee determinada experiencia, habría que realizar, antes del proceso judicial, un procedimiento de mediación notarial que, o bien lleva a una

clarificación total del conflicto jurídico o, como mínimo, alivia considerablemente el proceso judicial. Dada su experiencia especial en este ámbito, éstas serían las materias más indicadas para el notario: derecho de familia, derecho hereditario, derecho de sociedades y derecho inmobiliario.

### **G. Conclusiones Finales**

Las conclusiones más importantes para el notariado alemán son las siguientes:

1. El notario es titular de un cargo público otorgado por el Estado, algo que supone una relación especial jurídico-pública, cercana al juez, de prestación de servicio al Estado. Pero al mismo tiempo es asistente imparcial de las partes, cuyos intereses debe defender en las relaciones que éstas mantengan con el Estado. El control estatal y la existencia de vínculos de legalidad hacen posible la transferencia al notario de funciones fiscales y estatales.

2. La relación especial de protección al ciudadano está garantizada por la independencia que el derecho constitucional confiere al notario frente al Estado. Las restricciones a la vinculación del notario en sus atribuciones estatales son las impuestas por el deber de secreto y el derecho constitucional a la protección de datos, así como el derecho fundamental al libre ejercicio de la profesión.

3. Sólo será posible cargar al notario con funciones estatales cuando esté garantizada la necesaria proximidad del asunto con otras funciones del notario en el marco de la justicia preventiva y, en especial, de la autenticación. No podrá ser transferida al notario ninguna función ajena a asuntos fiscales o de derecho administrativo. Del derecho fundamental al libre ejercicio de la profesión se deduce que sólo se podrán transferir al notario funciones públicas y fiscales en tanto en cuanto se deje al notario tiempo suficiente para ganarse su propio sustento con el trabajo de dar fe.

Las tareas fiscales y de derecho administrativo tampoco deben cargar al notario hasta el punto de que su independencia frente al Estado, garantizada constitucionalmente, se vea afectada.

4. Los deberes de información y cooperación del notario para con el Estado sólo tienen lugar en casos puntuales y si no se vulnera el deber de secreto y, en especial, el deber fundamental del ciudadano a la protección de datos. Así pues, las obligaciones de comunicación sólo son posibles si existe fundamento legal para ello y observan el principio de proporcionalidad que toma en consideración el deber de secreto del notario.

5. El derecho alemán no contempla todavía ni la liquidación ni la recaudación fiscal realizadas a través del notario. Sólo existen múltiples obligaciones de comunicación que facilitan a las autoridades fiscales la liquidación tributaria. A fin de agilizar y simplificar los procesos, sería deseable que se creara un modelo de tasación de los impuestos a cargo de los notarios sobre una base facultativa.

**6.** También en el ámbito de la actuación administrativa, cada vez más cooperativa, se considera al notario un intermediario clave entre ciudadano y administración. A fin de garantizar la protección ciudadana, es deseable que todos aquellos contratos de derecho público, mediante los cuales los proyectos de derecho administrativo se ejecutan en la forma jurídica del derecho privado, requieran de autenticación notarial. Esto ya es un hecho en la R.F.A. en determinados casos, en virtud del artículo 313 del Código Civil alemán.

**7.** La vinculación del notario en las elevaciones a público o autenticaciones de procesos jurídico-públicos de inscripción registral garantiza, por un lado, una mayor seguridad jurídica de los registros y, por otro lado, la protección de las partes interesadas frente a posibles inscripciones registrales erróneas. Por tanto, el notario debería tomar parte obligatoriamente en las fases previas a los procesos de inscripción en registro.

**8.** En la R.F.A., la práctica de arreglo de conflictos a través del notario en las fases previas al procedimiento judicial ha resultado una experiencia extremadamente alentadora. El Estado debería ser exhortado a valerse también en otros campos del procedimiento de mediación notarial para así descargar de trabajo a los tribunales, especialmente en aquellos ámbitos jurídicos bien conocidos para el notario como el derecho inmobiliario, el derecho de sociedades, el derecho de familia y el derecho sucesorio.



# **Tema II**

## **Derechos humanos y cometido del notario**

**Ponente:**

**Notario Dr. Hanns-Jakob Pützer, Bonn**

## **Introducción**

### **Parte I: Historia y desarrollo del concepto de derechos humanos**

#### **1. Fuentes jurídicas de la protección internacional de los derechos humanos**

- a) Declaración universal de los derechos humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948 (Universal Declaration of Human Rights, UN-Charter).
- b) Pactos de los derechos humanos de la ONU del 19 de diciembre de 1966 (Human Rights Covenants, CCPR y CDESCR)
- c) Convención Europea sobre la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 04 de noviembre de 1950 (European Convention on Human Rights, ECHR) con 1 protocolo adicional del 20 de marzo de 1952.
- d) Acuerdos de protección regional de derechos humanos de otros continentes

#### **2. Regulaciones específicas del notariado de los catálogos de derechos humanos**

- a) Principios básicos generales
  - aa) Regla de derecho / rule of law / prééminence du droit (Preámbulo, Párrafo 3, Carta ONU; Preámbulo, Párrafo 5, ECHR)
  - bb) Avance social (Preámbulo, párrafo 5, Carta ONU, art. 11, párrafo 1, párrafo 1, CDESCR)
  - cc) Libertad, igualdad y fraternidad (Art. 1 Carta ONU)
  - dd) Reconocimiento de la personalidad jurídica / recognition of Legal Personality/ reconnaissance de la personnalité juridique (Art. 6 Carta de la ONU; Art. 16 CCPR)
  - ee) Principio de igualdad (Art. 7 Carta de la ONU; Art. 14, párrafo 1, párrafo 1, Art. 26 CCPR)
- b) Exhortaciones de derechos procesales, institucionales, organizativo-estatales
  - aa) Garantía de protección legal (Art. 8 Carta ONU)
  - bb) Garantías de proceso judicial, derecho de audiencia / Procedural Guarantees in Civil and Criminal Trials, "due process of law"

(Art. 10 de la Carta ONU; art. 6, párrafo 1, de ECHR; Art. 14, párrafo 1, de CCPR)

- (1) Derechos legales civiles y obligaciones:
- (2) Independencia e imparcialidad
- (3) Tribunal competente, basado en la ley
- (4) Resumen:

cc) Seguridad social  
(art. 22 Carta ONU, art. 9 CDESCR)

c) Garantía de los derechos materiales directos

aa) Matrimonio y familia / Marriage and Family / Mariage et Famille

(Art. 16, párrafo 1, de la Carta ONU; art. 12 de ECHR; art. 23 de CCPR; art. 10, párrafo 1, de CDESCR).

bb) Propiedad/Possessions/ Propriété

(art. 17 Carta de la ONU; art. 1 del primer protocolo adicional de la ECHR del 20.03.1952)

cc) Libertad de asociación/Freedom of Association /Liberté d'association

(art. 20 de la Carta de la ONU/ art. 11 de ECHR, art. 22, ap. 1, de CCPR)

dd) Asistencia social

(Art. 25 de Carta de la ONU; art. 24 de CCPR; art. 10 de CDESCR)

## **Parte II: Concepto y protección de los derechos humanos en la ley fundamental de Bonn para la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949**

### **1. Obligaciones generales sobre los derechos humanos**

- a) Preámbulo
- b) Dignidad humana y derechos humanos, art. 1 de la Ley fundamental.
- c) Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales art. 19 de la Ley fundamental.
- d) Garantías de perpetuidad para los derechos fundamentales, art. 79, párrafo 3, Ley fundamental

### **2. Principios fundamentales generales**

### **3. Principios organizativos estatales y garantías procesales de justicia**

**4. Derechos fundamentales materiales**

- a) Derecho de personalidad general art. 2 I de la Ley fundamental
- b) Matrimonio y familia, art. 6, párrafo 1, de la Ley fundamental
- c) Libertad de asociación, art. 9, párrafo 1, de la Ley fundamental
- d) Propiedad y derecho sucesorio, art. 14 I de la Ley fundamental

**Parte III: El notariado como garante y mediador de los derechos humanos en el Derecho privado**

**1. El notariado como titular de la función de la jurisdicción preventiva**

**2. Garantía del derecho privado mediante la ley profesional (BNotO)**

- a) Formación institucional del cargo de notario
- b) Idoneidad y garantía de calidad
- c) Garantías de accesibilidad al servicio notarial del ciudadano

**3. Garantía del derecho privado mediante la ley procesal (ley de escrituración)**

**4. Garantía del Derecho privado mediante las disposiciones formales del derecho civil**

**Parte IV: Protección a nivel internacional de los derechos fundamentales mediante el notario**

**1. Expansión de la cooperación externa del notariado**

**2. Armonización y desarrollo posterior de las estructuras internas y los estándares de obligaciones del notariado**

**3. Formación permanente y ciencia internacional del notariado**

## Introducción

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 10 de diciembre de 1948 la "Declaración general de los derechos humanos". Esta fecha fundamental para el desarrollo de un orden mundial pacífico y humano celebra su cincuentenario en diciembre de este año.

El 2 de octubre de 1948 se creó en Buenos Aires la Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.).

En su XXII Congreso Internacional, que tendrá lugar entre el 27 de septiembre y el 2 de octubre de 1998, de nuevo en Buenos Aires, la Unión celebrará su 50 aniversario<sup>1</sup>.

Sin embargo, la coincidencia de los aniversarios de la Carta de los derechos humanos de la ONU y de la Unión Internacional del Notariado Latino no es la única razón por la que se abordará el tema "Derechos humanos y cometido del notario". Mucho más significativo para la investigación científica de este tema son las innumerables relaciones internas que existen entre los derechos humanos exigidos por la Asamblea General de la ONU y las funciones del notariado latino. Respecto a esta relación, se citan las palabras de introducción del anterior presidente de la U.I.N.L., André Schwachtgen:

"Mediante el consenso que trata de lograr el notario entre las partes y que le convierte en agente de prevención de litigios, el notario contribuye a garantizar la paz social en los países en los que existe esta profesión.

Como jurista contractual y testigo independiente con el cometido de garantizar la libertad de resolución de voluntad, protege, respetando el principio de igualdad, a los débiles mediante el control de los fuertes, al nesciente mediante el control del que está al corriente.

Como juez independiente para los intereses encontrados, el notario protege las acciones y bienes de las personas: el derecho personal y el derecho de la propiedad como elementos irrenunciables para la libertad de aquél al que le corresponden.

En pocas palabras, al garantizar la legalidad y legitimidad del intercambio contractual, el notario asegura la dignidad de la persona y hace todo lo posible para que adopte una decisión libre en condiciones seguras, por lo cual el notario desempeña un papel de defensor de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> véase el artículo 1-3 del estatuto del U.I.N.L.

<sup>2</sup> André Schwachten, introducción a "Die vereinten Nationen, die internationalen Organisationen, die Menschenrechte und das Notariat" (Las Naciones Unidas, las Organizaciones internacionales, los derechos humanos y el notariado) de F. de Tinguy du Pouet, Bruselas 1995

## **Parte I: Historia y desarrollo del concepto de derechos humanos**

Los derechos humanos no son en ningún modo invento de una nación o de una Constitución. La idea y el concepto de los derechos humanos han sido más bien consecuencia de un largo desarrollo histórico y una amplia madurez intelectual que han dado como resultado el convencimiento básico común de la comunidad internacional.<sup>3</sup>

La dimensión y raíz histórica, así como la supranacionalidad de este concepto fueron presentadas por Alain Moreau en su discurso de la ceremonia de clausura del XXI. Congreso de UINL celebrado en Berlín.<sup>4</sup>

En esta detallada presentación se hace referencia al mismo, por lo cual no se repite aquí.

Este informe nacional evita también presentar como introducción el desarrollo de los derechos humanos en Alemania desde el punto de vista histórico. Aunque dicha presentación podría comenzar con la Constitución de 1849 aprobada en la iglesia de San Pablo de Francfort y podría llevarnos por la Constitución del imperio "Bismarck" de 1871, así como la Constitución del imperio de Weimar de 1919 hasta la Constitución de las leyes fundamentales de Bonn de 1949<sup>5</sup>, esto supondría ir más allá del marco temporal y espacial de un informe nacional para un congreso internacional.

Para llegar lo antes posible al núcleo de este tema en un congreso del notariado, se deben mencionar primero las fuentes jurídicas del derecho internacional y del derecho público dedicadas a la protección de los derechos humanos (a continuación en el número 1) y, acto seguido, se deben estudiar los aspectos de estas fuentes jurídicas correspondientes al notariado (a continuación en el número 2). Finalmente, se debe mencionar cómo se realiza la protección de los derechos humanos en la Constitución alemana vigente, la ley fundamental aprobada en Bonn en 1949 (Parte III).

---

<sup>3</sup> Alain Moreau, *Notariat und Schutz der Menschenrechte* (Notariado y protección de los derechos humanos), discurso del 02 de julio de 1945 en la conferencia de clausura del XXI Congreso de la U.I.N.L. en Berlín, p. 5 en párrafo 1.

<sup>4</sup> Alain Moreau, como se ha mencionado antes

<sup>5</sup> sobre el desarrollo de los derechos humanos en la historia constitucional alemana: Hesse, *Handbuch des Verfassungsrechte* (Manual de los derechos constitucionales) 1980, 80 ss; Kleinheyer, *Grundrechte - zur Entwicklung eines Begriffs* (Derechos fundamentales: sobre el desarrollo de un concepto) 1977.

## 1. Fuentes jurídicas de la protección internacional de los derechos humanos

- a) Declaración universal de los derechos humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948 (Universal Declaration of Human Rights, UN-Charter).

En el marco internacional, la ONU va por delante en lo que se refiere a la protección internacional de los derechos humanos. La "Declaración universal de los derechos humanos", aprobada el 10.12.1948 por la Asamblea General de la ONU, documenta el primer intento de un programa internacional amplio para la protección de los derechos humanos<sup>6</sup>.

El punto débil de la Carta de los derechos humanos de la ONU es que, por tratarse de una declaración exclusivamente política, no le corresponde un efecto vinculante inmediato<sup>7</sup>; en efecto, es el hilo conductor para la formulación de las disposiciones de los derechos fundamentales en numerosos acuerdos internacionales posteriores<sup>8</sup> y Constituciones nacionales<sup>9</sup> y por tanto, pudo contribuir a la formación del "derecho internacional consuetudinario".<sup>10</sup>

- b) Pactos de los derechos humanos de la ONU del 19 de diciembre de 1966 (Human Rights Covenants, CCPR y CESCR)

Los denominados pactos de los derechos humanos, aprobados los dos por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, supusieron un gran avance para el carácter vinculante y la ejecución del catálogo de derechos humanos de la ONU:

**El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos** (Covenant on Civil and Political Rights, CCPR)<sup>11</sup> ha concretizado aún más y concentrado los derechos humanos clásicos, los denominados de "primera generación", que garantizan, sobre todo, los derechos de libertad individual "ante el Estado"; el **Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR)<sup>12</sup> ha concebido

---

<sup>6</sup> Wolfrum (Editor) Handbuch der Vereinten Nationen (Manual de las Naciones Unidas I, 2ª ed. 1991; Kimminich, Menschenrechte, Versagen und Hoffnung (Derechos humanos, Rechazo y Esperanza) 1973, p. 93.

<sup>7</sup> Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar (Convención de derechos humanos europeos, comentario de la CDHE), 2ª ed. 1996, Preámbulo Rn 2.

<sup>8</sup> Magiera, en: Menzel/Ipsen, Völkerrecht (Derecho fundamental), 2ª ed. 1979, p. 123; von Münch, Grundgesetz-Kommentar (Comentario de la Ley fundamental), Banda 1, 4ª ed. 1992, Nota prel. Art. 1-19, Rn 76.

<sup>9</sup> sobre ello se habla en parte II, 1.b)

<sup>10</sup> Ipsen, Völkerrecht (Derecho fundamental) 3ª ed. 1990, Art. 44 Rn. 35; von Münch, en lugar indicado

<sup>11</sup> Fuente internacional: UNTS Vol. 999 p. 171; Fuente nacional en Alemania: Gaceta Federal 1973, II p. 1534; entró en vigor en Alemania el 03.01.1976, Gaceta Federal: 1976, II 426.

<sup>12</sup> Fuente internacional: UNTS Vol. 992 p. 3; fuente nacional en Alemania Gaceta Federal 1973 II p. 1570; entró en vigor en Alemania el 03.01.1976, Gaceta Federal 1976 II 1068.

un sistema de libertades fundamentales sociales como derechos humanos de "segunda generación", que sólo se puede lograr "a través del Estado"<sup>13</sup>

Aún así, 120 Estados se adhirieron a los dos pactos en 1992<sup>14</sup>. Con ello 2/3 de las antiguas Comunidades de estados del mundo han reconocido, de modo vinculante y contractual, el contenido de garantía de estos pactos como normas mínimas de los derechos humanos universales, se han comprometido a su ejecución nacional y se someten a los mecanismos de vigilancia de la ONU.<sup>15</sup>

De igual modo, los pactos sobre derechos humanos de la ONU indican también los déficits para el control y la ejecución; pues se impone la obligación de informar (Art. 10, par. 1, CCPR) a los estados firmantes y se autorizan las observaciones generales (general comments) (Art. 40, par. 4, CCPR) a los comités de derechos humanos (Human Rights Committees); aunque, éstas no tengan efecto vinculante legal. Las reclamaciones individuales a los comités de derechos humanos sólo están previstas en la CCPR, como protocolos facultativos; éstos vinculan hasta ahora a menos de la mitad de los estados que han firmado la CCPR<sup>16</sup>.

- c) Convención Europea sobre la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 04 de noviembre de 1950 (European Convention on Human Rights, ECHR) con 1 protocolo adicional del 20 de marzo de 1952.

Ya se realizaron esfuerzos para formular una carta especial europea de derechos humanos antes de la aprobación de la Carta de derechos humanos de la ONU<sup>17</sup>. El 6.11.1996 los 40 estados miembros del Consejo europeo se adhirieron a la convención europea sobre derechos humanos<sup>18</sup>.

En comparación con el sistema de protección de los derechos humanos de la ONU, la consistencia de regulación de la convención europea de derechos

---

<sup>13</sup> Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary (Pactos sobre Derechos civiles y políticos, Comentario CCPR), 1993, Introduction p. XVIII.

<sup>14</sup> Sobre la vigencia de los Pactos en Alemania: Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht (Ley fundamental y Derecho internacional), 1985, art. 82; 84; Tomuschat, VN 1978, 1 ss.

<sup>15</sup> según Nowak, CCPR Commentary, Preface XI, Introduction XVIII.

<sup>16</sup> sobre ello v. Münch, Derechos fundamentales, Art. 1-19, Rn. 77 m.w.N. Tomuschat, en: Berberich/Holl/Maaß (Ed.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht (Nuevos desarrollos en derecho público) 1979, 9 ss (20).

<sup>17</sup> Sobre la génesis y concepción de la ECHR: Frowein/Peukert, Kommentar EMRK (Comentario CDHE), Introducción Rn 1 ss; Opperman, Europarecht (Derecho Europeo) 1991 art. 2; Robertson, The European Convention for the Protection of Human Rights (Convención europea para la protección de los derechos humanos), BYIL 27 (1950), 145-163.

<sup>18</sup> Frowein/Peukert, EMRK, Int. Rn 2; en la República Federal Alemana entró en vigor el 3.09.1953; comp. Gaceta Federal. 1952 II, 14, 686, últimas enmiendas a la Gaceta Federal 1989 II, 546; para la antigua zona de la República Democrática Alemana; entró en vigor la Convención con la Reunificación el 03.10.1990.

humanos, aunque es más escasa dispone, no obstante, de una fuerza de ejecución mucho mayor a nivel nacional<sup>19</sup>:

La convención europea de derechos humanos tiene la categoría jurídica de un contrato jurídico-internacional y desarrolla, con las declaraciones complementarias y los protocolos adicionales, la validez del derecho autoejecutorio en los estados firmantes, y esto es, en parte con rango constitucional (Austria), como derecho igualmente constitucional (Suiza) como derecho supralegal (Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Francia) o con el rango de ley interna (República Federal Alemana, Italia, Grecia, Turquía, Chipre)<sup>20</sup>

La convención no sólo consigue obligar a los estados miembros, sino también que se respeten los derechos individuales de sus ciudadanos. Con la creación de la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia para los Derechos Humanos, se obtuvieron los órganos de convención y procedimientos que contribuyen a la aplicación de los derechos humanos protegidos por la convención, incluso en contra del derecho nacional, y sin que sea necesario recurrir a los tribunales e instituciones nacionales<sup>21</sup>. En lo que se refiere al Consejo Europeo en sí, éste tiene la misión de proteger los derechos humanos, apoyándose legalmente en la convención, con sus protocolos adicionales y reforzado políticamente por la influencia y consideración de sus miembros incluso más allá del ámbito internacional y geográfico de los estados miembros, como muestra la más reciente transformación del sistema político del Este.

d) Acuerdos de protección regional de derechos humanos de otros continentes

Inspirándose en la idea básica de la Convención Europea de los Derechos Humanos, pero, en parte, sobre vías legales claramente diferentes, han surgido también en otros continentes acuerdos de protección internacional de los derechos humanos<sup>22</sup>:

En el continente americano se firmó la Convención Americana de los Derechos Humanos (American Convention on Human Rights, ACHR) el 22.11.1969 según la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones de los hombres de 1948, que entró en vigor el 18.07. 1978 y es válida para los 20 estados

---

<sup>19</sup> von Münch, Ley fundamental, nota. Rn. 78

<sup>20</sup> comp. Frowein/Peukert EMRK-Kommentar, Intr. Rn 6; Polakiewicz/Jacob-Foltzer, The European Human Rights Convention in Domestic Law (Convención de derechos humanos europeos en el derecho interno); HRLJ 1991, 65 ss y 125 ss; sobre la posición de la Convención en el derecho interno alemán: von Münch, Ley Fundamental, Nota prel. Rn. 80.

<sup>21</sup> de Münch, Ley Fundamental, Nota prel. art. 1 -19; Rn 76-78; Frowein/Peukert, EMRK, Intr. Rn 3-5.

<sup>22</sup> Para comparar las distintas convenciones de derechos humanos continentales: Konrad (editor), Grundrechte im Verwaltungsverfahren - Internationaler Menschenrechtsschutz (Derechos fundamentales en el procedimiento de la administración - Protección internacional de los derechos humanos), 1984, 243 ss, Partsch EuGRZ 1989 1 ss.

miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) (Estado: primavera 1992<sup>23</sup>). Con la creación de la Comisión interamericana y el Tribunal interamericano se lograron los órganos similares a los de Europa para la protección de los derechos humanos<sup>24</sup>.

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos del 26.06.1981 (African Charter on Human and Peoples' Rights, ACHPR "Birgul-Charta"<sup>25</sup>) fue firmada por 40 de los 51 estados miembros de la Organización para la Unidad Africana (OUA) (Estado: primavera 1992<sup>26</sup>). La Carta de Birgul contiene los denominados "Derechos fundamentales de tercera dimensión" (Desarrollo, Paz, Medio ambiente)<sup>27</sup>, no obstante, sólo tiene como órgano de protección una Comisión internacional y no ha establecido ningún tribunal internacional<sup>28</sup>.

## **2. Regulaciones específicas del notariado de los catálogos de derechos humanos**

Quien reflexiona sobre el concepto de los derechos humanos, piensa en primer lugar en la protección de los derechos fundamentales, entre los que se incluye el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la especie, la prohibición de la esclavitud y la tortura, la protección ante la persecución, la detención o penas arbitrarias, la protección de las libertades espirituales (libertad de conciencia y de culto, libertad de opinión y de información), así como el derecho a elección política, activa o pasiva, libre. Quien se limite a estos temas, no conseguirá establecer la relación con las funciones del notario.

Estos temas "espectaculares", aunque constituyen la base de los denominados "derechos humanos de primera generación", sólo cubren una parte del catálogo moderno de derechos humanos y asimismo únicamente una parte de lo esencial de una constitución estatal moderna. Además, los catálogos de requerimiento de protección internacional de derechos humanos abarcan los denominados "derechos humanos de segunda generación", que exigen derechos económicos y sociales concretos para las personas, y contienen, por último, en los principios institucionales generales, exigencias muy concretas respecto a la organización de un estado de derecho social, democrático y moderno, en el que el individuo

---

<sup>23</sup> Fuente: von Münch, *Ley Fundamental*, Nota prel. 1-19 Rn 85)

<sup>24</sup> Texto: ILM 1970, 673 ss; traducción alemana EuGRZ 1980, 435 ss; Detalles en Buergenthal/Norris/Shelton: *Protecting Human Rights in the Americas* (Protección de los Derechos Humanos en las Américas), 2ª ed. 1986; Ipsen *Völkerrecht* (Derecho internacional), 3ª ed. 1991, art. 45 III Rn 15 ss; Bartsch, *NJW* 1991, 1390/1393.

<sup>25</sup> Birgul = capital de Gambia = lugar donde se elaboró la Carta

<sup>26</sup> Fuente: von Münch, *Ley Fundamental*, Nota prel. 1-19 Rn 85)

<sup>27</sup> sobre ello Riedel, *EuGRZ* 1989, 9 ss.

<sup>28</sup> Texto: en ILM 1982, 59 ss; traducción alemana: *EuGRZ* 1990, 348 ss; para el contenido: Ipsen, en lugar indicado, art. 45 IV Rn 19 ss; Kuniq/Benedek/Mahalu, *Regional Protection of Human Rights: The Emerging African System* (Protección regional de los derechos humanos: El sistema africano emergente), 1985.

tenga igualdad de oportunidades en la participación y posterior desarrollo de sus derechos económicos y sociales.

Las funciones establecidas en este campo de los derechos humanos para el estado de derecho y la justicia, no se pueden seguir desempeñando únicamente por las vías clásicas relativas a la jurisdicción invocada para el auto definitivo u orientada contra la transgresión o represión, como por ejemplo, por la jurisdicción civil de litigio o de competencia penal. Aquí nos adentramos más en el terreno de la jurisdicción preventiva y voluntaria, en el que el notariado asume una amplia gama de competencias<sup>29</sup>.

El examen de este ámbito del Catálogo de los derechos humanos permite reconocer innumerables relaciones con la misión y la función del notariado latino. Las afirmaciones importantes para el notariado se pueden clasificar en tres categorías:

- Compromiso con los **principios básicos generales**, que son importantes para la consecución de los derechos humanos (presentados a continuación en a),
- Principios elementales, de los que se derivan **los requisitos organizativos del estado, institucionales y procesales**<sup>30</sup> (también significativo para la institución del notariado, mencionados a continuación en b).
- **Garantía de los derechos humanos sustanciales** (para cuya realización existen responsabilidades concretas del notariado, mencionada a continuación en c).

La siguiente exposición de estos aspectos está orientada temáticamente en la estructuración y contenido de la Carta de los derechos humanos de la ONU, puesto que ésta representa, por un lado, el ideal de todos los catálogos de derechos humanos posteriores y, por otro lado, supone hasta la fecha, sin embargo, la obra de regulación más amplia desde el punto de vista temático y con la mayor densidad de regulación. Siempre que los demás acuerdos de protección de los derechos humanos presentados bajo el número 2 vayan más allá de las regulaciones contenidas en la Carta de la ONU y tengan importancia para el notariado, serán tratados en el lugar correspondiente.

---

<sup>29</sup> comp. el tema I. del XX. Congreso U.I.N.L. en Cartagena en 1992: "Mitwirkung des Notars im Rahmen der nicht-streitigen Gerichtsbarkeit" (Cooperación del notario en el marco de la jurisdicción no contenciosa) con los informes nacionales presentados sobre ello y el informe del coordinador internacional.

<sup>30</sup> comp. Nowak, CCPR, Introduction Rn 4: "institutional protection by providing procedural guarantees and implanting specific legal institutions" (protección institucional mediante la provisión de garantías procesales y la implantación de instituciones legales específicas).

a) Principios básicos generales

aa) Regla de derecho / rule of law / prééminence du droit (Preámbulo, Párrafo 3, Carta ONU; Preámbulo, Párrafo 5, ECHR)

El preámbulo de la Carta de la ONU se declara en el párrafo 3, en el sentido general y básico de la legalidad, "que es esencial proteger los derechos humanos mediante el predominio del derecho...", el párrafo 5 del preámbulo de la ECHR obliga a los estados firmantes a observar la supremacía de la ley y contiene además una garantía colectiva de los derechos en ella promulgados.<sup>31</sup>

Sin embargo, el predominio del derecho no puede convertirse en un "dominio mediante el derecho", el estado debe tomar las medidas necesarias para que el hombre no sea mero objeto de la violencia del estado. En la teoría del derecho fundamental alemán, como en la literatura del derecho internacional, se considera dicho papel objeto como una vulneración de la dignidad humana ("the individual degraded to a mere legal object"), el Estado debe garantizar que el ciudadano continúe siendo un "miembro vivo de la comunidad jurídica", y no "un sujeto desprovisto de poder".<sup>32</sup>

Justamente en los estados de derecho más desarrollados con un sistema legal altamente diferenciado se debe observar la sobrecarga del ciudadano mediante la legislación incomprensible para él; este peligro aumenta en aquellos lugares en los que el derecho supranacional creciente, como en la Unión Europea, adquiere validez directa para los miembros del estado nacional. El asesoramiento legal preventivo, como el prestado por el notariado, contribuye de modo eficaz a que el "dominio del derecho" no se transforme en lo contrario.

bb) Avance social

(Preámbulo, párrafo 5, Carta ONU, art. 11, párrafo 1, párrafo 1, CESC)

El preámbulo de la Carta de la ONU exige en su Cap. 5, en relación con "la dignidad y el valor de la persona humana...fomentar el avance social y mejorar las condiciones de vida en una mayor libertad...". De manera más concreta, los estados contractuales del pacto internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales reconocen en el artículo 11, párrafo 2, de la CESC "...el derecho de todos los individuos a un nivel de vida adecuado para ellos y sus familias... así como a una mejora constante de las condiciones de vida"; adicionalmente, existe la obligación de que "los estados del contrato...deberán adoptar...medidas adecuadas, para garantizar la consecución de este derecho..."

---

<sup>31</sup> sobre el contenido de garantía legal del preámbulo: Frowein/Peukert, EMRK, Preámbulo Rn 4, 5

<sup>32</sup> sobre el derecho constitucional alemán: von Münch/Kunig, Ley Fundamental, Art. 1 - Rn 22, 23; Dürig, Der Grundrechtsatz der Menschenwürde (Declaración del derecho fundamental de la dignidad humana), Institución del Derecho Público 81 (1956), 117/127; Jurisprudencia continua del Tribunal Constitucional Federal, esp. BVerfGE (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal) 30, 1/25, 50, 166/175; del Derecho internacional: Nowack, CCPR, Art. 16 Rn 1

Por consiguiente, los derechos humanos no están limitados a una "garantía status quo", sino que exigen la participación en un ulterior desarrollo económico y social para la habilitación de mayores espacios de libertad para el ser humano. Estos aspectos se concretizarán más aún mediante la Carta de la ONU en su artículo 22 y mediante el CDESCR en su art. 9, especialmente dedicados a la seguridad social.<sup>33</sup>.

cc) Libertad, igualdad y fraternidad  
(Art. 1 Carta ONU)

Con el artículo 1 de la Carta de la ONU, se colocan la libertad, la igualdad y la fraternidad al principio del catálogo de derechos humanos. Según éste "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...y se deben comportar fraternalmente los unos con los otros".

Libertad significa libertad corporal y espiritual; dentro de la libertad espiritual se considera sobre todo la libertad de voluntad y decisión, que también se debe salvaguardar en relación con la observación de los intereses legales del individuo. Una parte del postulado de igualdad es el fomento de la igualdad de oportunidades del ser humano en la defensa de sus derechos. En el concepto de fraternidad se deben incluir los elementos de la comprensión y de la igualdad de intereses.

La garantía de la libertad de voluntad y decisión jurídica, de la igualdad de oportunidades, comprensión e igualdad de intereses, es la función principal del notariado en los procesos legales asesorados por él. La contribución del notariado en la obtención del sistema de coordenadas legales para la vida diaria del hombre se ha puesto de manifiesto en las palabras citadas en la introducción de André Schwachtgen<sup>34</sup>. Los mecanismos con los que el derecho procesal y profesional notarial ejecuta individualmente estos requisitos se presentan a continuación en la parte III.

dd) Reconocimiento de la personalidad jurídica / recognition of Legal  
Personality/ reconnaissance de la personnalité juridique  
(Art. 6 Carta de la ONU; Art. 16 CCPR)

Según el art. 6 de la Carta de la ONU "todo ser humano...tiene el derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", según el art. 16 CCPR "todo ser humano tiene el derecho a ser reconocido como apto por derecho".

Esta fórmula no ha sido recogida expresamente en la ECHR, ni en la Constitución alemana, pero se presume que es consustancial a la dignidad

---

<sup>33</sup> sobre ello se comenta a continuación en b) cc)

<sup>34</sup> v.a. en nota al pie 2

humana<sup>35</sup>. Contiene la exigencia de protección y sostenimiento de la "calidad de sujeto" del individuo ("legal subjectivity"<sup>36</sup>) como miembro vivo de la comunidad legal", que ya se presentó anteriormente.<sup>37</sup>

ee) Principio de igualdad

(Art. 7 Carta de la ONU; Art. 14, párrafo 1, párrafo 1, Art. 26 CCPR<sup>38</sup>)

Según el art. 2, párrafos 1 y 2, de la CCPR así como el art. 2, párrafos 1 y 2, de la CDESCR, los estados contractuales se comprometen con los derechos reconocidos en estos pactos a "...garantizar que todas las personas sometidas a su poder y en su dominio..." (junto a otras enumeraciones) "...sin diferencias, sobre todo, ...por su origen social, patrimonio o status especial" y "...de acuerdo con su Constitución...a tomar las disposiciones legales y especiales que sean necesarias para conceder efecto a estos derechos..."

El art. 7 de la Carta de la ONU y el art. 26, párrafo 1, de la CCPR, de forma casi idéntica, concretan el principio de igualdad ante la ley y los legisladores: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley". Según el art. 26, párrafo, 2 de la CCPR "...la ley debe garantizar a todos una protección igual y efectiva contra toda discriminación, especialmente por su origen social, su patrimonio... o status especial..."

El art. 14, párrafo 1, párrafo 1, de la CCPR contiene finalmente una garantía de igual trato jurídico especial ("Todas las personas son iguales ante la ley"), que no se encuentra en ningún otro acuerdo sobre derechos humanos<sup>39</sup> y además no sólo es válido ante los tribunales en el sentido más estricto, sino sobre todo respecto a la independencia e imparcialidad de las autoridades comprometidas con la responsabilidad judicial según el correspondiente derecho patrio<sup>40</sup>.

De las presentes garantías se desprenden, junto al postulado de los derechos humanos general, una exhortación al estado para la creación de instituciones y mecanismos que garanticen igual protección legal de los seres humanos y, como en el caso del notariado, igual asesoría legal. Con ello, este artículo constituye a la vez el paso a la segunda categoría de los aspectos que se van a tratar aquí sobre la carta de derechos humanos de la ONU.

---

<sup>35</sup> sobre ECHR: Nowak, CCPR, art. 16, Rn 1, mwN; sobre la constitución alemana: v. la prueba en Fn 31.

<sup>36</sup> Nowak, v. en lugar indicado

<sup>37</sup> v. "regla de derecho" en aa)

<sup>38</sup> El art. 3 de la CCPR así como el art. 3 de la CDESCR contienen además garantías de tratamiento de igualdad especiales para el hombre y la mujer, que no necesitan una presentación especial en esta relación.

<sup>39</sup> Nowak, CCPR, Art. 14 Rn 5.

<sup>40</sup> Nowak, CCPR, Art. 14 Rn 8.

- b) Exhortaciones de derechos procesales, institucionales, organizativo-estatales
- aa) Garantía de protección legal  
(Art. 8 Carta ONU)

Según el art. 8 de la Carta de la ONU, "todo ser humano tiene derecho a una protección legal efectiva ante los tribunales internos competentes..."

Frente al artículo tratado aquí, el punto esencial no reside en la "igualdad" sino en la "eficacia", por consiguiente, en una protección legal efectiva, que debe ser proporcionada no sólo en general por ley, sino en el curso del ejercicio del derecho "ante los tribunales internos competentes". Como muestra el resto del texto de este artículo, aquí se piensa principalmente en la garantía de esta protección legal en el marco del "derecho de defensa", puesto que debe establecer esta protección legal "contra todos los actos" "que vulneren los derechos fundamentales correspondientes según la ley o la Constitución".

Pero una parte de la correspondiente jurisdicción intraestatal es, como se indica, también la "jurisdicción voluntaria" preventiva, en la que ocupan un lugar importante las funciones de asesoría legal y documentación del notariado.

El sistema legal, que conoce la institución de la jurisdicción voluntaria, ha reconocido al notariado como la institución más eficaz y efectiva en el campo del ejercicio de los derechos civiles, y la ha constituido como parte de la jurisdicción como paso previo a la jurisdicción litigiosa. Desde este punto de vista se puede entender también el artículo 8 de la Carta de la ONU como una llamada para la constitución de dichas instituciones legales, que eviten de forma preventiva la vulneración de los derechos fundamentales civiles y contribuyan a que éstos se ejecuten<sup>41</sup>.

- bb) Garantías de proceso judicial, derecho de audiencia / Procedural Guarantees in Civil and Criminal Trials, "due process of law"  
(Art. 10 de la Carta ONU; art. 6, párrafo 1, de ECHR; Art. 14, párrafo 1, de CCPR)

El art. 10 de la Carta de la ONU garantiza el derecho a una audiencia legal. Por la importancia y función ideal de este artículo también en relación con aquellos principios que marcan las estructuras y procedimientos del notariado latino, se cita su contenido completo:

"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la

---

<sup>41</sup> comp. también la Decisión de la Asociación Internacional de Magistrados en su Congreso en Macao el 23-27.10.19; sobre ello, más en Parte IV.1.b); además la resolución tomada con la cooperación del Consejo de Europa con motivo del 2º Coloquio de notarios en Keszthely; más en parte IV.1.a)

determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."

(1) Derechos legales civiles y obligaciones:

De la última parte de esta frase se deduce, no expresamente pero sí por el sentido, que la Carta de los derechos humanos de la ONU no sólo aborda la jurisdicción penal y la protección legal ante la sanción o represión estatales, sino todas las categorías de la jurisdicción estatal, incluso aquéllas que sirven al reconocimiento y ejecución de los derechos civiles.

En cuanto a ello, el art. 6, párrafo 1, párrafo 1, de la ECHR y el art. 14, párrafo 2, párrafo 2, de la CCPR garantizan mucho más claramente a todo ser humano un "...juicio independiente, imparcial, basado en la ley, (sólo en CCPR: "competente") que decida sobre los derechos y obligaciones de carácter jurídico-civil (versión inglesa y francesa de la ECHR, así como versión francesa de la CCPR: "civil rights and obligations" / "droits et obligations de caractère civil"; la versión inglesa de la CCPR habla solamente de "rights and obligations") y sobre una acusación penal presentada contra ella.

A pesar de las versiones y traducciones discrepantes de la Carta de la ONU, ECHR y CCPR, existe consenso en la literatura internacional, así como en la práctica de las decisiones de las comisiones de derechos humanos y tribunales competentes, respecto a que todos los catálogos y acuerdos mencionados sobre los derechos humanos recogen todos los derechos, exigencias y obligaciones imaginables del derecho civil y protegen y exigen también las garantías procesales e instituciones jurídicas ofrecidas para ellos<sup>42</sup>.

(2) Independencia e imparcialidad

Independencia, según la definición del Tribunal Europeo, requiere ".. la existencia de garantías contra influencias externas sobre el modo del nombramiento y la duración de su cargo..." así como finalmente que el titular "...sea considerado también como independiente en su apariencia exterior ("justice must not only be done, it must also be seen to be done" - "no sólo se debe hacer justicia, se debe ver que se hace")..."<sup>43</sup>.

En concreto esto significa:

- sin influencias por parte de órganos estatales del ejecutivo o el legislativo, partidos o grupos sociales<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> por ej. Frowein/Peukert, ECHR, art. 6 Rn 1 mwN zur UN-Charta und ihrer Entstehungsgeschichte (sobre la Carta de la ONU y su génesis), Rn 6, 15, 16; Nowak, CCPR, art. 14 Rn 3, 10-12; Matscher, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen (Las garantías procesales en el EMRK en asuntos de derecho civil), 1980 ÖZÖR 8.

<sup>43</sup> "Campbell und Fell" (Campbell y Fell) GH (Tribunal) 80 cif. 76/78; EuGRZ 1985, 534; Frowein/Peukert, EMRK, art. 6, Rn 125.

<sup>44</sup> Nowak, CCPR, art. 14, Rn 17; Frowein/Peukert, EMRK, art. 6, Rn 126; std. Decisiones del tribunal, p. ej. "Ringeisen" GH 13, 39 cif. 95; "Bentham" GH 97; 17 cif. 40 = EuGRZ 1986, 299.

- independencia y ausencia de toda obligación de rendir cuentas en el ejercicio de su cargo<sup>45</sup>
- una determinada duración en el cargo, durante la cual el titular es inamovible por las leyes o por lo menos de hecho<sup>46</sup>.

Aquí se aplica una designación por parte de los órganos ejecutivos después de una consulta previa de los círculos interesados apoyándose en los criterios generales de selección establecidos como presunción especial sobre la independencia e imparcialidad del titular del cargo designado<sup>47</sup>; un proceso, según el cual también serán designados los notarios en numerosos países con el sistema de derecho civil, en particular, en la República Federal Alemana<sup>48</sup>.

La imparcialidad está relacionada funcionalmente con la "independencia", ésta última es requisito para la primera. Por lo demás, la imparcialidad no se refiere a la relación del titular citado para la decisión con los órganos de nombramiento y fuerzas sociales en general, sino sobre la posición subjetiva respecto a las partes del proceso. El juez, como el notario, debe estar por encima de las partes sin tener en cuenta la persona, así como conducir el proceso conforme al leal saber y entender y tomar las decisiones<sup>49</sup>.

### (3) Tribunal competente, basado en la ley

Por "tribunal", en el sentido de los acuerdos de derechos humanos ("tribunal"), no se entiende solamente el "tribunal ordinario" clásico, sino todas las salas de justicia formales, independientes e imparciales, que deciden, según el derecho y la justicia, de acuerdo con un proceso regulado dotado de las correspondientes garantías<sup>50</sup>. La base legal necesaria sirve como complemento para asegurar la independencia y debe regular como mínimo la formación organizativa completa, el nombramiento del titular del cargo, así como la competencia territorial y material<sup>51</sup>.

Todos estos últimos requisitos mencionados se dan también en el notariado latino. El notariado ha sido constituido aquí apoyándose en las respectivas leyes notariales, que contienen todas las regulaciones necesarias, y actúan de acuerdo con las leyes de escrituración que regulan de manera detallada el procedimiento que debe seguir el notario.

<sup>45</sup> Frowein/Peukert, en lugar indicado; "Ringeisen" GH 13, 39 cif. 95; "Schiesser" GH 34, 12 cif. 29 = EuGRZ 1980, 202.

<sup>46</sup> Nowak, en lugar indicado; Frowein/Peukert, EMRK, art. 6, Rn 126; "Campbell und Fell" GH 80 cif. 76/78 = EuGRZ 1985, 534; "Engel u.a." GH 22,27, cif. 68 = EuGRZ 1976, 421.

<sup>47</sup> Frowein/Peukert, EMRK, art. 6, Rn 126; "Lithgow u.a." GH 102, 73 cif. 201, 202 ss.

<sup>48</sup> Sobre ello, más en Parte III.

<sup>49</sup> Nowak, CCPR, art. 14 Rn 18; Frowein/Peukert, EMRK, art. 6 Rn 129; "Albert, Le Compte" GH 58, 17 Cif. 32 = EuGRZ 1983, 190.

<sup>50</sup> Jurisprudencia continua del Tribunal Europeo para los derechos humanos, por ej. "Belilos", "Campbell und Fell", "Ringeisen" en lugar indicado, otras evidencias en Frowein/Peukert, EMRK, art. 6, Rn 122 en Fn 512, Nowak, CCPR, art. 14 Rn 15

<sup>51</sup> Nowak, CCPR, art. 14, Rn 16; Frowein/Peukert, EMRK, art. 6 Rn 122.

La única característica que no se da, no obstante, es la de "salas de justicia", esto es, un tribunal con función jurisdiccional, en el que recaen las decisiones en asuntos litigiosos. Esto no concuerda con el origen y el notariado como institución del tribunal voluntario con la función de la asesoría legal preventiva y de evitar los litigios, que se antepone a la función de "auto definitivo decisorio" del tribunal.

(4) Resumen:

Evidentemente, ni de la Carta de los derechos humanos de la ONU en general ni de este artículo se puede deducir un postulado sobre la constitución del notariado de marca latina. Sin embargo, después de que todos los estados con sistema legal latino-germánico, basado en el derecho escrito, en la existencia y reconocimiento de documentos públicos ejecutables y fehacientes y en las garantías por escrito de los derechos civiles en registros públicos, hayan incorporado la salvaguarda de los derechos humanos a los diferentes campos del derecho civil, con la protección preventiva mediante las instituciones de jurisdicción voluntaria y con la afirmación y ejecución de los mismos en la jurisdicción litigiosa<sup>52</sup> para casos de conflictos, se puede deducir el reconocimiento de la característica que porta el notariado latino del artículo aquí tratado de la Carta de los derechos humanos de la ONU, la convención de derechos humanos europea y el pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos, que contienen **las garantías procesales e instituciones de justicia** más elementales para la protección de los derechos humanos:

**Independencia** e **imparcialidad** marcan también al notariado latino y la posición del notario próxima al juez. **Igualdad** y **equidad** inspiran también el procedimiento realizado por el notario para los partícipes, en particular, en el procedimiento de escrituración, aunque este procedimiento no es público, en el sentido de que el público pueda acceder al mismo. En el procedimiento de escrituración, que sirve para la constitución de relaciones jurídicas y contractuales individuales, se suprime el carácter público del procedimiento mediante la proposición de confidencialidad y discreción, que, por su parte, sirve para la protección de la esfera privada, como parte del derecho de personalidad general y de la dignidad humana. A pesar de que el proceso notarial está regulado y constituido con carácter jurídico-público, el **resultado del proceso**, la escritura notarial, está reconocido por el estado como **escritura pública**, que posee virtualidad probatoria en todos los procedimientos estatales, oficiales y judiciales. Los derechos e intereses privados establecidos en la escritura notarial pueden, como las sentencias judiciales, estar provistos de **fuerza ejecutiva**, lo que supone una contribución decisiva para la realización

---

<sup>52</sup> sobre la confrontación del sistema del derecho civil y del "Common Law-System": Pützer, Notariat im Zivilrechtssystem (Notariado en el sistema del derecho civil); en Das moderne Notariat (El notariado moderno) (Ed. Colegio notarial federal), Colonia 1993, p. 1 ss.

efectiva de los derechos civiles protegidos por los catálogos de derechos humanos<sup>53</sup>.

Paralelamente, se puede establecer que el notariado latino, en todas partes en las que se aplica con sus funciones y tareas preventivas en el punto de intervención o en el campo de la actividad de arbitraje, responde a los requisitos institucionales y procesales estipulados en todos los catálogos y acuerdos de los derechos humanos del derecho público. Esto es, por tanto, por un lado importante porque el límite entre las funciones y tareas de la jurisdicción voluntaria ("preventiva") y litigiosa ("ordinaria") no es ejecutable "tajantemente", como muestra la formalización ejecutable o la declaración ejecutable de las escrituras por ej. en el otorgamiento atribuido al campo contencioso<sup>54</sup>. Por otro lado, esto es de gran importancia para el futuro del notariado latino porque en los estados con derecho civil escrito se transfieren cada vez más tareas adecuadas, que hasta ahora eran atribuidas a los tribunales, al notariado latino como titular de la administración de justicia preventiva para descargar a la jurisdicción estatal<sup>55</sup>.

cc) Seguridad social  
(art. 22 Carta ONU, art. 9 CDESCR)

Para finalizar las categorías de los "requisitos organizativos estatales institucionales", se trata tanto el art. 22 de la Carta de la ONU como el art. 9 de la CDESCR, que están dedicados a la seguridad social:

Según el art. 22 de la Carta de la ONU", toda persona tiene....como miembro de la sociedad, derecho a la seguridad social; y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables para su dignidad y para el libre desarrollo de su personalidad".<sup>56</sup>

Ningún artículo muestra más claramente que la carta y los acuerdos sobre los derechos humanos no son suficientes para conseguir los derechos de defensa frente a las violaciones de los valores básicos y libertades o para asegurar a los seres humanos solamente un nivel de vida mínimo necesario para vivir. Entre los derechos humanos fundamentales se incluye también la oportunidad de participar en el desarrollo cultural y socio-económico de la sociedad. En la teoría de los derechos fundamentales alemanes no se clasifica la participación

---

<sup>53</sup> Frowein/Peuker, EMRK, art. 6 Rn 52 sobre entrada "Zwangsvollstreckungsverfahren" (Proceso de ejecución expropiativa); comp. con "Sporrong u. Lönnroth, GH 52, 29 cif. 80 = EuGRZ 1983, 523.

<sup>54</sup> ejemplos en Parte III. 1.

<sup>55</sup> véase también Parte III. 1.

<sup>56</sup> Art. 9 de CDESCR contiene al mismo texto que la primera parte de la frase y además se refiere expresamente al derecho a la seguridad social.

en el "aumento de la prosperidad general" en el "principio de estado social", sino que se entiende como parte de la dignidad humana<sup>57</sup>.

Esta estrecha relación entre la seguridad social y económica, y la dignidad humana, así como al derecho de personalidad general se expresa en el art. 22 de la Carta de la ONU, en su segunda parte incluso más claramente.

Puesto que el artículo no sólo postula la seguridad social como meta material, sino que menciona los medios que debe aplicar el estado para su garantía ("medidas internas", la "cooperación internacional", así como la aplicación de la "organización del estado"), queda en evidencia el carácter institucional y organizativo estatal de este artículo. La carta de la ONU contiene así un **programa de organización y desarrollo** concreto del estado para la constitución de dichas instituciones que acompañen y garanticen en la práctica el desarrollo de la personalidad, de los derechos económicos y de la seguridad social.

Las tareas del notariado en el campo de la jurisdicción voluntaria se engloban en el derecho alemán bajo el postulado del carácter social del estado según el artículo 20, párrafo 1, de la ley fundamental<sup>58</sup>.

El postulado sobre el estado social requiere, según esto, en el derecho privado, equilibrar el inconveniente de la autonomía privada y la libertad contractual, que puede conducir en manos del experto legal y la parte contractual económicamente fuerte a la explotación, a la pérdida económica y, en última instancia, a la limitación de la libertad de la parte contractual sin experiencia legal y económicamente más débil. En este campo de tensiones, existe la función del notario como titular de la administración de justicia preventiva en la constitución de garantías de un orden regulado, seguro y pacífico de las relaciones jurídicas privadas<sup>59</sup>, en "la exploración y profilaxis de conflictos" de forma imparcial<sup>60</sup>, a través de lo cual se asegura la paz social de las personas

---

<sup>57</sup> von Münch/Kunig, Ley fundamental, art. 1, Rn 30, mwN; BVerwGE (Tribunal Administrativo Federal) 14, 294 (296 s); 69, 146 (154); BVerfGE 25, 307 (317 s).

<sup>58</sup> comp. Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notar und Gerichte (Administración de justicia preventiva por notario y tribunal) prólogo S.V., p. 1 ss; Langhein, Mitwirkung des Notars im Rahmen der nicht-streitigen (frewilligen) Gerichtsbarkeit (Colaboración del notario en el marco de la jurisdicción (voluntaria) no contenciosa), Informe alemán sobre el tema I del XX. Congreso de U.I.N.L., Cartagena 1992, p. 1; Baumann, Die öffentlichen und sozialen Funktionen der Notariate in den Ländern der Europäische Union (Funciones pública y social del notariado en los países de la Unión Europea), Notarius International 1996, 20 (22, 26 s); informe global del coordinador internacional Dr. Horst Heiner Helge sobre el Tema I del XXI. Congreso de UINL en Berlín, 1995, p. 17, 29 ss, 68 ss.

<sup>59</sup> Römer, Notariatsverfassung und Grundgesetz (Constitución del notariado y ley fundamental), p. 43

<sup>60</sup> Bohrer, Das Berufsrecht der Notare (Derecho profesional del notario), Munich 1991, p. 21 RZ 66

privadas entre ellas, así como también la relación de las personas privadas con el estado.<sup>61</sup>

c) Garantía de los derechos materiales directos

Los catálogos y acuerdos de derechos humanos fomentan finalmente derechos individuales materiales que se contemplan como particularmente esenciales del hombre. Un gran número de derechos humanos constituyen el campo central de actividad del notariado latino. Mediante su actividad de asistencia, asesoramiento y autorización, los notarios contribuyen diariamente a la realización, conservación y protección de estos derechos humanos:

aa) Matrimonio y familia / Marriage and Family / Mariage et Famille  
(Art. 16, párrafo 1, de la Carta ONU; art. 12 de ECHR; art. 23 de CCPR; art. 10, párrafo 1, de CESC).

Todos los artículos antes mencionados defienden en el mismo sentido y, en parte, con las mismas palabras, el derecho de los hombres y mujeres a "**casarse y formar una familia**" y subrayan que al "contraer matrimonio, durante el mismo y en su disolución tienen los mismos derechos y obligaciones". Además se recalca la necesidad del "acuerdo voluntario total y libre" de los dos futuros cónyuges para contraer matrimonio<sup>62</sup>.

Además, el art. 16, párrafo 3, de la Carta de la ONU, el art. 23, párrafo 1, de la CCPR y el art. 1 de la CESC contienen una garantía institucional especial<sup>63</sup> con relación a la **familia**, que "como núcleo natural y fundamental de la sociedad...exige el derecho de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado". El matrimonio y la formación de la familia constituyen esencialmente dos derechos humanos independientes, y el último implica en particular, el derecho a tener hijos y criarlos<sup>64</sup>.

Con la entrada en el estado del matrimonio, rige para los desposados un conjunto de normas del Derecho matrimonial y de familia, aprobadas por los legisladores, a la vez que se modifican las normas fundamentales del Derecho hereditario. El legislador no sólo ha regulado los requisitos legales para contraer matrimonio, sino que ha establecido todos los determinantes legales para la duración del mismo, así como las condiciones y normas para su disolución y las consecuencias legales de ésta. Sólo una minoría de los contrayentes de matrimonio conocen estas normas y las consecuencias legales y económicas del matrimonio y de una posible finalización de éste.

---

<sup>61</sup> Baumann, Das Amt des Notars - seine öffentliche und sozialen Funktionen, Mitteilung der Rheinischen Notarkammer (El cargo de notario: sus funciones públicas y sociales, Comunicación del colegio notarial del Rin), 1996, 1 (21).

<sup>62</sup> Falta en el ECHR, aunque es inherente a su fin de regulación, comp. Frowein/Peukert, EMRK, art. 12 Rn 4.

<sup>63</sup> igual en Nowak, CCPR, art. 23 Rn 1

<sup>64</sup> Frowein/Peukert, EMRK, art. 12 Rn 6

En los "acuerdos voluntarios y libres" exigidos de los futuros contrayentes no sólo se incluyen los requisitos emocionales y sociales, sino también el conocimiento y la valoración de las consecuencias legales y económicas del matrimonio, así como las posibilidades del derecho matrimonial de adaptar estas consecuencias a la situación social, económica y legal individual, contractualmente si procede.

El notario realiza una contribución esencial, mediante la declaración del Derecho de sucesión, de familia y matrimonial, el asesoramiento y la configuración del contrato, para asegurar y proteger la existencia legal del matrimonio y preservar a los contrayentes de consecuencias legales no deseadas. Un instrumento importante para ello es el **contrato matrimonial**<sup>65</sup>.

Los contratos matrimoniales (según el derecho civil alemán) pueden concluirse **antes del matrimonio**, entendido por los partícipes, en parte, como condición para ello, **durante el matrimonio**, para adaptar las condiciones económicas y legales de éste al estado de desarrollo presentado mientras tanto, como el denominado "**acuerdo de separación conyugal**", para garantizar el status-quo legal y económico en la fase de crisis matrimonial y distribuir moderadamente las consecuencias y riesgos de una posible separación definitiva, que pueda contribuir totalmente a una estabilización del matrimonio, finalmente como "**convenio regulador de divorcio**" para preparar un divorcio inminente concreto.

Los posibles temas de regulación de los contratos matrimoniales son (según el Derecho civil alemán) acuerdos sobre el estado del patrimonio matrimonial, sobre "la pensión compensatoria" (distribución de la futura previsión para la vejez, especialmente derechos de jubilación surgida durante el matrimonio), sobre la manutención del cónyuge y sobre la manutención de los niños. Otros temas, en los casos de divorcio, son el reparto de las ganancias económicas obtenidas durante el matrimonio y la asignación y reparto de bienes, las regulaciones relativas al domicilio conyugal, así como las propuestas sobre el derecho de custodia de hijos comunes.

Especial importancia tiene el "convenio regulador del divorcio": el Derecho procesal civil alemán pone a disposición de las partes un "**proceso de divorcio de mutuo acuerdo**" especialmente barato, rápido y fácil (art. 630 del código procesal civil), cuya ejecución requiere que la regulación contractual de las consecuencias esenciales del divorcio sea mediante escritura pública. Para estas cuestiones no es necesaria la decisión del tribunal de familia, cuya función se limita en lo posible al control del abuso y de la moral. En la práctica, los convenios reguladores de divorcio se preparan y escrituran notarialmente de un modo muy detallado, de modo que el tribunal de familia sólo tenga que

---

<sup>65</sup> comp. para ello en general Grziwotz, Ehe- und Familienrecht, Eheverträge, (Derecho matrimonial y familiar, contratos matrimoniales) en: Bech'sches Notarhandbuch (Manual del notario), 2ª ed. Munich 1997.

proceder respecto a los derechos de divorcio como tales, a la decisión sobre el derecho de custodia de los hijos del matrimonio y a la distribución de las expectativas de pensión público-jurídicas.

La asistencia y escrituración de los contratos matrimoniales entran dentro de las tareas más exigentes legales, económicas y sociales del notario. El desarrollo de las soluciones contractuales lleva con frecuencia una fuerte carga emocional y el notario actúa con frecuencia como mediador entre las partes. Paralelamente, el notario aporta mediante esta actividad su contribución a la protección de los derechos humanos de los cónyuges, así como a la protección del matrimonio y la familia como institución social.

Respecto a las tareas del notariado en el campo del Derecho familiar se debe mencionar además, las responsabilidades de autorización en el marco del proceso de adopción para las solicitudes de la misma, así como las declaraciones de consentimiento necesarias de los parientes y cónyuges partícipes en dicho proceso<sup>66</sup>. Las investigaciones sobre los efectos de la medicina reproductiva moderna<sup>67</sup> muestran que en el campo del Derecho de familia se producen nuevas tareas fundamentales para el notariado y que deben ser aceptadas por éste.

bb) Propiedad/Possessions/ Propriété

(art. 17 Carta de la ONU; art. 1 del primer protocolo adicional de la ECHR del 20.03.1952)

El art. 17 de la carta de la ONU se refiere a la protección de la propiedad, que ha tenido en cuenta la Convención europea sobre derechos humanos en su primer protocolo adicional.<sup>68</sup>

En los campos de aplicación más importantes del Derecho de la propiedad se incluyen **la propiedad y el derecho a los bienes inmuebles**<sup>69</sup>. El significado de la propiedad inmobiliaria para la sociedad se basa en que no se puede incrementar, en su valor como recurso empresarial para la economía y su desarrollo posterior, así como el valor relativo como medio de garantía de un crédito<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> sobre ello Ott, Aufgaben des Notars im Familien- und Erbrecht in: Das moderne Notariat (Funciones del notario en el derecho de familia y de sucesión en el notariado moderno); (ed. Colegio notarial federal) 1993, p. 137 ss (140); Grziwotz, en lugar indicado bajo Annahme als Kind (aceptación como hijo).

<sup>67</sup> Informe general del coordinador internacional sobre el Tema 3 del XXI. Congreso de U.I.N.L. en Berlín, 1995 "Moderne Fortpflanzungsmedizin und ihre Auswirkungen in Familien- und Erbrecht" (Medicina de reproducción moderna y sus consecuencias en el derecho de familia y de sucesión).

<sup>68</sup> Zur Entstehungsgeschichte (Sobre la génesis) Frowein/Peukert, EMRK, art. 1 del ZP Rn 1.

<sup>69</sup> comp. von Münch/Bryde, Ley fundamental, art. 14 Rn 14.

<sup>70</sup> comp. para ello el 4º Tema del XXI. Congreso del U.I.N.L.: "Neue Wege der Kreditsicherung in der notariellen Praxis" (Nuevos modos de garantías de créditos en la práctica notarial).

La importancia económica y social de la propiedad inmobiliaria ha conducido a que ésta se registre, en muchos países con un sistema legal civil escrito, en registros públicos o inmobiliarios y que se deba inscribir el cambio de propiedad, así como la motivación y modificación de todos los derechos de la propiedad inmobiliaria en los registros públicos e inmobiliarios. *Hoffmeister* indicó que de las garantías constitucionales de la propiedad y del Derecho internacional se deriva una demanda organizativa al estado, para que se constituyan en forma judicial los registros inmobiliarios en la competencia de la jurisdicción civil (preventiva). Sólo de este modo, y no mediante el registro catastral en las autoridades municipales clasificadas como administrativas, se consigue la garantía material de la propiedad que se exige a través de los catálogos y acuerdos de derechos humanos del Derecho internacional<sup>71</sup>.

En este sistema legal, el **Derecho procesal** vigente para la inscripción en el registro de la propiedad e inmobiliario prescribe la certificación notarial de todas las solicitudes presentadas en estos registros. Además, el **Derecho civil material** de numerosos países, requiere la escrituración o certificación notarial de la motivación y modificación de los derechos sobre la propiedad inmobiliaria para que los actos jurídicos sean válidos. En estos casos, en algunos sistemas legales civiles se deben autenticar notarialmente dichos contratos, los cuales contienen solamente una obligación sobre la transmisión de la propiedad inmobiliaria.

Con ello, se le otorga al notariado un papel clave para la garantía de la exactitud de los registros inmobiliarios, así como la asesoría y protección legal de las partes. La función social de esta tarea del notariado se pone en evidencia en la certificación de contratos de compraventa en los que el comprador adquiere una propiedad para cubrir las necesidades propias y familiares de vivienda. No existe otro contrato en la vida del ciudadano normal que tenga como consecuencia obligaciones financieras y a largo plazo. Con la preparación, certificación y desarrollo de los contratos de propiedad, así como del derecho de prenda hipotecaria necesario para la seguridad de crédito, el notariado se hace cargo de importantes funciones de protección en relación con todos los implicados en este proceso: vendedor, comprador, cedente relevado del vendedor y el precio de compra del cesionario financiero del comprador; pero el notario es, especialmente para el comprador, un acompañante indispensable en este importante paso para su desarrollo personal, social y económico.

La propiedad de **establecimiento industrial** o **empresarial**, así como la participación en la misma tiene el mismo gran valor relativo que la propiedad inmobiliaria dentro del Derecho de la propiedad<sup>72</sup>. El sistema legal civil de los

---

<sup>71</sup> Hoffmeister, *Das moderne Grundbuch* (El registro inmobiliario moderno), Viena 1992, p. 24 ss, así como Adamovich *ÖNotZ* 1992, 39; Behrens en: *Das moderne Notariat* (El notariado moderno), p. 89.

<sup>72</sup> von Münch/Bryde, *Ley Fundamental*, art. 14, Rn 18 s, 22.

países con notariado latino asigna al notario un papel clave, parecido al que le otorga el Derecho de la propiedad, en la creación, modificación y traspaso de empresas. Las solicitudes para la inscripción en los registros públicos empresarial o mercantil necesitan de nuevas certificaciones notariales para el proceso. Las tareas esenciales del notario en el Derecho mercantil y de sociedades comienzan con el asesoramiento sobre la elección de la forma legal adecuada y, debido a las obligaciones de certificación correspondientes al Derecho de sociedades de capital, estas tareas van desde las escrituras correspondientes a la creación de la empresa, a las modificaciones y transformaciones en el curso del desarrollo empresarial, la sucesión empresarial, especialmente, en relación con el cambio generacional familiar, hasta la venta de la empresa o la terminación y disolución registral de la misma<sup>73</sup>.

El notariado alemán ha experimentado un significativo aumento de sus tareas en 1993 con la entrada en vigor de la nueva ley de transformación y de transformación impositiva que facilita el cambio de la forma legal de la empresa sin que cambie de identidad del sujeto de la empresa, de modo que no sean necesarias la transferencia de valores patrimoniales individuales ni las modificaciones de las relaciones contractuales existentes con terceros, ni las desventajas fiscales de una transferencia empresarial o patrimonial o de finalización de la empresa. De conformidad con la nueva regulación legal, los contratos y declaraciones de forma legal de la empresa, necesarios para la transformación necesitan generalmente su escrituración notarial para tener efecto.<sup>74</sup>

También en el Derecho mercantil, de sociedades y empresarial, el notariado asume un papel clave, por un lado, para la aceptación de los derechos de propiedad de las personas dirigidos a la creación y dirección de empresas, así como también, para la protección y conservación de la propiedad empresarial como institución social.

No se hace mención expresa en los artículos dedicados a la protección de la propiedad de la Carta de la ONU y de la ECHR al **Derecho de herencia**, que debe ser garantizado de la misma manera para el testador, como forma especial de disponibilidad sobre la propiedad, y para el heredero. Según el criterio conforme al Derecho internacional y al Derecho constitucional nacional, el derecho de herencia, aunque englobado en el Derecho de propiedad general, está protegido por las regulaciones pertinentes del Derecho internacional o derecho constitucional nacional<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> sobre ello Böse, Das Handelsregister (El registro mercantil) en: Das moderne Notariat (El notariado moderno) p. 109 ss.

<sup>74</sup> Perspectiva general en Limmer, Umwandlungs- und Umwandlungssteuergesetz, 1993 (ley de transformación e impositiva de transformación).

<sup>75</sup> Frowein/Peukert, EMRK art. 1 del 1. ZP Rn 9; "Marckx" GH 31, 21 cif. 50 EuGRZ 1979; 454 (460s); von Münch/Bryde, Ley fundamental, art. 14, Rn 45.

La contribución aportada por el notariado para la consecución de los derechos humanos se pone en evidencia en las tareas de certificación para testamentos y contratos sucesorios, solicitudes de otorgamiento de certificados de sucesión y autos de autorización de albacea, elaboración de inventarios sucesorios, así como finalmente en los conflictos de sucesión, escrituración de transmisiones de partes de herencias o compra de herencia, así como declaraciones de renuncia sucesoria o de renunciaciones a legítima.<sup>76</sup>

cc) Libertad de asociación/Freedom of Association /Liberté d'association  
(art. 20 de la Carta de la ONU/ art. 11 de ECHR, art. 22, ap. 1, de CCPR)

Entre los artículos antes mencionados, se incluyen entre otros los dedicados a la libertad de asociación, a la que toda persona tiene derecho "...con fines pacíficos..."

Las asociaciones privadas que, como sociedad inscrita, tienen la categoría de personalidad legal jurídico-privada y para cuya obtención han sido inscritas en un registro público de asociaciones, aportan una contribución bastante importante al desarrollo social y cultural de la sociedad.

Puesto que el Derecho procesal también prescribe la presentación de instancias en forma autorizada pública de todas las inscripciones en el registro de asociaciones, el notariado ocupa de nuevo el primer puesto para la asesoría y configuración de los estatutos en la constitución de la asociación, para la garantía de la exactitud del registro de asociaciones y para la asesoría legal de todas las modificaciones a inscribir en el registro de asociaciones en el transcurso de la vida de la asociación y hasta la disolución de la misma.<sup>77</sup>

dd) Asistencia social  
(Art. 25 de Carta de la ONU; art. 24 de CCPR; art. 10 de CDESCR)

En el artículo 25 de la Carta de la ONU se formulan los derechos especiales del ser humano a la asistencia social. Bajo este título se engloban, conforme al artículo 25, párrafo 1, 2ª parte, entre otros, el derecho a la seguridad en caso de enfermedad, invalidez, viudez y vejez. El art. 25, párrafo 2, se refiere a la madre e hijo, el "derecho a cuidados y apoyos especiales", además, los niños nacidos de matrimonio o fuera del mismo, tienen "derecho a igual protección social".

El art. 24 de CCPR y el art. 10, par. 3, de CDESCR contienen garantías parecidas para el niño; el art. 10, par. 2, de CDESCR exige, además, la protección adicional social y laboral de la madre antes y después del nacimiento.

---

<sup>76</sup> comp. Ott, en lugar indicado, p. 140 ss, esto se trata también en Parte III 5.

<sup>77</sup> Sobre las tareas del notario en el Derecho de asociaciones alemán comp. Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Formulario y práctica de la jurisdicción voluntaria).

Bajo el concepto general de "asistencia social", se incluyen en principio la garantía de un nivel de vida material mínimo en el marco de la asistencia social; con el "derecho a la seguridad, ayuda y protección"; en los grupos enumerados de casos se vuelven a mencionar las tareas concretas del notariado:

En lo que concierne al derecho a la seguridad en caso de enfermedad, invalidez y vejez, en Alemania con la reforma del derecho de tutela y curatela para los mayores de edad en el año 1992 ("ley de asistencia"), la autorización de los denominados "**poderes de previsión**" se ha convertido en una tarea casi diaria del notario. Mediante estos poderes, se otorga a una persona de confianza un poder jurídico-negocial para asistir en todos los campos de la vida personal, económica y legal (incluida la decisión sobre tratamiento médico, así como hospitalización o entrada en un asilo) y convalida expresamente el poder para el caso de enfermedad, incapacidad negociadora y muerte. El poder se asegurará con regularidad internamente mediante instrucciones de comportamiento vinculantes autorizadas del otorgante a la persona asistida.

La razón jurídico civil para el atractivo de estos poderes preventivos reside en que, según el nuevo artículo 1896, párrafo 2, del Código civil, no se puede producir la designación de un asistente a través del tribunal tutelar para una persona que esté discapacitada por enfermedad, invalidez o vejez, si existe un poder negocial del afectado para el campo de vida que concierna. Aunque la ley no prescribe ninguna forma especial para el poder de prevención, no obstante, en el fundamento legal se indican las ventajas de una forma escrita y, en particular, de la escrituración notarial; cuando la propiedad inmueble pertenezca al patrimonio del mandante, entonces se exigirá de forma obligatoria la escrituración o certificación notarial<sup>78</sup>.

Los denominados "**contratos de sustento vitalicio**" o "**contratos de asistencia**", han servido desde siempre para proporcionar seguridad en caso de vejez, enfermedad e invalidez; con ellos, los padres o la parte enviudada, a una edad avanzada, aseguran contractualmente mediante documento notarial las necesidades vitales individuales respecto a la transmisión de objetos del patrimonio, en general propiedades inmuebles, a los parientes de la siguiente generación, normalmente uno o más hijos: esto se produce mediante el fundamento de los derechos contractuales de asistencia y cuidado, así como, en su caso, renta monetaria, reserva de derechos de utilización de la propiedad transferida, ya sea usufructo de todo el objeto o derecho a vivienda en espacios individuales, así como finalmente derechos de retransmisión de los padres para

---

<sup>78</sup> Cypionka, Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die Praxis des Notars (El efecto de la ley de asistencia sobre la práctica del notario); DNotZ (Revista del notariado alemán) 1991, 571 ss (573), Gesetzesbegründung Bundestagsdrucksache (Boletín Oficial de las Cortes sobre fundamento legal) 11/4528, p. 122.

determinadas situaciones de riesgo. Regularmente se aseguran en el registro de la propiedad los derechos de reserva y contrapretensión de los padres.<sup>79</sup>

Los riesgos de viudedad se aseguran finalmente desde siempre mediante notario en los **Testamentos y contratos sucesorios**, mediante los cuales se efectúa el traspaso del patrimonio al cónyuge enviudado o el fundamento del derecho sucesorio de derechos para la cobertura del cónyuge enviudado frente a otros herederos diferentes. Aquí se debe hacer una mención especial a la posibilidad que ofrece el Derecho de familia y sucesorio en relación con la protección de los derechos del niño, de que los padres puedan designar al **tutor o guarda de los bienes del hijo** en forma de disposición de última voluntad para el caso de su muerte; además, se puede disponer el cuidado y administración de los bienes sucesorios por parte de una persona de confianza competente en interés de los hijos con la disposición de una **ejecución testamentaria**.

## **Parte II: Concepto y protección de los derechos humanos en la ley fundamental de Bonn para la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949**

La ley fundamental de Bonn sólo es 5 meses anterior a la Carta de los derechos humanos de la ONU y, con ello, es la primera Constitución occidental vigente después de su aprobación<sup>80</sup>. Bajo la impresión del terror del Tercer Reich y la segunda guerra mundial, se han establecido y protegido los derechos humanos de una manera especialmente clara en la ley fundamental de Bonn:<sup>81</sup>

Conforme al Preámbulo, la sección I. de la ley fundamental está dedicada a los derechos fundamentales. Esta sección contiene el catálogo de derechos fundamentales protegidos constitucionalmente en los artículos 1 a 19. Las peticiones institucionales a la justicia se establecen de forma autónoma en la sección IX de la Ley fundamental, art. 92 ss.

A continuación, se presentarán aquellas normas, que contienen **obligaciones generales sobre los derechos humanos** (1.), acto seguido aquellos artículos que cambian los **principios fundamentales generales** tratados en la Parte I de los acuerdos de protección de derechos humanos internacionales al marco constitucional nacional (2.). Después los **principios organizativos estatales y garantías de procesos de justicia** importantes para el notariado (3.), y finalmente se presentan aquellos **derechos fundamentales individuales**, a cuyo establecimiento práctico ha contribuido el notario con sus funciones (4.).

---

<sup>79</sup> comp. para ello el estudio comparativo legal del grupo de trabajo "Tasc Force U.I.N.L./Law Society": Lifetime transfer of real state (Equipo de trabajo UINL/Sociedad legal: Transferencia en vida de la propiedad) 1998 (previsto para la publicación en I.R.E.N.E. Luxemburgo).

<sup>80</sup> von Münch/Kunig, Ley fundamental, art. 1, Rn 43

<sup>81</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte (Derechos fundamentales), Staatsrecht II (Derechos estatales), Heidelberg 1985, Rn 397

## 1. Obligaciones generales sobre los derechos humanos

### a) Preámbulo

De acuerdo con el preámbulo, "...el pueblo alemán...se compromete en consciencia con esta ley fundamental dada... a asumir su responsabilidad ante Dios y ante los hombres de servir como miembro, con los mismos derechos, a la paz del mundo en una Europa unida".

Mediante la declaración de su **responsabilidad ante Dios y ante los hombres**, se refuerzan las relaciones sobrepositivas del derecho y se otorga un rechazo continuo a cualquier absolutismo del poder del Estado, así como a todo modelo estatal totalitario<sup>82</sup>. Con la 2ª mitad del preámbulo, se subraya la integración del Estado constituido por la ley fundamental en el orden del Derecho internacional<sup>83</sup>, a la vez la Constitución alemana asume la integración política y económica en una Europa unida.<sup>84</sup>

### b) Dignidad humana y derechos humanos, art. 1 de la Ley fundamental.

El primer artículo de la Constitución alemana establece ya expresamente los derechos humanos y compromete a todos los poderes del Estado a respetar la dignidad humana:

Conforme al art. 1, párrafo 1, "la dignidad del hombre es inviolable y es obligación de todos los poderes estatales observarla y protegerla".

En el párrafo 2, "el pueblo alemán asume los derechos humanos inalienables e inviolables como base de toda comunidad humana, a la paz y a la justicia en el mundo".

Con la declaración proclamada sobre los **derechos humanos**, la ley fundamental se vincula en principio con los modelos de los documentos alemanes de protección de los derechos humanos del siglo XVIII<sup>85</sup>; a la vez que con la consecución de los valores fundamentales de la comunidad de Derecho internacional constituidos poco antes en la Carta de los derechos humanos de la ONU por las Naciones Unidas, que se designa como "herencia ultramoderna, europeo-atlántica" de los padres de la constitución<sup>86</sup>. El compromiso de la Constitución alemana con los derechos humanos no se limita simplemente al "status-quo" del año 1948, sino que se entiende como **referencia dinámica y duradera** para el desarrollo posterior del concepto de los derechos humanos<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> von Münch, Ley fundamental, Preámbulo Rn 8.

<sup>83</sup> von Münch, Ley fundamental, Preámbulo Rn 12.

<sup>84</sup> von Münch, Ley fundamental, Preámbulo, Rn 13.

<sup>85</sup> comp. Pieroth/Schlink, Derechos fundamentales, Rn 32-44

<sup>86</sup> von Münch/Kunig, Ley fundamental, art. 1 Rn 43 mwN.

<sup>87</sup> Podlich, Alternativkommentar zum Grundgesetz (AK-GG) (Comentarios alternativos sobre la Ley fundamental), art. 1, Rn 11; von Münch/Kunig Ley fundamental, art. 1, Rn 44.

La protección de la **dignidad humana** no sólo se deriva constitucionalmente de su art. 1, expresamente dedicado a la misma, sino que está rodeada por las decisiones fundamentales de la Constitución para el principio del Estado de derecho, el principio del Estado social y de la demanda de igualdad<sup>88</sup>, cuya relación con el notariado se puso en evidencia en la Parte I. Respecto al contenido y al campo de protección de la dignidad humana, se hace referencia en principio a los valores tradicionales filosóficos, es decir, a *Kant* y a las *teorías del Derecho natural cristiano*<sup>89</sup>, a continuación se resalta que el hombre individual es el único que determina el contenido de su dignidad. Bajo este aspecto, es decisiva para la protección de la dignidad humana la **capacidad del hombre para autodeterminar su propio comportamiento**<sup>90</sup>.

Para la **misión del notariado**, es importante que la Constitución proteja la dignidad humana, no sólo ante perjuicios, mediante los poderes estatales, sino también ante amenazas de otras partes, sobre todo, por parte de personas y fuerzas privadas<sup>91</sup>. Como instrumento de protección primario contra esto, se considera la declaración preventiva organizada por el Estado e información del ciudadano, y de esto se desprende una "demanda de información en este área"<sup>92</sup>. De interés es, finalmente, que la dignidad del hombre representa también la raíz ideológica de las garantías de procedimiento jurídico-estatal, del que se deriva la demanda para la elaboración de las normas procesales, que ofrece a los individuos la posibilidad del ejercicio real de sus derechos humanos<sup>93</sup>.

La relación entre dignidad humana y la misión del notariado está por ello próxima: el notario procura mediante la declaración de prevención obligatoria para él, información y asesoría, cuyo procedimiento establece el Estado mediante el Derecho profesional y el Derecho de escrituración, de la persona en relación con el Derecho privado para que entienda y sopesa los fundamentos de la decisión, significativos para la aceptación autorresponsable de su libertad contractual en casos concretos. Al mismo tiempo, la imparcialidad del notario asegura la igualdad de oportunidades frente a un socio contractual más fuerte y protege los respectivos derechos humanos que pueden verse afectados por perjuicios por parte privada.

---

<sup>88</sup> Podlich, AK-GG, art. 1, par. 1, Rn 17 ss; Pieroth/Schlink, Derechos fundamentales, Rn 401, 406-410.

<sup>89</sup> comp. Nipperdrey, Die Grundrechte II (Derechos fundamentales), p.1, Vitzthum, JZ 1985, 201-205 s; Denninger, JZ 1982, 225.

<sup>90</sup> Luhmann, Grundrechte als Institution (Derechos fundamentales como institución), 1965 p. 53 ss; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 401.

<sup>91</sup> Dürig en: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz (Ley fundamental), art. 1, Rn 3; BVerfGE 1, 97 (104)

<sup>92</sup> comp. von Münch/Künig, Ley fundamental, art. 1 Rn 31

<sup>93</sup> Pieroth/Schlink, Derechos fundamentales, Rn. 409

- c) Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales art. 19 de la Ley fundamental.

Como complemento de la protección de los derechos fundamentales esenciales, el art. 19, párrafo 1, determina que los derechos fundamentales "...sólo pueden limitarse mediante la ley o por ley". El art. 19, párrafo 2, determina que "no se puede tocar de ningún modo el contenido esencial de un derecho fundamental".

El art. 19, párrafo 2, contiene una garantía de contenido esencial, que encuentra aplicación no sólo cuando se produce un acto agravante concreto contra los derechos fundamentales, sino que se aplica a todos los casos en que se pone en peligro la esencia del derecho fundamental<sup>94</sup>. La garantía del contenido esencial, que vincula a todos los poderes estatales, es parte de un sistema de protección, que el legislador constitucional ha establecido más allá de las garantías de los derechos fundamentales individuales para prevenir de forma duradera una consunción de los derechos fundamentales.

- d) Garantías de perpetuidad para los derechos fundamentales, art. 79, párrafo 3, Ley fundamental

La denominada "garantía de perpetuidad" del art. 79, párrafo 3, contiene una importante seguridad eminente del derecho constitucional de la inviolabilidad de los derechos humanos:

Según ésta, "no está permitida la modificación de la ley fundamental... que afecte a los principios fundamentales establecidos en los artículos 1 y 20". Por ello, no es posible realizar modificación constitucional alguna, sin importar la mayoría a favor, de la protección de la dignidad humana y de los derechos humanos establecida en el artículo 1 ni a los principios del Estado de derecho, principios del Estado social y Democracia establecidos en el art. 20. De acuerdo con la voluntad de los padres de la Constitución, se debe evitar para siempre mediante esta disposición la supresión constitucional legal, según el modelo de 1933, y empujar a la ilegalidad a los enemigos de la Constitución. Ni en la historia de la Constitución alemana ni en el Derecho constitucional extranjero hay ejemplos o paralelismo sobre una protección de este tipo tan fuerte de los derechos humanos y principios fundamentales estructurales del estado<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> von Münch/Krebs, Ley fundamental, art. 19, Rn 19

<sup>95</sup> Evers, Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Comentario de Bonn sobre la ley fundamental) 2a. ed. art. 79 Rn 23 ss, 26 ss, Bryde, Verfassungsentwicklung (Desarrollo constitucional), 1982, p. 49 ss.

## 2. Principios fundamentales generales

a) La validez del principio del Estado de derecho se deriva en la Constitución alemana en general del art. 20, que en el párrafo 1 garantiza la separación de los poderes públicos y en el párrafo 3 dispone la vinculación constitucional y legal de todos los poderes estatales.<sup>96</sup>

b) La adhesión al progreso social se encuentra en la ley fundamental, art. 20, párrafo 1, que define la República Federal Alemana como estado federado social y democrático. Esta determinación de estado social supone una innovación en la historia constitucional alemana<sup>97</sup>, y significa un alejamiento del estado de derecho liberal-civil, que era solamente un " estado de preservación de Derecho" y que aseguraba exclusivamente la distribución de bienes existentes<sup>98</sup>. Con la cláusula del estado social, el legislador está llamado a partir de ahora a una configuración activa del orden social. Con lo cual, la previsión de las condiciones de existencia del ciudadano (denominada "procura existencial"<sup>99</sup>) y la creación de los requisitos esenciales para el desarrollo de la libertad del ciudadano se convierten en tarea del Estado, que también debe preocuparse de la reducción de las injusticias sociales y de la protección de los más débiles social y económicamente<sup>100</sup>. En la anterior literatura del Derecho constitucional se mencionan como nuevas exigencias para el Estado social la "Estructuración del estado social del Derecho privado"<sup>101</sup>.

c) El principio de igualdad establecido en el art. 3 de la Ley fundamental

Entre los deberes derivados del principio de igualdad, son importantes para el notariado la **igualdad de armas** en los procesos civiles, la **igualdad de oportunidades**, así como la **igualdad de protección legal** en el requerimiento de la administración de justicia.

Por **igualdad de armas** se entiende la equivalencia de la posición procesal de las partes ante el juez en la jurisdicción civil en litigio. Éste debe garantizar la misma posición de las partes mediante la misma audiencia, un tratamiento objetivo y justo, la imparcialidad frente a su exposición y a sus intereses, así como la imparcialidad en la aplicación del Derecho.<sup>102</sup> Estos principios y

---

<sup>96</sup> von Münch/Schnapp, Ley fundamental, art. 20 Rn 21.

<sup>97</sup> von Münch/Schnapp, Ley fundamental, art. 20 Rn 16.

<sup>98</sup> Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Comentario sobre la ley fundamental) art. 90 Rn 49.

<sup>99</sup> sobre ello Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht (Derecho estatal alemán) artículo 13 I. 3.

<sup>100</sup> Stern, Staatsrecht (derecho del Estado) Banda I, artículo 21 I.4d; von Münch/Schnapp, Ley fundamental, art. 20, Rn 17, 18, BVerfGE 5, 85 (198); 8,274 (329); BSGE (Tribunal social federal) 10, 97 (100).

<sup>101</sup> comp. von Münch/Schnapp, Ley fundamental, Art. 20 Rn 18; Stern, Staatsrecht Banda I. artículo 21 II. 3..

<sup>102</sup> BVerfGE fundamental 52, 131; von Münch/Gubelt, Ley fundamental, art. 3, Rn 46.

obligaciones rigen de forma ilimitada también para el notario en sus tareas que sirven para evitar el proceso en la administración de justicia preventiva.

La **relización** de la **igualdad de oportunidad** requiere mecanismos muy diferentes según el área de vida al que concierna:<sup>103</sup> mientras que en muchas áreas, ésta exige al Estado un tratamiento igual, absolutamente formal y esquemático, del ciudadano y prohíbe cualquier intervención que la corrija, por ej. concursos económicos u organización y ejecución de exámenes estatales, en otras áreas se exige la intervención controladora y asistente para procurar la igualdad de oportunidades en vez del tratamiento de igualdad esquemático. El deber de igual tratamiento se complementa y corrige así constitucionalmente mediante los objetivos de diferenciación del principio de Estado social. El principio de igualdad y el principio de estado social no son excluyentes sino principios constitucionales complementarios<sup>104</sup>. La necesidad de "diferenciación y equilibrio socialmente justo " adquiere una especial importancia en la consecución de las posiciones legales civiles de la jurisdicción organizativa estatal:

En el campo de la jurisdicción civil litigiosa, el juez está obligado a observar la igualdad de oportunidades procesales para la parte del proceso menos versada legalmente, por ej. la parte no representada por un abogado frente a la parte representada por abogado, y tenerlo en cuenta mediante más información e indicaciones procesales. En el campo de la administración de justicia preventiva, esto es, en el campo de las funciones del notario, la necesidad de una investigación de intereses, una igualdad de interés y declaraciones asistenciales justas para las partes más débiles se convertirá en una necesidad procesal dominante, sólo mediante dicha observación se puede cumplir la función del notario<sup>105</sup>. En el Derecho documental alemán, esto se muestra en el art. 17 de la ley de escrituración, en virtud de la cual el notario debe observar que "no se perjudique a los partícipes inexpertos y sin habilidad"<sup>106</sup>

Finalmente, la **igualdad de protección de derechos** requiere que los costes procesales para el partícipe económicamente más débil no constituya un obstáculo de acceso para el requerimiento de la justicia, ya sea de la justicia litigiosa o preventiva. Por tanto, se deben garantizar ayudas para los costes procesales, o reducciones o rebajas de los costes de procedimiento notarial,

---

<sup>103</sup> comp. en general la perspectiva general von Münch/Gubelt, Ley fundamental, art. 3 Rn 65 ss.

<sup>104</sup> von Münch/Gubelt, Ley fundamental, art. 3 Rn 69; Schoch, Der Gleichheitssatz (El principio de igualdad), DVBL. 1988, 863 (869)

<sup>105</sup> Huhn/v.Schuckmann, BeurkG (Ley de escrituración), 2a ed. 1987, art. 17 Rn 20; Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit (Jurisdicción voluntaria) Parte B, 13. ed. 1997, BeurkG art. 17 Rn 43; Jerschke, Die Wirklichkeit als Muster - der richtige Weg zum gerechten Vertrag (La realidad como modelo: el camino correcto para el contrato justo) DNotZ (Revista del notariado alemán) 1989 p. 21 ss (23, 26, 31).

<sup>106</sup> más detalles en Parte III. 4.

para aquéllos que no puedan afrontar los costes procesales con sus propios medios<sup>107</sup>.

### 3. Principios organizativos estatales y garantías procesales de justicia

a) El derecho postulado en el art. 8 de la Carta de los derechos humanos de la ONU sobre protección legal efectiva afianza en la ley fundamental las garantías respecto a las vías jurídicas del art. 19, párrafo 4, según el cual, "...todos...tienen acceso a las vías jurídicas ...", "...cuando sus derechos sean violados por el poder público". En la teoría constitucional alemana, se observan las garantías de las vías jurídicas como derecho fundamental verdadero y autónomo<sup>108</sup>.

Esta garantía contiene una obligación de garantía de justicia estatal general<sup>109</sup>. El legislador es libre en la configuración de la protección legal, pero se debe orientar en las exigencias del área del Derecho pertinente<sup>110</sup>.

Una protección legal efectiva significa una protección legal a tiempo. Por ello se conveniente constitucionalmente su cambio previo temporal mediante "**protección legal preventiva**", en los casos en que la protección del derecho posterior "clásico" llegue demasiado tarde para excluir las violaciones legales y evitar los perjuicios irreversibles en materias legales esenciales<sup>111</sup>.

Entre la protección legal preventiva y las previsoras no hay mucha más diferencia: el notariado desarrolla su función de protección legal, conforme a su naturaleza, fuera de amenazas legales graves, incluso temporalmente un poco antes. Sin embargo, no se puede desprender ninguna opción para un determinado modelo de protección legal de las garantías respecto a las vías judiciales del art. 19<sup>112</sup>. Pero en un sistema de protección legal moderno, orientado hacia el estado social, el notariado está asegurado constitucionalmente como titular de una función de protección del derecho aplicada previamente, para garantizar los derechos humanos civiles mucho antes de la ejecución legal litigiosa o para defender las violaciones del Derecho presentadas. El Estado tiene también derecho, para lograr estos objetivos de protección legal, a imponer al ciudadano la obligación de consultar al notario, a reconocer como efectivos determinados contratos sólo con escrituración notarial y a abrir el proceso de inscripción en los registros públicos sólo en caso de solicitud certificada notarialmente.

---

<sup>107</sup> más detalles en Parte III. 3. c) cc).

<sup>108</sup> von Münch/Krätz, Ley fundamental, art. 19, Rn. 2

<sup>109</sup> Schmidt/Aßmann en: Maunz-Dürich Herzog, Ley fundamental, art. 19, Rn 16, BVerfGE 54, 277 (292)

<sup>110</sup> comp. Schenke, Bonner Kommentar zum GG (BK) [Comentario de Bonn sobre la ley fundamental (BK)], art. 19, Rn 58 s.

<sup>111</sup> von Münch/Krebs, Ley fundamental, art. 19, Rn 64, Schenke, BK, art. 19, Rn 422; Schmidt-Aßmann, en lugar indicado, art. 19, Rn 278.

<sup>112</sup> comp. von MÜch/Krebs, en lugar indicado, también BVerfGE 150, 268 (285s).

b) El artículo 92 de la Ley fundamental contiene la denominada reserva de juez. Según este artículo, sólo se puede encargar el poder legal a los jueces. Para ello, la Constitución también permite al legislador asignar al juez tareas fuera de la jurisprudencia clásica, como ha sucedido, sobre todo, con la transferencia de una serie de funciones en el campo de la jurisdicción voluntaria<sup>113</sup>. De la protección constitucional de la función del juez se deriva de nuevo, que, en esta otra tarea judicial, el legislador deba dotar el proceso de todas las garantías constitucionales del procedimiento judicial<sup>114</sup>. Una vez que el legislador haya asignado de nuevo una gran parte de las tareas de la jurisdicción voluntaria al notario, será necesario volver a ajustar el status y las obligaciones del notario con las del juez<sup>115</sup>.

c) El art. 97 de la Ley fundamental garantiza la independencia del juez, que "sólo está sometido a la ley" y lo mismo rige para el notario.

d) El art. 103, par. 1, de la Ley fundamental establece la garantía de una audiencia legal. De este derecho fundamental de justicia, se desprenden de nuevo las necesidades de "un ejercicio del juicio objetivo y justo" ("fair trial"<sup>116</sup>), "la aplicación legal equitativa" e "imparcial", y la "igualdad de armas en el proceso", que engloba la "equivalencia de la posición procesal de las partes"<sup>117</sup>. Estas exigencias están además en estrecha relación con la protección de la dignidad humana de acuerdo con el art. 1, párrafo 1, de la Ley fundamental, con la necesidad del Estado de derecho y el principio de igualdad general<sup>118</sup>.

### 3. Derechos fundamentales materiales

#### a) Derecho de personalidad general art. 2 I de la Ley fundamental

Conforme al art. 2, párrafo 1, "todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad (siempre que no transgreda los derechos de los demás y no vaya contra las disposiciones constitucionales y la ley moral)". El derecho al libre desarrollo de la personalidad está relacionado con la garantía de la dignidad humana antes mencionada del art. 1, párrafo 1, de la Ley fundamental<sup>119</sup>, concretado por la jurisprudencia constitucional en un derecho fundamental tácito, el "derecho a la personalidad general"<sup>120</sup>, que se aplica como "derecho

---

<sup>113</sup> BVerfGE 21, 189 (144).

<sup>114</sup> BVerfGE 25, 366 (345 s); von Münch/Meyer, Ley fundamental, art. 92, Rn 14.

<sup>115</sup> comp. Odersky, Gerichte und Notariat (Tribunales y notariado), DNotZ 1994, p. 7 ss.

<sup>116</sup> Nowak, CCPR, art. 14 Rn 3519 ss; Drowein/Peukert, EMRK, art. 6 Rn 71 ss.

<sup>117</sup> von Münch/Kunig, ley fundamental, art. 103 Rn 3, BVerfGE 52, 31 (156s), además véase arriba en 2.d)

<sup>118</sup> Schmidt-Bleibtreu/Klein, Ley fundamental, art. 103 Rn 2; von Münch/Kunig en lugar indicado; BVerfGE 55, 1 (5 s); BGHZ 118, 312 (321).

<sup>119</sup> véase arriba bajo II. 1. b)

<sup>120</sup> von Münch/Kunig, Ley fundamental, art. 2 Rn. 1

fundamental de captación" en las lagunas de la protección de derechos fundamentales constitucionales<sup>121</sup>.

Para el notariado, es importante que la libertad contractual esté protegida también constitucionalmente, como una de las puntualizaciones del derecho de personalidad general mediante el art. 2, párrafo 1, de la Ley fundamental<sup>122</sup>. Según esto, se entiende el derecho del individuo a configurar sus relaciones de la vida mediante contratos bajo su propia responsabilidad<sup>123</sup>.

El Estado debe prevenir mediante disposiciones legales y administrativas los agravios al derecho de personalidad en general por parte de terceros<sup>124</sup>. Esto se produce sobre todo mediante el Derecho civil respecto a la libertad contractual<sup>125</sup>.

El Derecho civil está, por su lado, dominado por el principio de la libertad contractual como forma de expresión principal de la autonomía privada. La libertad contractual está sometida a su vez a los límites de la normativa conforme a la Constitución. De esta forma, se intenta hacer frente a las desigualdades sociales y económicas para que la autodeterminación de uno no produzca la limitación de la libertad del otro. Esta obligación del legislador se desprende de las cláusulas relativas al estado social de la ley fundamental<sup>126</sup>. Por ello, como correctivo de la libertad contractual es válida la exigencia de garantizar la **justicia contractual**. Ésta se considera amenazada, sobre todo, en los casos en que una de las partes del contrato tiene mayor peso económico o intelectual<sup>127</sup>.

Para garantizar la justicia contractual en un orden jurídico del estado social, existen tres mecanismos en el Derecho civil:

En primer lugar, se reconoció en general, con la denominada "**Teoría de efecto hacia terceros de los derechos fundamentales**", que los derechos fundamentales, por los artículos generales del Derecho civil, sobre todo, la necesidad de aceptación de la moral y el orden (artículo 138, 826 CC) y el compromiso general de lealtad y buena fe (artículo 242 CC), tienen su efecto en

---

<sup>121</sup> jurisprudencia continua, comp. por ej. BVerfGE 1, 7/8; 6, 32 ss; 77, 84/118; 80, 37/157; para función de captación y supletoriedad de este derecho fundamental Jarass/Pieroth, Rn 2; Erichsen, en lugar indicado art. 152 Rn 1; Stern, Staatsrecht (Derecho estatal) Banda III/1 1988 art. 90 V 4 c.

<sup>122</sup> comp. BVerfGE 8, 274/328; 70, 115/123; von Münch/Kunig art. 2 Rn 16, 29.

<sup>123</sup> Palandt/Heinrichs, CC, Introducción ante artículo 145 Rn 7.

<sup>124</sup> von Münch/Kunig art. 2 Rn 40 BVerfGE 34; 269/281 s; 83, 130/140.

<sup>125</sup> von Münch/Kunig, Ley fundamental, art. 2 Rn 31, 40; las violaciones ilegales y culpables de este derecho conduce conf. a art. 823 CC a la obligación de indemnizaciones, sobre ello por ej. BGH 13, 334; 24, 72/78; Palandt/Thomas CC, 54 ed. 1995; art. 823 Rn 175; zur Entwicklung und Wechselwirkung der Zivil- und verfassungsrechtlichen Judikatur (sobre el desarrollo y cambio de efecto de la judicatura civil y constitucional): Schmidt/Glaeser, Handbuch des Staatsrechts (Manual del derecho del Estado) Banda VI, art. 129 Rn 7.

<sup>126</sup> BVerfGE 8, 329; Palandt/Heinrichs en lugar indicado.

<sup>127</sup> Palandt/Heinrichs, CC, introducción de cláusula 145 Rn 14; Limbach JuS 1985, 10.

el Derecho privado y es ahí donde controlan la libertad contractual. Esto da lugar a la vinculación fundamental de las personas civiles partícipes en el contrato y facilita, sobre todo, el control de contenido del Derecho civil de contratos basado en los derechos fundamentales<sup>128</sup>. Por ello, los derechos fundamentales materiales rigen también para la asistencia preventiva en la configuración de contrato por parte del notario.

En segundo lugar, el legislador civil promulga **regulaciones tipificadoras generales**, como "derechos contractuales especiales" del Código civil o leyes especiales, que subordinan el contenido del contrato a evitar los conflictos previsibles de las normas obligatorias. Ejemplo de ello es, en particular, la ley AGB (Ley para impedir el abuso de las condiciones en los asuntos en general), el Derecho laboral y el Derecho arrendaticio, o, la Ley de crédito del consumo o la de propiedad a tiempo parcial, recientemente iniciada por la legislación europea.

La tercera vía la constituye la disposición de **obligatoriedad de forma civil**, en la que se prescribe obligatoriamente la escrituración notarial para que determinados contratos civiles sean válidos. El Derecho civil persigue con ello, (además de la función de advertencia y de prueba inmanente a las formas escritas privadas) garantizar, incluso antes de tener efecto la vinculatoriedad legal, **también en** casos individuales, un asesoramiento e información uniforme, equilibrado y técnico a las partes del contrato (función de asesoramiento)<sup>129</sup>

**b) Matrimonio y familia, art. 6, párrafo 1, de la Ley fundamental**

Según el art. 6, párrafo 1, de la Ley fundamental "el matrimonio y la familia están... bajo la protección especial del orden estatal".

Bajo matrimonio se entiende<sup>130</sup> constitucionalmente la "convivencia establecida de forma duradera por un hombre y una mujer en una vida en común amplia, básica e indisoluble"<sup>131</sup>; bajo familia se entiende, sobre todo, la comunidad de padres con hijos menores de edad, por tanto, la pequeña familia moderna.

Debido al moderno desarrollo sociológico, el espectro de protección de la familia previsto en el art. 6 es amplio: se incluye además de la pequeña familia clásica con hijos legítimos, la relación del padre y la madre con hijos fuera del matrimonio, incluso los hijos adoptivos, hijastros y acogidos, así como las parejas no casadas con hijos comunes<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> comp. Palandt/Heinrichs, CC, cláusula 242 Rn 7; Canaris, Jus 1989, 161; Hermes, NJW 1990, 1764, BVerfGE 7, 98; 34, 280; BGH (Tribunal Federal) 13, 338, 15, 258; 26, 354.

<sup>129</sup> Palandt/Heinrichs, CC, cláusula 125, Rn 1.

<sup>130</sup> BVerfGE 53, 224; von Münch, Ley fundamental, art. 6 Rn. 4.

<sup>131</sup> BVerfGE 48, 339; Pierson, Bonner Kommentar zum GG (Comentario de Bonn sobre la Ley fundamental), art. 6 Rn 21 ss.

<sup>132</sup> von Münch, Ley fundamental, art. 6, Rn 7; BVerfGE 18, 97 (105); 68, 176 (187); 79, 256 (267).

Las parejas no casadas no gozan de la protección de los derechos fundamentales. Puesto que la Constitución protege al matrimonio y la familia, como instituciones sociales, también ofrece protección a los derechos fundamentales individuales, y hace referencia, asimismo, a la defensa ante un tratamiento igual injusto, por lo que la jurisdicción civil sólo puede aplicar de forma restrictivas las disposiciones del derecho matrimonial esencial por analogía judicial a las parejas no casadas<sup>133</sup>.

El espectro de los temas antes mencionados indican el amplio campo de tareas que asume el notario en la aplicación de los derechos fundamentales "Matrimonio y familia" en el derecho civil; en lo que se refiere a las comunidades de vida no casadas, no está sometido el notario que configura el contrato a las barreras que se le han aplicado a los jueces; por tanto, el notario puede ofrecer seguridad legal mediante un modelo de contrato individual a las partes de comunidades de vida no casadas.

c) Libertad de asociación, art. 9, párrafo 1, de la Ley fundamental

El art. 9 I de la ley fundamental define la libertad de asociación como "el derecho a formar asociaciones y sociedades". La importancia constitucional de este derecho fundamental es enorme: el derecho a lograr objetivos comunes asociándose con otros es constitutivo además para el orden fundamental de la libertad democrática<sup>134</sup>. El Tribunal Constitucional Federal ha subrayado, conforme a ello, el alto "contenido de derechos humanos en la libertad de asociación"<sup>135</sup>.

La contribución del notariado al establecimiento de la libertad de asociación se pone en evidencia en el texto del art. 9 I de la Ley fundamental, ya que no limita su campo de aplicación a la forma legal de la asociación en su sentido más estricto, como lo regulan los códigos civiles (en Alemania, artículo 54 ss CC), sino que comprende todas las formas civiles del Derecho de sociedades<sup>136</sup>, y esto es, incluyendo también las grandes sociedades de capital y empresas<sup>137</sup>.

El derecho fundamental de la libertad de asociación protege no sólo a los miembros individuales de la asociación, sino también a la asociación creada en su momento apta por derecho. La protección de la asociación y sus miembros es, por un lado, vertical frente al legislador, pero es, por otro, horizontal entre la asociación y el miembro. Las condiciones marco legisladas del derecho de asociación y de sociedades concretan el contenido de la libertad constitucional de asociación, por un lado, y de sus miembros, por otro. La piedra angular para el equilibrio horizontal de los intereses de la libertad entre asociación y

---

<sup>133</sup> von Münch, en lugar indicado

<sup>134</sup> von Münch/Loewe, Ley fundamental, art. 9, Rn 2 Rincken, AK, art. 9 Rn 44.

<sup>135</sup> BVerfGE 50, 290/253

<sup>136</sup> von Münch/Löwer, Ley fundamental, art. 9, Rn 14, 22

<sup>137</sup> von Münch/Löwer, Ley fundamental, art. 9 Rn 28 m.w.N.; comp. BVerfGE 50, 290/356, 359.

asociados, los establece el notario mediante la configuración de los estatutos de la asociación o de la sociedad. Aquí se regulan individualmente, en concreto, los requisitos legales respecto al orden interno de la asociación, el procedimiento de la formación de voluntad y la participación de los miembros en la misma, las cuestiones del requisito de aceptación, el procedimiento de darse de baja y las resoluciones de los miembros, etc.<sup>138</sup>. Precisamente con este último paso de la determinación del contenido de la libertad de asociación constitucional, este derecho fundamental se convierte para la persona en algo manejable y concreto.

**d) Propiedad y derecho sucesorio, art. 14 I de la Ley fundamental**

Mediante el art. 14 I de la ley fundamental se "garantiza la propiedad y el derecho sucesorio..., se determina el contenido y los límites ...mediante la ley".

En la estructura completa de los derechos fundamentales, la garantía de propiedad asegura a los seres humanos su "espacio de libertad en el campo patrimonialista"<sup>139</sup>. La teoría constitucional y la jurisprudencia constitucional subrayan la estrecha relación entre la propiedad y el desarrollo de la personalidad<sup>140</sup> y con ello la relación entre garantía de propiedad y el "derecho de personalidad general", protegido constitucionalmente; además se resalta la estrecha relación entre la función de protección de la libertad de la garantía de propiedad y de la dignidad humana protegida con el art. 1, párrafo 2, de la ley fundamental como principio constitucional sustentador de la ley fundamental: de hecho, el "espacio de libertad en el campo patrimonial" facilita al ser humano la autorresponsabilidad y le preserva de convertirse en "mero objeto del Estado"<sup>141</sup>.

El ámbito del derecho de propiedad se extiende indiscutiblemente a todos los derechos de los valores patrimoniales del Derecho privado<sup>142</sup>. Con los asuntos de carácter legal sometidos a la obligación de escrituración por el Derecho civil material, se devuelve de nuevo al notario su función clave en la protección de los derechos humanos de la propiedad.

La dimensión procesal de los derechos fundamentales, según la cual, el Estado tiene que preparar también el procedimiento jurídico-estatal adecuado para la garantía de la participación efectiva y la aceptación de los derechos fundamentales, se ha desarrollado en el Derecho constitucional alemán con las

<sup>138</sup> En detalle von Münch/Löwer, Ley fundamental, art. 9, Rn 23, Taupitz, en lugar indicado, p. 953 ss.

<sup>139</sup> BVerfGE 24, 367/369; 50 290/339

<sup>140</sup> por ej.: Meyer-Abisch, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie (El fin de protección de las garantías de propiedad) 1980; p. 55 ss; BVerfGE 69, 272/300 ss.

<sup>141</sup> Münch/Bryde, ley fundamental, art. 14, Rn 3.

<sup>142</sup> Papier en: Maunz/Dürig/Herzog, Ley fundamental, Rn 8; Kimminch, BK, art. 14, Rn. 8, 55 s.; Badura, Handbuch des Verfassungsrechts (Manual del derecho constitucional), p. 654, Pie-roth/Schlink, Staatsrecht (Derecho de estado) Rn 995.

garantías de propiedad del art. 14 de la Ley fundamental<sup>143</sup>. Básicamente se trata de una decisión del Tribunal Federal Constitucional, muy próxima a la actividad del notariado, sobre los requisitos constitucionales en el procedimiento de la subasta obligatoria de la propiedad inmobiliaria<sup>144</sup>. El Estado debe proteger junto a los intereses de los cesionarios, el derecho de propiedad del deudor y evitar que éste se vea perjudicado por los honorarios, es decir, que se empleen mal; el difícil equilibrio entre los intereses divergentes debe producirse aquí mediante detalladas disposiciones procesales<sup>145</sup>.

Con lo cual se pone en evidencia que las disposiciones de forma del Derecho civil, que garantizan la incorporación del notario en la asesoría de los partícipes, la ley de escrituración, con la que se establece legalmente el proceso a seguir por el notario, y el Derecho profesional notarial, que determina las obligaciones del notario y su status organizativo, tienen un efecto recíproco complejo y complementario. En principio, la combinación de estas normas garantiza la consecución legal y constitucional de los derechos humanos confiados al notario<sup>146</sup>.

En el siguiente capítulo se presentan las normas y mecanismos decisivos para la relación de funciones del Derecho notarial y de escrituración alemán, así como del Código civil.

### **Parte III: El notariado como garante y mediador de los derechos humanos en el Derecho privado**

#### **1. El notariado como titular de la función de la jurisdicción preventiva**

Para vincular al notario con uno de los círculos de obligaciones que corresponden al juez y que esté expuesto a mecanismos de supervisión semejantes, es necesario en principio su corresponsabilidad institucional en la jurisdicción, voluntaria, estatal. Esto se deduce de la disposición expresa del artículo 1 de la Ley notarial federal (BNotO): de acuerdo con la misma, "los notarios se constituyen ...para la escrituración de procesos jurídicos y otras tareas del ámbito de la **administración de justicia preventiva...**"

---

<sup>143</sup> von Münch/Bryde, Ley fundamental, art. 14, Rn 37; Papier: en lugar indicado, Rn 43 ss; Suhr, NJW 1979, 145 ss; Goerlich, DVBl 1979, 362 ss.

<sup>144</sup> BVerfGE 46, 325/333 ss.

<sup>145</sup> von Münch/Bryde, Ley fundamental, art. 14, Rn 37; asimismo BVerfGE 49, 220/225; 51, 150/156; Suhr, en lugar indicado.

<sup>146</sup> también: Frenz, Anmerkungen zum Verhältnis von Formzweck, Beurkundungsverfahren und Berufsrecht (Observaciones sobre la relación de fines de forma, proceso de escrituración y derecho profesional) en: Festschrift für Weichler (Dedicado a Weichler) (Editor: Frenz/Pützer/Schmitz-Valckenberg), Colonia 1997, p. 175 ss; Wolfsteiner, Rechtssicherheit und Verbraucherschutz - Form in Nationalen y europäischen Recht (Seguridad legal y protección del consumidor - Forma en el derecho nacional y europeo), DNotZ 1993, 21\* ss.

La calificación del notario alemán en la jurisdicción preventiva se pone en evidencia, sobre todo, en las siguientes tareas y funciones detalladas a continuación:

- Formalización de documentos públicos (artículo 20, párrafos 1 y 2, BNotO),
- Fuerza probatoria de documentos notariales (art. 415 y 418 CPC (Código Procesal Civil))<sup>147</sup>,
- Ejecutoriedad de los documentos notariales (artículo 794, párrafo 1, n° 5, del CPC),
- Subasta voluntaria (artículo 20, párrafo 3, BNotO)<sup>148</sup>
- Proceso de mediación notarial (artículo 20, apt. 4 y 5, FGG (Ley sobre asuntos de la jurisdicción voluntaria))<sup>149</sup>;
  - liquidación por herencia, artículo 86 ss FGG;
  - liquidación de bienes gananciales matrimoniales, artículo 99 ss FGG;
  - mediación en virtud de la ley de modificación del derecho de cosas del 21.09.1994;
- Aceptación de juramentos y seguros bajo juramento (artículo 22 BNotO),
- Declaración ejecutoria de comparación de abogados (artículo 1044 b, párrafo 2 CPC)<sup>150</sup>.

En la última tarea mencionada, se abandona incluso el campo de la administración de la justicia preventiva, se trata de una actividad judicial genuina del notario según el Derecho procesal del CPC<sup>151</sup>.

Se debe hacer mención especial a los procesos de mediación notarial: éstos no sólo conducen a la descarga judicial, sino también a una solución mucho más humanitaria de los casos de conflictos que en los autos definitivos de los tribunales. Pues los derechos e intereses pertinentes de los partícipes pueden ser considerados individualmente de forma más eficaz mediante la escrituración notarial que mediante los autos "decisorios" de los jueces.

Esto es especialmente evidente en los procesos de mediación notarial según la ley de modificación del derecho de las cosas, que regulariza las relaciones de propiedad en los nuevos estados federados: allí, debido al anterior" derecho de

---

<sup>147</sup> Seybold/Reithmann, BNotO, artículos 20-25, Rn 3; Bohrer, en lugar indicado, Rn 37 ss.

<sup>148</sup> Seybold/Reithmann, BNotO, artículo 20 Rn 44 ss.

<sup>149</sup> son tareas básicas del tribunal conforme a la FGG (Ley sobre la jurisdicción voluntaria), pero pueden ser transferidas a los notarios mediante las leyes del land; sobre ello: Seybold/Reithmann, BNotO, art. 20 Rn 60.

<sup>150</sup> Bohrer, en lugar indicado, Geimer, DNotZ 1991, 266

<sup>151</sup> Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde (Documento ejecutorio), 1978, Rn 33.2 s; Geimer, en lugar indicado, p. 270/273.

la RDA" vigente, en innumerables casos la propiedad del edificio es distinta a la propiedad del terreno, a la vez que colisionan los derechos de utilización (no registrados) de los inquilinos con los intereses del propietario. Conforme a la ley, se permiten las vías jurisdiccionales de acceso al tribunal ordinario, cuando las partes se hayan sometido previamente a un proceso de mediación notarial formal sin acuerdo. El notario dispone en este caso de legitimidad para el esclarecimiento de los hechos y puede decretar una decisión en contumacia contra los partícipes no comparecientes. En caso de no alcanzarse un acuerdo, el proceso finaliza con un protocolo final notarial, y en caso de acuerdo, con una escritura pública notarial.

En Alemania se refuerzan las propuestas anteriores de asignar al notario tareas, que hasta ahora habían asumido los tribunales, de la jurisdicción voluntaria para descargar a los tribunales, e incluso asignarle tareas judiciales en procedimientos procesales civiles litigiosos. Así, se propone introducir un procedimiento conciliatorio notarial ante la presentación de la demanda como requisito del proceso para otros campos del proceso civil<sup>152</sup>. Otra sugerencia lo vincula al "intento de conciliación judicial": según el artículo 279 del CPC, el tribunal debe tratar de lograr en toda situación procesal un arreglo amistoso del conflicto legal y, para ello, puede asignar en un intento conciliatorio de las partes un juez que hasta ese momento no se hubiese ocupado<sup>153</sup>, en procesos de divorcio también les puede remitir a un centro de asesoría matrimonial (artículo 614 CPC). A partir de ahora, en tipos de procesos idóneos, se debe remitir a un notario para los procesos conciliatorios<sup>154</sup>.

## 2. Garantía del derecho privado mediante la ley profesional (BNotO)

Para asegurar la capacidad funcional del notariado respecto a la consecución de los derechos humanos en el Derecho privado, la ley profesional debe garantizar las características estructurales esenciales del notariado (a continuación a), asegurar la idoneidad de los miembros de la profesión para velar por los derechos humanos civiles (a continuación b) y finalmente garantizar y asegurar el acceso efectivo del ciudadano al notario (a continuación c). Esto lo regula la Ley notarial federal (BNotO), que es la ley profesional vigente para todos los notarios alemanes<sup>155</sup> en la República Federal alemana.

---

<sup>152</sup> primero se debe reunir experiencia en asuntos sin importancia.

<sup>153</sup> comp. Stürner, Aufgaben des Richters und Anwalts bei gütlicher Streitbeilegung (Tareas del juez y abogado en arreglos litigiosos amistosos); JR 1979, 133; Wolf, Normative Aspekte richterlicher Vergleichstätigkeit (Aspectos normativos de la actividad comparativa judicial), ZJP 1989, 260

<sup>154</sup> sobre ello Wagner, Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit - Bestandsaufnahme und Perspektiven- Eröffnungsvortrag zum 25. Deutschen Notartag (Descarga de la justicia mediante la actividad notarial: existencia y perspectivas: discurso de inauguración del 25 día del notario alemán), Münster 1998 (publicación prevista en el número de la revista DNotZ 12/1998).

<sup>155</sup> con excepción de los notarios judiciales y los notarios funcionarios en Baden-Württemberg, que se constituyen condicionados históricamente por leyes especiales del Estado.

a) Formación institucional del cargo de notario<sup>156</sup>

Conforme al artículo 1 BNotO, "los notarios se constituyen ...como titulares **independientes** de un **cargo público**". No se puede renunciar a ninguno de estos criterios acuñados sin modificar la esencia de la profesión del notario<sup>157</sup>:

**aa)** Al notario se le ha transferido un cargo público. Éste se le ha asignado como cargo personal, por lo que no puede transferir su función y responsabilidad a otros, ni compartirla con otros. Por tanto, en el Derecho del notario alemán no existe la posibilidad de delegación del cargo de notario ni de tareas notariales individuales a terceros ni tampoco la posibilidad del "venta de la práctica notarial"<sup>158</sup>.

**bb)** La independencia del notario garantizada en el artículo 1 BNotO, es una consecuencia necesaria del principio fijado en la ley fundamental de la **regla de derecho**. El notario es libre en su decisión legal y sólo está sometido a la ley. Con lo cual se garantiza que el notario se pueda dedicar puramente a la protección de los derechos humanos civiles, libre de intervenciones del Estado o de los partícipes<sup>159</sup>. No existe ninguna diferencia legal entre la independencia del notario y la independencia del juez, garantizada por el art. 97 par. 1 de la Ley fundamental<sup>160</sup>.

**cc)** En relación con las partes, se complementa y concreta la independencia mediante la obligación del notario a la imparcialidad. El notario debe prestar su juramento del cargo en relación con esta imparcialidad (artículo 13 BNotO), establecida por separado como obligación profesional acuñada en el artículo 14 par. 1 BNotO<sup>161</sup>: el notario "no es el representante de una parte, sino el asesor imparcial de los partícipes".

El Derecho profesional enfatiza esta obligación profesional ya que indica que el notario debe "evitar la **apariencia de parcialidad**" (artículo 1, par. 2 apartado 3, Directrices para el ejercicio de la profesión del notario, RLNot<sup>162</sup>) según corresponde al principio desarrollado en el Derecho internacional "justice must also be seen to be done" (también se debe ver que se hace justicia)<sup>163</sup>.

La garantía de imparcialidad se complementa con **las regulaciones de incompatibilidad** del Derecho profesional, que prohíbe aquellas actividades

<sup>156</sup> así como la formulación en Bohrer, en lugar indicado, Rn 87.

<sup>157</sup> Seybold/Schippel, BNotO, 6ª ed. 1995, artículo 1 Rn 1; Römer básico, Notariatverfassung und Grundgesetz (Constitución del notariado y ley fundamental), 1963; p. 12 ss.

<sup>158</sup> BGH DNotZ 1975m 574; Seybold/Schippel, BNotO, artículo 1 Rn 9.

<sup>159</sup> Seybold/Schippel, BNotO; artículo 1 Rn 18 s.

<sup>160</sup> Bohrer, en lugar indicado, Rn 140; Pfeiffer, Der Notar in unserem Rechtsstaat (El notario en nuestro Estado de derecho), DNotZ 1981, 5; Seybold/Schippel, BNotO, artículo 1 Rn 16; sobre los principios legales constitucionales, véase arriba Parte II 3 b)bb).

<sup>161</sup> sobre ello Bohrer, en lugar indicado, Rn 52; Seybold/Schippel, BNotO, artículo 1 Rn 19

<sup>162</sup> Seybold/Schippel, BNotO, artículo 14 Rn 37

<sup>163</sup> véase arriba Parte I.1.b) bb) (2); comprobación en Fn 43, 44.

incompatibles con el cargo de notario (artículo 8 BNotO), que incluye la **prohibición de cooperación** en el proceso de documentación legal (artículo 3 BeurkG) o las **razones de exclusión** (artículo 6, 7 BeurkG), según las cuales el notario no puede cooperar en una escrituración e incluso se considera no válido el documento si el asunto documentado se basa en los propios intereses del notario o participan personas próximas al mismo.

La imparcialidad da lugar a requisitos especiales en la **configuración del proceso de escrituración** que están sintetizados en la Ley de escrituración.<sup>164</sup>

b) Idoneidad y garantía de calidad

El notariado sólo puede garantizar los derechos humanos civiles cuando el notario individual satisfaga las exigencias institucionales de su cargo. Los requisitos para ello son:

**aa)** Idoneidad profesional: el derecho notarial alemán establece para el notario "la capacidad para la judicatura de acuerdo con la ley judicial alemana", para lo que es necesario aprobar dos exámenes estatales jurídicos y una práctica de preparación jurídica bajo la responsabilidad de la justicia del Estado. La calificación profesional específica de notario será garantizada por una pasantía de notario (en sólo notariado), es decir, una verificación de su experiencia práctica con un examen final (en notariado de abogado) (artículo 6, par. 1 y 2, BNotO).

**bb)** La idoneidad personal requiere que el notario tenga un carácter adecuado para su cargo. El cargo público que se le ha otorgado a él personalmente y su posición en la vida jurídica le exige que cumpla unos requisitos que desde siempre se han comparado con los del juez<sup>165</sup>.

**cc)** El denominado *numerus clausus* es una característica estructural de casi todo el notariado latino: conforme al artículo 4 BNotO, se constituyen tantos notarios como corresponda a las exigencias de una justicia ordinaria. Esta "verificación de demanda" debe garantizar, por un lado, la provisión de servicios notariales para la población que establece relaciones jurídicas, pero, por otro lado, debe también asegurar la capacidad de vida económica del puesto de notario.

El notario sólo puede cumplir su función, independiente e imparcialmente, de actuar en una configuración más equilibrada y justa de las relaciones jurídicas,

---

<sup>164</sup> esp. artículo 17 BeurkG; Seybold/Schippel, BNotO, art. 14 Rn 36 s; Bohrer, en lugar indicado, Rn 97.

<sup>165</sup> Feyock, DNotZ 1952, 244; Seybold /Schippel, BNotO, artículo 6 Rn 4 m.w.N.; así como el Comité sobre Derechos y Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo en : informe sobre "Lage und Organisation des Notarsstands in den zwölf Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft"(Situación y organización del cargo de notario en los doce estados miembros de la Comunidad) del 9.12.1993; protocolo del Parlamento europeo A3-0422/93, cif. 21; Resolución parlamentaria publicada en Abl. No.C. 44/36 del 14.2.1994 y ZNotP 1997, 58 ss.

cuando se le garantiza un mínimo de independencia económica, que le permita ponerse en situación de contrarrestar la presión económica<sup>166</sup>. Además, sólo se puede garantizar la competencia y experiencia profesional suficiente para todos los campos legales asesorados notarialmente con un determinado volumen mínimo de negocio en cada notario<sup>167</sup>.

Ante este precedente, los *numerus clausus* se consideran mucho más que un privilegio económico del notario, y no tienen nada que ver con un monopolio cuestionable. La planificación de las necesidades estatales para determinar un número de puestos de notarios, una evidencia en todo el servicio público, es un requisito fundamental para un notariado con capacidad funcional, que se pueda dedicar con responsabilidad a la protección de los derechos humanos civiles.

**dd)** La responsabilidad disciplinaria, así como la supervisión profesional y estatal de los notarios, procuran que se vigile el cumplimiento de las regulaciones del ejercicio profesional del notario y se sancionen las infracciones contra dichas regulaciones profesionales. La Ley del notariado federal reparte la competencia de supervisión entre los colegios profesionales y la justicia:

Los colegios notariales regionales tienen que supervisar el "honor y la reputación de sus miembros y apoyar a las autoridades supervisoras en su actividad" (art. 67 par. 1 apt. 2 BNotO). Asimismo, tienen poder coactivo frente a sus miembros (obligación de información y comparecencia personal, artículo 74 BNotO), y el derecho a pronunciar admoniciones disciplinarias en caso de faltas leves (artículo 78 BNotO).

La supervisión estatal se ejerce en tres instancias mediante el presidente de la audiencia provincial, el presidente del tribunal superior de justicia y el consejero de justicia regional (artículo 92 BNotO). Para la verificación judicial de medidas disciplinarias tienen competencia, en primera instancia, un senado notarial en el tribunal superior de justicia y, en segunda instancia, un senado notarial en la Corte Federal de Justicia (artículo 99 ss BNotO). Los senados notariales constan de jueces y notarios como asesores (artículos 101 ss, 106 ss, BNotO).

c) Garantías de accesibilidad al servicio notarial del ciudadano

Un notariado sólo es adecuado para la seguridad y garantía de los derechos humanos civiles cuando consta de las mínimas condiciones de acceso posibles, que puedan dificultar o evitar el requerimiento del notario por el ciudadano. Los siguientes elementos estructurales y obligaciones profesionales del derecho notarial alemán son de especial importancia respecto a ello:

**aa)** Condición de acceso: una ventaja especial del notariado reside en principio en que el acceso al notario por parte del ciudadano no se esté impedido por

---

<sup>166</sup> Schollen, DNotZ, 1969, 68 ss; BVrfGE 17, 371.

<sup>167</sup> Seybold/Vetter, BNotO art. 4 Rn 1; Bohrer básico, DNotZ 1991, 3/7.

ningún tipo de formalidad o condiciones procesales. El notario aúna la autoridad y confianza de un juez con la intermediación y espontaneidad de un asesor autónomo.

**bb)** Obligación a ejercer el cargo: conforme al artículo 15 BNotO, el notario no puede "negar su actividad de escribano sin razón suficiente"; es posible presentar reclamaciones ante la audiencia provincial contra la negativa del notario a ejercer su actividad de escribano.

Esta "obligación de garantía del cargo", que sólo se refiere a la actividad de escribanía, y no a actividades especiales de asesoramiento, estaba recogida ya en la Ley notarial imperial de 1514<sup>168</sup>. Así pues, el notario no tiene derecho de repulsa, no puede seleccionar al cliente ni excluir a determinados grupos sociales. En este caso, le corresponde al ciudadano el derecho público legal subjetivo a la actividad del notario<sup>169</sup>. El ciudadano tiene así el derecho a la elección libre de notario.

Este derecho de garantía del cargo frente al notario del ciudadano corresponde al derecho de garantía de justicia frente al juez, quien tampoco puede negar la decisión sobre una acusación, como no puede hacerlo el notario con el requerimiento y celebración de un acto documental<sup>170</sup>. Estos dos derechos se derivan directamente de los "derechos fundamentales de justicia" antes mencionados<sup>171</sup>.

**cc)** Sistema de honorarios: el notario obtiene honorarios por su actividad conforme al artículo 17, apt. 1, BNotO, fijados legalmente en el reglamento de precios. Esta ley regula los honorarios de los notarios y de los tribunales de la jurisdicción voluntaria según los mismos principios, en lo que concierne a la cantidad, y tablas idénticas. Domina el principio de honorarios de valor, según el cual la cantidad de los honorarios depende del valor comercial del asunto asistido<sup>172</sup>. De acuerdo con el artículo 140, párrafo 2, del reglamento de precios, no son efectivos los acuerdos sobre pretensiones de costes<sup>173</sup>.

Este sistema de honorarios es una base esencial para el desempeño independiente, imparcial y sin prejuicios del cargo. La elección del notario sólo estará dirigida por la confianza de la persona que busca una relación jurídica; en vez de la competencia profesional por el "precio más barato" predomina la competencia por la confianza en la calidad profesional<sup>174</sup>. Finalmente, el honorario del valor procura un equilibrio social, en el que los procesos más

---

<sup>168</sup> Schippel/Reithmann, BNotO artículo 15 Rn 15.

<sup>169</sup> Seybold/Reithmann, BNotO, artículo 15 Rn 16.

<sup>170</sup> Keidel/Kuntze/Winkler, Beurkundungsgesetz (Ley de escrituración) Intr. Rn 31.

<sup>171</sup> Parte II. 2.a)

<sup>172</sup> Bengel, Entwurf einer Gebührenordnung mit Erläuterungen (Esbozo del reglamento de honorarios con aclaraciones) en: Das moderne Notariat (El notariado moderno), en lugar indicado, p. 35 ss.

<sup>173</sup> Korinthenberg, Kostenordnung (reglamento de precios), artículo 140 Rn 2.

<sup>174</sup> Seybold/Vetter, BNotO, artículo 14 Rn 5.

simples de alto valor subvencionan los asuntos de intenso trabajo con escaso valor<sup>175</sup>.

El presente sistema de honorarios se fomenta también constitucionalmente con el principio de igualdad recogido en el art. 3 de la Ley fundamental. Puesto que el notario ejerce un cargo público, todos los notarios deben pedir los mismos honorarios por la misma actividad a cada ciudadano<sup>176</sup>.

El aspecto de carácter de Estado social de los honorarios del notario se subraya mediante el artículo 17, párrafo 2, BNotO, según el cual el notario debe autorizar un "privilegio de pobreza" a los partícipes sin recursos, en el que debe garantizar su actividad sin honorarios o con honorarios reducidos<sup>177</sup>.

**dd)** La obligación de secreto profesional: (artículo 18 BNotO) es otro elemento para la supresión de obstáculos para acceder al notario. El ciudadano que busca una relación jurídica debe poder confiar sin reservas al notario sus asuntos personales, familiares, económicos y legales. La obligación del secreto profesional constituye un pilar básico para la reputación y confianza del notariado y su capacidad funcional respecto a los seres humanos<sup>178</sup>.

**ee)** Responsabilidad del cargo: si el notario es culpable de violar una de las obligaciones del cargo que se le ha confiado, entonces será responsable personal y absoluto de restituir los daños ocasionados de este modo. Esta responsabilidad no se puede limitar mediante acuerdo con los partícipes, a diferencia de lo que ocurre en el resto de las profesiones de asesoría legal y económica en Alemania. Se excluye que el Estado asuma la responsabilidad respecto al notario, ya que esto sería incompatible con la independencia del notario en relación con el Estado y su obligación de secreto profesional<sup>179</sup>.

La responsabilidad personal del notario es de especial importancia para la confianza depositada en el notariado por parte del público que necesita relaciones jurídicas<sup>180</sup>, y constituye un requisito para facilitar al ser humano el acceso sin reservas a la asistencia de sus intereses jurídicos privados llevada a cabo por el notario.

**ff)** El seguro que cubre al ciudadano perjudicado por el notario complementa la base de confianza constituida por la responsabilidad civil de éste. El artículo 19 a de BNotO obliga a todo notario a suscribir un seguro de responsabilidad profesional. La cantidad mínima del seguro asciende en estos momentos a 500.000 marcos alemanes y se incrementará, con arreglo a la enmienda de la

<sup>175</sup> Bengel, en lugar indicado. p. 35; también Seybold/Vetter, BNotO, artículo 17 Rn 3.

<sup>176</sup> comp. Seybold/Vetter, BNotO, artículo 17 Rn 3, 5.

<sup>177</sup> como complemento rigen las fijaciones legales profesionales del colegio notarial federal, DNotZ 1976, 261; sobre ello Seybold/Vetter, BNotO, artículo 17 Rn 25 ss; Korinthenberg/Bengel, Reglamento de precios, artículo 140 Rn 9 ss.

<sup>178</sup> Seybold/Schippel, BNotO, artículo 18 Rn 1

<sup>179</sup> Haug, Die Amtshaftung des Notars (Responsabilidad del cargo de notario), 1989, Rn 7.

<sup>180</sup> Haug, en lugar indicado.

Ley notarial federal, a 1 millón para un mínimo de 4 casos de indemnización por año<sup>181</sup>.

El seguro individual de cada notario se verá complementado con seguros de grupo del Colegio notarial, el cual debe mantener cobertura de afiliación para daños por negligencia (artículo 67, párrafo 2, n° 3, BNotO), así como, para daños dolosos. Para daños dolosos, el Colegio notarial en Alemania tiene además un fondo de siniestro, para compensar los daños no cubiertos por la regulación legal (artículo 67, párrafo 3, cif. 3, BNotO).

### **3. Garantía del derecho privado mediante la ley procesal (ley de escrituración)**

Mediante la ley de escrituración del 28.08.1969 se han transferido las competencias de escrituración que hasta entonces estaban distribuidas entre los notarios y los distintos titulares encargados de autoridades y tribunales, casi exclusivamente a los notarios. Esto se produjo con el reconocimiento de que la tarea de asesoramiento e información es una tarea jurisdiccional ajena en esencia a los tribunales y autoridades administrativas, a las que generalmente también les falta la experiencia<sup>182</sup>. Con ello, la ley de escrituración marca un hito en la historia y desarrollo del notariado alemán.

La importancia básica de la ley de escrituración reside en la detallada regulación de los procedimientos y obligaciones procesales, que debe cumplir el notario en relación con la escrituración y certificación, para garantizar el fin de su contribución en la configuración del derecho privado también procesalmente.<sup>183</sup> Mediante la incorporación del notario, se garantiza que los partícipes tomen sus decisiones sólo con pleno conocimiento de las consecuencias de la configuración jurídica<sup>184</sup>.

La disposición más importante de la ley de escrituración, en la que se expresan, más claras que nunca, las presentes tareas de asesoramiento del notario es el artículo 17: en ella se regula y se garantiza la obligación de informar en las escrituraciones notariales<sup>185</sup>. Esta disposición se conoce en Derecho como la "carta magna" de la actividad notarial<sup>186</sup>. Por su importancia para la garantía de los derechos humanos en el campo del Derecho civil se repite, a continuación, el texto completo de esta disposición:

#### "Artículo 17 del principio fundamental

---

<sup>181</sup> "Dritte Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung" (Tercera ley para la enmienda de la Ley notarial federal) aprobada por el parlamento entretanto será publicada en breve.

<sup>182</sup> Keidel/Kunze/Witckler, Ley de escrituración, introducción. Rn 25

<sup>183</sup> Keidel/Kunze/Witckler, Ley de escrituración, introducción Rn 22

<sup>184</sup> Flume, DNotZ 1969, 33 ss\*, Larenz, CC Parte general, artículo 21 I a 3; BGHZ 31, 79/86.

<sup>185</sup> Keidel/Kunze/Winckler, Ley de escrituración, introducción Rn. 24; Brambring NJW 1975, 1259.

<sup>186</sup> Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1994, 496

(1) El notario debe examinar la voluntad de los partícipes, aclarar los hechos, informar a los partícipes del alcance jurídico del asunto y reproducir sus declaraciones de forma clara e inequívoca en el protocolo. A la vez, debe tener en cuenta que se deben evitar los errores y dudas, así como procurar que no se perjudique a la parte inexperta y poco diestra.

(2) Si existe duda sobre si el asunto corresponde a la ley o a la verdadera voluntad de los partícipes, entonces se deben discutir las consideraciones con los partícipes. Si el notario duda de la validez del asunto y los partícipes insisten en la escrituración, entonces debe dejar constancia en el protocolo de la información y de aclaraciones hechas sobre la misma por los partícipes.

(3) Si se aplica el derecho extranjero o existen dudas sobre el mismo, el notario debe indicárselo a los partícipes y dejar constancia de ello en el protocolo. No está obligado a informar sobre el contenido de la normativa legal extranjera."

La función y el conjunto de obligaciones del notario en la escrituración apenas se pueden describir más claramente. Especial relevancia respecto al tema que estamos tratando adquiere el artículo 17, párrafo 1, párrafo 2, según el cual el notario debe observar que no se perjudique a los partícipes inexpertos y poco diestros. De lo cual se deduce que el notario debe ajustar el alcance de la obligación de informar según la imagen personal del partícipe<sup>187</sup>. Aparentemente existe una obligación del notario al desigual tratamiento de los partícipes con distinta formación y experiencia, pero en última instancia se trata de un equilibrio de fuerzas y conseguir una documentación equilibrada, justa para los intereses de las partes y que evite el litigio. La función del notario de proteger al débil frente al fuerte en el sentido de proporcionar un equilibrio social de fuerzas, como indicó el mencionado ponente Schwachtgens, no puede recogerse más claramente en la ley.

El proceso de escrituración en sí requiere **la lectura del documento**, la aceptación por parte de los partícipes y la firma de puño y letra de todos los partícipes.

Finalmente se deben mencionar las obligaciones profesionales reguladoras complementarias del mismo párrafo de la ley, que garantizan el **cumplimiento de los documentos notariales**:

El notario debe remitir a la necesidad de autorizaciones oficiales y judiciales conforme al artículo 18, a las necesidades ejecutorias contributivas conforme al artículo 19 y a los derechos de preferencia legales en los traspasos inmobiliarios conforme al artículo 20, y dejar constancia de ello en el protocolo. En asuntos inmobiliarios, el notario está obligado, en virtud al artículo 21 de la Ley de

---

<sup>187</sup> Keidel/Kunze/Winckler, Ley de escrituración, artículo 17, Rn 30; detallado en Keim Das notarielle Beurkundungsverfahren (Proceso de escrituración notarial), 199, Rn 124-136.

escrituración, a verificar el registro antes de la escrituración e informar a los partícipes del contenido del mismo.

Para **partícipes incapacitados**, el proceso de escrituración garantiza una protección especial mediante el notario: en los artículos 22 a 25 se encuentran disposiciones procesales especiales que consideran las limitaciones de la capacidad de percepción de personas sordas, mudas, ciegas y analfabetas, para que el objetivo de la escrituración notarial también alcance a dichas personas.

#### **4. Garantía del Derecho privado mediante las disposiciones formales del derecho civil**

El último fundamento del derecho legislado simple para garantizar los derechos privados se encuentra en las disposiciones formales del Código Civil, que indican que se prefiere la escrituración notarial para los asuntos y contratos legales, de gran importancia legal o personal para los partícipes y las relaciones jurídicas, y en los que se deben tomar decisiones graves y de gran alcance. Un asunto jurídico concluido sin la observancia de este escrito formal no es válido (art. 125 CC).

Con ello, incluso se obliga a incorporar lo antes posible al notario como asistente independiente e imparcial: sin la participación del notario, no se originan ningún efecto legal ni derechos vinculantes. El notario puede influir sobre la configuración del contrato, y a la persona le queda la libertad de decisión para la configuración de sus relaciones jurídicas sin obligación preliminar hasta la conclusión de la escrituración mediante el notario<sup>188</sup>.

A continuación, se enumeran los asuntos jurídicos más importantes para la validez de los cuales se prescribe la escrituración notarial:

- a) Derecho de obligaciones: promesa de donación;
- b) Derecho inmobiliario: contratos inmobiliarios, cada constitución y modificación de derechos sobre terrenos, sobre todo, derecho de prenda, usufructo, servidumbres;
- c) Derecho familiar: contratos matrimoniales, solicitudes de adopción;
- d) Derecho sucesorio: testamentos, contratos sucesorios, transmisión de cuotas hereditarias, renunciaciones sucesorias, renuncia de herencia legítima, solicitudes de declaración de herederos;
- e) Derecho de sociedades: creación de sociedades de capital, reforma de los estatutos de sociedades de capital, cesión de participación de sociedades de responsabilidad limitada, transformación de empresas<sup>189</sup>.

Con lo cual, el Derecho civil alemán encomienda los asuntos jurídicos más importantes de los campos de "los derechos humanos materiales" recogidos en la Parte I. 2.c) mediante disposiciones formales al notario para que éste preste su asistencia.

---

<sup>188</sup> Pützer, Das Notariat im Zivilrechtssystem (El notariado en el sistema del derecho civil), en: Das moderne Notariat, en lugar indicado, p. 14.

<sup>189</sup> comp. Vollhardt, Allgemeine Stellung des Notars (Posición general del notario) en: Das moderne Notariat, en lugar indicado, p. 17.

## **Parte IV Protección a nivel internacional de los derechos fundamentales mediante el notario**

Desde la fundación de la U.I.N.L., se han constituido estructuras eficaces y se han adoptado medidas significativas para la protección a nivel internacional de los derechos humanos mediante el notario. Una mirada a las estadísticas de miembros de los últimos diez años nos muestra el gran éxito político que supone la idea de la protección de los derechos humanos mediante la función preventiva del notariado:

Mientras que la U.I.N.L. en el XIX Congreso internacional, celebrado en Amsterdam en 1989, tenía unos 29 notariados miembros, a partir de entonces el número de miembros se ha elevado a 67. Con ello, no sólo se refleja la apertura de los Estados de Europa del Este, sino un desarrollo global: en la última asamblea de miembros de la U.I.N.L. celebrada los días 30 y 31 de mayo de 1997 en Santo Domingo, se han aceptado nuevos notariados miembros procedentes de Croacia, Rumania, Eslovenia, Indonesia y Panamá; con motivo del congreso en Buenos Aires, se decidirá sobre las solicitudes de admisión del notariado georgiano y, como paso más significativo en el camino hacia la aproximación del sistema "Common Law" (Derecho Consuetudinario) o "Civil-Law-System" (Sistema de Derecho Civil), del Notariado de Londres (Scrivener Notaries of London).

Tanto el apoyo del joven notariado como el continuo desarrollo de los "antiguos" notariados miembros, exigen en el futuro la adopción de grandes medidas y esfuerzos para que el notario pueda desempeñar su tarea de protección de los derechos humanos a nivel internacional. Este programa de tratamiento del notariado internacional consta de tres componentes:

- Expansión de la **cooperación externa** del notariado (1.)
- Desarrollo posterior de **estructuras notariales y estándares de obligación internos** (2.)
- Refuerzo de la **formación permanente y ciencia internacional** del notariado (3.)

### **1. Expansión de la cooperación externa del notariado**

a) La colaboración con organizaciones supranacionales, que sirvan a la protección de los derechos humanos, es la tarea primordial de la U.I.N.L.. La existencia de representantes permanentes de la U.I.N.L. en la ONU, la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), la UNHCR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) o la FAO (Organización para la Alimentación y la Agricultura), así

como a nivel europeo, en el Consejo europeo,<sup>190</sup> muestra la presencia de la Unión en este campo.

Especial relieve adquiere la colaboración entre la U.I.N.L., especialmente la Comisión de cooperación notarial internacional (C.C.N.I.), y el **Consejo de Europa**. En colaboración con la U.I.N.L., el Consejo de Europa ha realizado, desde la apertura de Europa del Este, dentro del marco del "Programa Themis", una serie de seminarios sobre el desarrollo de un notariado latino libre en los Estados reformistas del Este. Este programa se dedica al desarrollo de estructuras legales democráticas en los estados reformistas, para los que se considera indispensable<sup>191</sup>.

El papel del notariado latino para este objetivo ha recibido una revalidación eficaz en la "Resolución de la mesa redonda de Keßthely/Hungría del 15 de noviembre de 1990, aprobada con motivo del "Segundo coloquio de notarios del Centro de Europa" por altos cargos del Consejo de Europa y la U.I.N.L., así como por la judicatura y notariados de trece Estados miembros del Este y del Oeste<sup>192</sup>.

**b)** También el desarrollo ulterior de la colaboración con otras organizaciones y asociaciones profesionales reforzará la influencia del notariado latino en la protección de los derechos humanos. Gracias a ello, se pueden encontrar nuevos aliados para la tarea del notariado y se refuerza el entendimiento de aquellas fuerzas en la sociedad, la economía y la política, que hasta ahora han tenido una postura crítica ante la función del notariado. Ya, hoy en día, la Unión mantiene relaciones con numerosos grupos profesionales, especialmente de la abogacía y la magistratura, y asociaciones económicas, especialmente de la banca y las finanzas<sup>193</sup>.

El notariado latino recibe un especial apoyo por parte de la **magistratura internacional**: la "Unión internacional del magistrado" ha promovido públicamente mediante la resolución de la II. Comisión en su congreso celebrado en Macao entre los días 23 y 27.10.1989, el refuerzo de la función del notariado latino y un aumento del uso del trabajo del notario en el campo de la justicia. Para ello se destaca, sobre todo, la calidad institucional del

<sup>190</sup> Visión general en: U.I.N.L.- Information (Información sobre UINL), Bulletin du Secretariat Permanent European, Boletín del Secretariado Permanente Europeo, Milán, N° 21 (Diciembre 1997); p. 94 ss; para la colaboración con estas instituciones: Tinguy du Pouet, en lugar indicado (FN 2); p. 69 (ONU), 73 (UNESCO), 82 (FAO) y 91-98 (Consejo de Europa).

<sup>191</sup> Tinguy du Pouet, en lugar indicado, p. 98

<sup>192</sup> también el Informe de la Comisión para el derecho y derechos de los ciudadanos del 9 de diciembre de 1993, en lugar indicado (Fn 165), cif. 19, 20; sobre ello: Pützer, Marinho -Bericht und Entschließung des Europäischen Parlaments zur Lage und Organisation des Notarstands in der europäischen Union (Informe Marinho y resoluciones del Parlamento europeo sobre la situación y organización del notariado en la Unión europea) en: Festgabe für Weichler (Ofrenda para Weichler), en: Freundesgabe für Weichler (Ofrenda amistosa para Weichler), Colonia 1997, p. 191/203 ss.

<sup>193</sup> comp. die Aufstellung der U.I.N.L. Repräsentanten (La exposición de los representantes de la U.I.N.L.) en Información de UINL, en lugar indicado (Fn 190), p. 96-08.

notariado por el cargo público, la imparcialidad, la obligación de informar y asesorar, que convierten al notario en abogado de las prevenciones de litigios, así como la calidad del documento público, que facilita el procedimiento probatorio en los litigios legales presentados.

La colaboración de la UINL con las asociaciones de la **abogacía** anglosajona, especialmente con la American Bar Association (ABA) y la Society of Public Notaries of London (Sociedad de Notarios Públicos de Londres), ha dado a conocer el perfil profesional del notariado latino y sus estándares de obligación en el círculo legal anglosajón, en el que hasta ahora no existía la presencia del notario latino, y ha impulsado el desarrollo de perfiles profesionales comparables:

En comisiones conjuntas, se desarrollan ahora exigencias comunes respecto a un "documento público auténtico" en las relaciones jurídicas electrónicas (elektronic commerce- comercio electrónico). La "ABA Task Force on International Notariat Issues" (Equipo de ABA sobre Asuntos del Notariado Internacional) ha elaborado entretanto las "Interamerican Guidelines on Recognition of Notarial Acts" (Directrices Interamericanas sobre el Reconocimiento de las Actas Notariales). Estas directrices deben, según se expresa en las "Considerations", cubrir las lagunas existentes en el Common-Law (Derecho Consuetudinario) ante la falta de documentación notarial<sup>194</sup>, servir para facilitar el comercio e inversiones internacionales, así como corresponder a los estándares exigidos para las profesiones del sector servicios requeridos en el anexo 1210.5 del "North American Free Trade Agreement" ("NAFTA": Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica). En el estado de Florida se aprobó a principios de 1997 una ley para la introducción del "Florida International Notary" (Notario Internacional de Florida), orientado claramente hacia el modelo de perfil existente en Londres del "Scrivener Notary"<sup>195</sup>; se introduce aquí así una calificación profesional para los attorneys (abogados en EE.UU. y apoderados en el R.U.) parecida a la del notario que pretende tender un puente entre los países con sistema de derecho civil.

Sería de desear para el futuro el refuerzo de la colaboración con **las asociaciones de protección del consumidor** nacionales e internacionales, cuyos intereses coinciden en muchos puntos con los del notariado<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> en el mismo sentido la Comisión para el derecho y los derechos de los ciudadanos del Parlamento europeo, en Bericht (Informe), en lugar indicado, (Fn 165), cif. 7-9.

<sup>195</sup> Baumann, Die öffentlichen und sozialen Funktionen der Notariate in den Ländern der Europäischen Union (Las funciones públicas y sociales del notariado en los países de la Unión Europea), Notarius International 1996, 20/28; Pützer en: Freundesgabe für Weichler, en lugar indicado, p. 191 (200, 203).

<sup>196</sup> comp. la primera sesión de trabajo del 23. Día del notario alemán en Hamburgo en 1993 sobre el tema "Rechtssicherheiten und Verbraucherschutz - Form in nationalen und europäischen Recht (Seguridades legales y protección del consumidor: forma en el derecho nacional y europeo), DNotZ 1993, p. 21 ss; además el Symposium de la Academia legal europea sobre "Verbraucherschutz im Zivilrecht" (Protección del consumidor en Derecho civil), Bruselas, 1997.

c) A continuación se menciona por último la participación de la U.I.N.L. y sus comisiones en el desarrollo de la legislación internacional y acuerdos de Derecho internacional, como en los acuerdos de Bruselas sobre el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos.

Uno de los mayores éxitos conseguidos hasta ahora por el notariado latino se enmarca en las investigaciones llevadas a cabo por el **Parlamento Europeo** "sobre la situación y organización del nivel notarial en los doce estados miembros de la Comunidad": el informe elaborado sobre este tema por la Comisión para el derecho y los derechos de los ciudadanos, así como la resolución del Parlamento Europeo basada en el mismo,<sup>197</sup> se puede considerar como el documento oficial más significativo aprobado hasta ahora por un centro supranacional sobre el notariado latino; la función y utilidad del notariado latino para las estructuras legales democráticas y la protección de los derechos civiles de los ciudadanos encuentran aquí un reconocimiento ilimitado<sup>198</sup>.

## **2. Armonización y desarrollo posterior de las estructuras internas y los estándares de obligaciones del notariado**

La UINL y sus notariados miembros no deben persistir en el estándar existente ni en el nivel de calidad alcanzado de su trabajo. El acercamiento del notariado en el marco internacional, el refuerzo de su colaboración y la internacionalización de la vida jurídica, muestran la utilidad de la presencia internacional del notariado latino, así como, de forma clara, las diferencias existentes entre los notariados miembros de la Unión. Por tanto, la armonización y los estándares de obligaciones del notariado latino deben tener la prioridad más alta.

a) Desde 1948, la creación y existencia de la U.I.N.L. como asociación mundial y la definición de los elementos esenciales del notariado latino en los estatutos de la Unión (art. 1.2) se ocupan de la comparabilidad y homogeneidad del notariado latino.

Otro impulso para la armonización del entendimiento lo proporcionan a continuación los "principios fundamentales del sistema del notariado latino" aprobados entre el 13 y el 15.3.1986 en La Haya por el Consejo permanente de la U.I.N.L., que contienen criterios considerablemente sólidos en relación con la función y tareas del notario, los documentos notariales y las organizaciones profesionales del notariado latino frente a los estatutos.

Un efecto igualmente armonizante tienen los estatutos de organizaciones y conferencias regionales del notariado latino, como la Conferencia Permanente del Notariado de la Unión Europea (C.N.U.E.). Ésta definió de forma análoga

---

<sup>197</sup> Resolución parlamentaria en: Boletín Oficial Europeo N° C 44/36 del 14.2.1994; Informe del 9 de diciembre de 1993; Protocolo del Parlamento Europeo A3 - 0422/93, comp. también Fn 165.

<sup>198</sup> Pützer, Marinho-Bericht, en lugar indicado (Fn 192), p. 191 ss.

ya en su "Memorandum de Madrid" del 22/23 de marzo de 1990 las características de la profesión notarial en Europa y recogió posteriormente estas características en el acta de la conferencia.

b) La principal tarea reside en el desarrollo ulterior de los estándares de obligaciones internacionales del notariado latino: como consecuencia de la legislación nacional autónoma existente durante siglos para el notariado, naturalmente también son diferentes los estándares de obligaciones del notariado latino si se realiza una comparación internacional. Las diferencias de las obligaciones profesionales y asistenciales pueden tener un efecto obstaculizador para la colaboración, más allá de las fronteras de los notarios entre sí, y también puede conducir a la falsa orientación y desilusión de los ciudadanos, que buscan asesoramiento legal en las relaciones jurídicas internacionales. Por tanto, el notariado internacional está llamado a aproximar las escalas de contenido de la actividad notarial.

Sin tener que depender de la legislación internacional, esto podría producir en principio un autocompromiso del notariado mediante la aprobación de "estándares de asistencia" a nivel regional o continental o a nivel de la U.I.N.L.. Como **estándar de obligación general** para todo el campo de actividad del notariado, deben ser válidas por lo menos la **obligación general de asistencia**, antes y durante la escrituración, la obligación de asistencia para el desarrollo de la escritura, así como la obligación de seguro para los riesgos de responsabilidad profesional. Acto seguido, se pueden desarrollar y aprobar **estándares de asesoramiento específicos del campo** para determinados campos de tareas del notario, por ej. en el Derecho inmobiliario o Derecho de sociedades.

Un ejemplo de dichos estándares de asistencia lo ofrecen los "principios de la colaboración en relaciones inmobiliarias transfronterizas" aprobados en Estrasburgo los días 20 y 21.1.1991 en la Conferencia del Notariado de la Unión Europea (C.N.U.E.).

Conforme a la resolución por las organizaciones internacionales del notariado, dichos estándares de asistencia pueden ser cambiados en el derecho profesional nacional por los notariados miembros y, en última instancia, servir como iniciativa para las regulaciones legales de los estados miembros. El notariado español ha seguido, por ej., dicha vía y ha introducido a principios de los noventa la obligación de asesoramiento y la obligación de examinar los registros en el Derecho notarial nacional, en el que hasta la fecha faltaban dichas regulaciones.

c) El desarrollo ulterior necesita también la cooperación transfronteriza del notario. Aquí se trata de definir métodos y repartir las tareas para la colaboración de los notarios en los distintos estados en un caso transfronterizo de asesoría. Estas cuestiones son objeto del "Código europeo del derecho profesional notarial", aprobado por la C.N.U.E. el 3/4.2.1995 en Nápoles y,

acto seguido, ratificado como derecho profesional propio por todos los notariados miembros de la Unión Europea<sup>199</sup>.

Como paso posterior para el cambio de este código, se ha introducido, con la "Tercera ley para la modificación de la orden notarial federal" aprobada el 10.7.1998, un nuevo artículo 11 a en la Ley notarial alemana, que regula una forma específica notarial de **asistencia del cargo y legal transfronteriza**. Con el mantenimiento de la plena competencia del "notario local" nacional para el proceso de escrituración, que se ocupa de los principios territoriales del Derecho internacional; esta disposición facilita la incorporación de un colega extranjero en el proceso de escrituración en el territorio nacional, así como lo contrario, es decir, la participación de un notario alemán en una escrituración en el extranjero mediante el asesoramiento y el apoyo del colega de allí<sup>200</sup>.

El notariado africano sigue actualmente el ejemplo europeo, y elabora en sus comisiones regionales, sobre todo la "Commission des Affaires Africaines" (Comisión de Asuntos Africanos) (CAA), un código africano de Derecho profesional notarial.

**d)** La apertura del derecho notarial y de escrituración nacional para una asistencia más efectiva de partícipes extranjeros o de hechos internacionales es una demanda que debe ser reclamada a los legisladores competentes principalmente por los notariados nacionales<sup>201</sup>.

Esto es válido en principio para una **apertura de la lengua de la documentación y la negociación**. Los contratos de protección de derechos humanos del Derecho internacional exigen para el campo de la jurisdicción litigiosa, sobre todo en el Derecho penal, la información inmediata en una lengua comprensible para el partícipe<sup>202</sup>, además de la asistencia gratuita de un intérprete, cuando el partícipe no domine la lengua utilizada por el tribunal<sup>203</sup>.

En muchos países del notariado latino, el Derecho de escrituración exige la escrituración en la lengua nacional. En otros países, como por ej. en la República Federal Alemana (art. 5, par. 2, Ley de escrituración<sup>204</sup>), está permitida la escrituración en cualquier lengua que domine el notario. Otras facilidades ofrece el art. 16 de la Ley de escrituración, que confiere al notario el

<sup>199</sup> publicado en DNotZ, p. 329 ss; Schippel: Der europäischen Codex der notariellen Standesrechtes (El código europeo del derecho profesional notarial), DNotZ 1995, 5, 334 ss.

<sup>200</sup> Schippel, DNotZ 199, p. 336 s/ 341; Schippel, Das deutsche Notariat al Gegenstand Europäischer Rechtssetzung (El notariado alemán como objeto de la aplicación legal europea), en: Festschrift für Lerche (Escrito para Lerche) (Editor Badura/Schulz) 1993, p. 500/509 ss; Pützer en Freundesgabe für Weichler, en lugar indicado p. 191/211 s.

<sup>201</sup> comp. también Stürner, Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr (Los documentos notariales en las relaciones jurídicas europeas), DNotZ 1995, 343 ss.

<sup>202</sup> p. ej. art. 5, par. 2, ECHR, art. 14, par. 3 CCPR.

<sup>203</sup> Art. 6, par. 3 e) ECHR, art. 14, par. 3 f) CCPR.

<sup>204</sup> Keidel/Kunzte/Winkler Ley de escrituración, art. 5, Rn 6 ss.

poder de tomar juramento al intérprete<sup>205</sup>, y el art. 50 de la ley de escrituración, según el cual el notario puede certificar la exactitud e integridad de la traducción alemana de un documento elaborado en lengua extranjera para él. Aquí dispone el traductor de fuerza probatoria completa.<sup>206</sup>

Una separación entre la lengua de escrituración y la lengua del país de establecimiento podría reducir las barreras lingüísticas de las relaciones jurídicas internacionales; con ello no se cuestiona el carácter del documento como documento público del estado de establecimiento.

**d)** El desarrollo de nuevos medios de escrituración también contribuye a facilitar las tareas notariales en el marco internacional. La U.I.N.L., en su XX Congreso internacional celebrado en Cartagena/Colombia entre el 22.4 y el 2.5.1992 con el tema "Documentos tratados electrónicamente y seguridad legal" fue la primera asociación de la vida jurídica y económica que prestó atención a los riesgos y oportunidades legales de las relaciones jurídicas electrónicas en el marco internacional. Desde entonces, la U.I.N.L. con la "Commission informatique et securité juridique" (Comisión para la informática y la seguridad jurídica) ha desempeñado un importante papel en el desarrollo de las condiciones-marco legales para la relaciones jurídicas electrónicas. El objetivo es un documento notarial electrónico que ofrezca a los partícipes una seguridad legal comparable a los medios tradicionales con disponibilidad mundial<sup>207</sup>.

### **3. Formación permanente y ciencia internacional del notariado**

Como punto principal para reforzar la protección de los derechos humanos internacionales mediante el notariado, se debe mencionar finalmente la intensificación de la formación permanente del notario y la ciencia del notariado a nivel internacional.

Junto al **Congreso mundial "clásico"** del notariado latino, para la práctica notarial enriquecida entretanto con la "bolsas legales"<sup>208</sup>, y el creciente número de **congresos regionales de notarios**<sup>209</sup>, **los seminarios de formación permanente bilaterales** de los notariados vecinos se consideran como otro tipo

---

<sup>205</sup> en detalle Keidel/Kuntze/Winkler, Ley de escrituración, art. 16, Rn 1 ss.

<sup>206</sup> comp. Keidel/Kuntze/Winkler, Ley de escrituración, art. 50, Rn 3 ss.

<sup>207</sup> sobre el estado de las discusiones legales y técnicas en Alemania véase Informe de la conferencia "Drittes Forum elektronischer Rechtsverkehr der Bundesnotarkammer" (Tercer foro sobre las relaciones jurídicas electrónicas del Colegio notarial federal) del 13.3.1997, DNotZ 1997, 434 ss; además Malzer, Zivilrechtliche Form und prozessuale Qualität der digitalen Signatur nach dem Signaturgesetz (Forma legal civil y calidad procesal de la firma digital según la ley de firma), DNotZ 1998, 96 ss.

<sup>208</sup> sobre la bolsa legal del XI. Congreso de la U.I.N.L. en Berlín: "Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs" (Cuestiones notariales sobre las relaciones jurídicas internacionales", DNotI-revistas Serier Banda III/1 (alemán) y 2 (francés), Würzburg 1995.

<sup>209</sup> ejemplar los "coloquios notariales" en Kesztheley, ahora continuados en Budapest/Hungría, el "Grundbuch und Notartage" (Registro inmobiliario y conferencias notariales) en Tallin/Estonia, los "Europatage" (Días europeos) en Salzburgo, el más reciente "Russische Notarkongreß" (Congreso notarial ruso) en Moscú.

de formación permanente del notariado internacional, que se dedican exclusivamente a temas del Derecho internacional privado y de comparación legal de los dos países partícipes<sup>210</sup>.

Merece la pena resaltar los numerosos **seminarios de formación permanente** organizados por la U.I.N.L. y el Consejo de Europa para notarios en los estados reformistas. Dentro de la organización de la U.I.N.L. merece especial reconocimiento el trabajo de la Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée (Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo), en el que el joven notariado del Este de Europa encuentra por primera vez un foro de colaboración e intercambio de experiencias. Se logra que esta colaboración sea de utilidad para los notarios individuales, gracias al plan seguido por la U.I.N.L. para institucionalizar el trabajo de formación permanente mediante la creación de una **Academia internacional del Notariado**.

Una importante laguna de la práctica notarial, podría cubrirse con la elaboración y publicación de otros **documentos modelos internacionales**, parecido al "texto de poder" internacional.

En el sector científico, se incluyen los **institutos** propios del notariado (Institut des Recherches et d'études Notariales Européens - IRENE- Luxemburgo, Fondation pour la Promotion de la Science Notariale, Amsterdam; Institut International d'Histoire du Notariat, París), así como la presencia de representantes de la Unión en numerosas instituciones científicas internacionales (UNIDROIT, Roma; Conférence de la Haye de Droit International Privé, La Haya; Europäische Rechtsakademie/Academie de Droit Européen, Trier). La **publicación** científica del notariado se ha visto reforzada mediante la revista "Notarius International" publicada por la editorial Klüver en La Haya.

Como paso adicional, se ofrece la edición de **una serie de trabajos científicos de la U.I.N.L.**, con la que se podría tener acceso, entre otras cosas, a las ponencias y resultados de los congresos de la U.I.N.L. de la amplia ciencia legal.

El notariado latino internacional dispone así de numerosos instrumentos para armonizar y desarrollar sus estructuras y prestaciones de asesoría con su propio esfuerzo. Cuanto más firme sea la decisión de progresar por la vía elegida, menor será la necesidad de una legislación niveladora, que ponga en peligro la identidad e individualismo de sus miembros. La obligación primordial del notariado latino y principio esencial de su actuación continúa siendo la ampliación de su contribución a la protección de los derechos humanos que le han sido confiados.

---

<sup>210</sup> comp. el Symposium sobre cuestiones notariales de las relaciones jurídicas germano-holandesas, octubre 1996 en Münster; los resultados fueron publicados por el Instituto notarial alemán, Würzburg 1997.



## **Tema III**

# **La importancia del código deontológico notarial para clientes, colegas y estado**

**Ponente:**

**Abogado y Notario Dr. Rolf Gaupp, Heilbronn**

## ÍNDICE

### PARTE A

- I. El notariado en Alemania, puntos de partida
  1. Notariado de tradición jurídica latina
  2. Formas de notariado
  3. Abogacía-notariado
- II. Código deontológico notarial, aspectos generales
  1. Fundamentos legales
  2. Directrices generales
  3. Códex europeo del código deontológico notarial

### PARTE B

- I. Código deontológico notarial en lo referente a los clientes del notario
  1. Secreto profesional
  2. Deberes de cuidado y deber de asesoramiento
  3. Honorarios
- II. Código deontológico notarial en lo referente a los colegas del notario
  1. Competencia
  2. Publicidad
  3. Sonsacamiento de empleados
  4. Otros
- III. Código deontológico en lo referente al Estado
  1. Independencia e imparcialidad
  2. Obligación de ejercicio personal del cargo
  3. El notario y las autoridades estatales
  4. Código deontológico del notario y procedimientos de autenticación
- IV. Sanciones
  1. Delitos-tipo
  2. Derechos de responsabilidad civil
  3. Medidas de control de orden jurídico

## PARTE A

### I. El notariado en Alemania, puntos de partida

#### 1. Notariado de tradición jurídica latina

"Para la autenticación de actos jurídicos y otras tareas en el ámbito de la administración de justicia preventiva, se nombrarán notarios, en calidad de titulares independientes de un oficio público". "El notario deberá ejercer su oficio manteniéndose fiel a su juramento. No es representante de una parte, sino asistente imparcial de todos los interesados".

Artículos 1, 14, apartado 1 de la Ley Federal del notariado (a partir de ahora BNotO).

Con ello quedan fijados los principios estructurales básicos del notariado alemán<sup>1</sup>.

El notariado alemán es notariado en el sentido clásico de la tradición jurídica latina, pero adopta una forma especialmente rígida. Según el derecho alemán, toda actividad notarial está vinculada al derecho procesal. Rige una guía restrictiva de la competencia notarial<sup>2</sup>.

Por consiguiente, el notariado alemán concuerda con la definición de institución notarial según la tradición jurídica latina, tal y como se formuló en los memorándum conjuntos de la Conferencia permanente de los Notariados de la Unión Europea del 23 de marzo de 1990<sup>3</sup>.

#### 2. La actividad notarial se realiza en Alemania bajo diversas formas:<sup>4</sup>

El notariado "de dedicación exclusiva", que también ha sido implantado en los nuevos Länder. El notario ejerce su oficio como profesión exclusiva. El abogado-notario: el notario ejerce su oficio compaginándolo con la profesión de abogado.

El notario "sólo" y el abogado-notario ejercen como profesionales liberales. Excepto en el Land de Baden-Württemberg. De conformidad con las reservas expresadas en los artículos 114 y 115 del BNotO, en Baden-Württemberg existen notarios estatales que desempeñan cargos de notario en el Servicio del Land. Los notarios estatales de Baden-Württemberg asumen también tareas del

---

<sup>1</sup> Baumann, "El notariado alemán: oficio público y función social; I tema del XXI Congreso internacional del notariado latino en Berlín, del 28.05 al 03.06.1995; informes de la delegación alemana, I tema, passim, en especial 10 y siguientes.

<sup>2</sup> Baumann en la anteriormente citada, 12 y siguientes

<sup>3</sup> Memorándum de la Conferencia permanente del notariado de la UE (CNCE) del 23.03.1990 en Madrid ("Memorándum de Madrid")

<sup>4</sup> Compárese el compendio de Baumann en la obra anteriormente citada, 15 y siguientes

Tribunal tutelar y del Tribunal testamentario, así como del Registro de la propiedad. En el distrito de la Audiencia territorial de Karlsruhe, el notariado estatal es la única forma de notariado existente<sup>5</sup>. En el distrito de la Audiencia territorial de Stuttgart se nombran notarios de profesión independiente, notarios "sólo" y abogados-notarios<sup>6</sup>.

En el distrito de la Audiencia territorial de Karlsruhe, los notarios estatales han de estar habilitados para la judicatura; en el distrito de la Audiencia territorial de Stuttgart tienen que estar habilitados para el oficio de secretario-notario (con una formación especial en la academia notarial de Stuttgart). La ley federal del notariado no es válida para los notarios estatales de Baden-Württemberg<sup>7</sup>. Éstos no están integrados ni en los Colegios notariales de los Länder ni en el Colegio federal de notarios<sup>8</sup>.

Atendiendo a la cantidad, predominan en Alemania los abogados-notarios; atendiendo al número de actos jurídicos autenticados, los notarios "sólo"<sup>9</sup>.

### 3. Abogacía-notariado

La figura del abogado-notario ha tenido una evolución histórica en Alemania. En primer lugar, en Prusia, gracias a su existencia se hizo posible compaginar el oficio notarial con la profesión de abogado<sup>10</sup>. La habilitación como notario "sólo" o como abogado-notario presupone la competencia para la judicatura, artículo 5 del BNotO. Adicionalmente, al notario "sólo" se le presupone un período de pasantía como escribano de tres años como mínimo; el aspirante a abogado-notario, en su calidad de abogado, debe ser admitido en un determinado juzgado en cuyo distrito se encuentre el puesto de notario a cubrir, debiendo cumplir los "períodos de espera" generales y locales<sup>11</sup>.

El abogado-notario se diferencia del notario "sólo" en que le está permitido el ejercicio de dos profesiones autónomas. Por lo demás, no existe ninguna diferencia funcional entre notarios "sólo" y abogados-notarios: las competencias, las disposiciones procesales y las exigencias en materia de

---

<sup>5</sup> El Ministerio de Justicia está considerando nombrar también notarios de profesión independiente en el distrito de la Audiencia territorial de Karlsruhe.

<sup>6</sup> Compárese el compendio de Bohrer, Manual Beck para notarios, 2ª edición, 1997, capítulo I, número marginal 2.

<sup>7</sup> Artículos 114 y 115, BNotO.

<sup>8</sup> Compárese detalladamente el comentario a los artículos 114 y 115 de la BNotO de Schippel, en Seybold-Schippel, Comentario a la Ley federal del notariado, 6ª edición, 1995, números marginales 1-28.

<sup>9</sup> La estadística del notariado alemán en 1996 era: 9031 abogados-notarios, 1657 notarios "sólo", 863 notarios de oficio

<sup>10</sup> Sobre el "estatuto orgánico notarial" en Alemania y, en particular, sobre la historia y distribución regional entre notario y abogado-notario, compárese Bohrer en la obra anteriormente citada, números marginales 11 y siguientes.

<sup>11</sup> Para obtener los requisitos para el acceso a la profesión, véase Bohrer en la obra anteriormente citada, números marginales 46 y siguientes.

derecho profesional son idénticas para los abogados-notarios y los notarios "sólo"; ambos ejercen el mismo oficio.

No obstante, el hecho de que al abogado-notario se le permita ejercer dos profesiones autónomas tiene algunas consecuencias. El notario "sólo" alemán únicamente puede asociarse con otro notario, artículo 9 del BNotO. No le está permitido formar sociedades con otros grupos profesionales, especialmente con abogados. El abogado-notario, por el contrario, puede asociarse para el ejercicio profesional conjunto con un abogado. Dicha sociedad permitida entre abogado-notario y abogado es bastante frecuente en Alemania. Asimismo, está autorizada la asociación del abogado-notario con un asesor fiscal<sup>12</sup>. Sin embargo, la legislación actual no permite la asociación entre abogado-notario y censor de cuentas. Ésta es una cuestión muy debatida que aún no se ha resuelto<sup>13</sup>. No debe ignorarse que las posibilidades de asociación de los abogados-notarios han dado lugar en Alemania a una serie de cambios en la forma externa del ejercicio de la profesión notarial. Además de los notarios "sólo", proliferan los abogados-notarios empleados en grandes sociedades, pero también en despachos de tipo medio, que tienen participación en sociedades que tienden a ampliar las profesiones dedicadas al asesoramiento jurídico con proyección internacional<sup>14</sup>. A este respecto, pueden surgir dudas, incluso de orden constitucional<sup>15</sup>. No obstante, y sobre ello hay consenso, se mantiene intacto el principio básico de la equivalencia funcional entre notario "sólo" y abogado-notario. La profesión de notario es el ejercicio de una actividad oficial regida en Alemania por normas unitarias<sup>16</sup>.

## II. Código deontológico, aspectos generales

---

<sup>12</sup> Compárese Seybold Schippel en la obra anteriormente citada, número marginal 9 en relación al artículo 9 del BNotO

<sup>13</sup> Compárese Schippel en la obra anteriormente citada, número marginal 9. La prohibición válida hasta ahora de asociación entre abogado-notario y censor de cuentas es objeto de un proceso pendiente de resolver en el Tribunal Constitucional Federal

<sup>14</sup> Sirva aquí de ejemplo el informe de Zuck. El notario: funcionario o profesional libre, libro homenaje dedicado a Helmut Schippel, 1996, 818 y, en especial, 832. NIW 1997, cuaderno 29, LIX, anuncio de oferta de trabajo de un gran despacho alemán de abogados-notaría con "oficinas en Berlín, Düsseldorf, Frankfurt, Bruselas, Budapest, Praga, Nueva York".

<sup>15</sup> Lo último: Tribunal constitucional federal, resolución 24.07.1997, 1 BvR 1863/96. Se considera lícito usar un "logotipo" en el encabezamiento o membrete de una carta de un despacho de abogados a la que pertenecen abogados-notarios. Se consideran constitucionales los caracteres de la sociedad entre el abogado-notario y abogados.

<sup>16</sup> Sobre los caracteres profesionales del notario, que la Ley federal del notariado presupone y se concreta en sus disposiciones, véase Schippel, en Seybold-Schippel, anteriormente citado, nota marginal 8 al artículo 14 de la BNotO.

## 1. Fundamentos legales

El código deontológico es el modelo de comportamiento profesional del notario. Abarca todos aquellos deberes profesionales fundamentales que afectan al ejercicio de la profesión de notario<sup>17</sup>.

Las reglamentaciones sobre el recto ejercicio de la profesión de notario se encuentran establecidas en unas normas legales. Dichas normas están contenidas principalmente en la Ley federal del notariado y en la Ley de autenticación, que se complementan con las ordenanzas para notarios<sup>18</sup>.

Además, las disposiciones sobre los deberes profesionales de los notarios alemanes no sólo están fijadas en el derecho escrito sino también en normas profesionales no escritas que en parte se han convertido en derecho consuetudinario del gremio<sup>19</sup>.

Estas normas profesionales que se han ido forjando con el tiempo son vinculantes para todos los notarios. El artículo 14, apartado 3, título 1 del BNotO obliga al notario a "mostrarse digno del respeto y la confianza que exige el ejercicio de su profesión". Así pues, los mandatos del gremio que apelan al "honor profesional" deben entenderse como deberes profesionales del notario.

## 2. Directrices generales

En este sentido, otra fuente importante de información deontológica son las directrices, en las cuales las asociaciones de notarios han consignado las reglas fundamentales válidas del código deontológico<sup>20</sup>. Dichas directrices son la principal fuente de conocimiento para la parte no escrita del derecho profesional. Recogen unos principios que se han generalizado para el ejercicio del oficio notarial<sup>21</sup>.

De acuerdo con lo anterior, estas directrices, que en gran medida son resultado de la costumbre por haber sido generalmente observadas y ajustarse a la voluntad de los interesados, y tener esta observación validez jurídica, han adquirido carácter jurídico en el sentido de derecho consuetudinario<sup>22</sup>.

El artículo 78, número 5, de la Ley federal del notariado asigna al Colegio federal de notarios la tarea de fijar las directrices generales para el ejercicio de

---

<sup>17</sup> Compárese Vetter, "Función y evolución del código deontológico notarial", número extraordinario "25 años del Colegio notarial federal", DNotZ, 1986 50 y siguientes.

<sup>18</sup> La DONot es una disposición administrativa válida para toda la federación de las Administraciones autonómicas de justicia, promulgada como consecuencia de su derecho de inspección general sobre los notarios según los artículos 92 y siguientes del BNotO; compárese cancillería en Seybold Schippel, número marginal 1, notas introductorias a la DONot.

<sup>19</sup> Schippel, en Seybold-Schippel, número marginal 5 en relación al artículo 14: DNotZ 1963, 261, 263; en cada caso con más pruebas.

<sup>20</sup> Schippel en Seybold Schippel, número marginal 6 en relación al artículo 14.

<sup>21</sup> Schippel, DNotZ 1963, 261, 264

<sup>22</sup> Schippel en la obra anteriormente citada

la profesión de notario mediante acuerdo de la Asamblea representativa ("Asamblea de representantes de los Colegios regionales de notarios"). Así pues, el Colegio federal de notarios ha fijado los principios del Código deontológico de los notarios en sus "Directrices generales para el ejercicio de la profesión de notario" del 08.12.1962<sup>23</sup>. Estas directrices representan las fuentes más importantes para el conocimiento del código deontológico al ser "fruto de una larga experiencia y expresión y ejercicio de una convicción jurídica consciente". Muestran qué exigencias deben cumplir los notarios para que el público los considere con confianza. Como "código deontológico elegido por propia voluntad", concretizan la cláusula general legal del deber del notario de hacerse digno del respeto y la confianza que en general se tiene depositada en la profesión notarial<sup>24</sup>. El hecho de que, desde el punto de vista de la teoría jurídica, la clasificación de las "directrices generales" sea objeto de controversia en sus detalles no es asunto en el que deba ahondarse aquí<sup>25</sup>.

Cada colegio notarial ha complementado para su ámbito las directrices de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67, apartado 1 del BNotO. También existen directrices más antiguas de antiguos colegios notariales que siguen teniendo validez, en especial para la interpretación de las directrices del Colegio federal de notarios<sup>26</sup>.

La Ley federal del notariado está actualmente siendo refundida en algunos puntos esenciales. Así pues, la nueva versión de la Ley federal del notariado, destacando la posición del notario en su calidad de titular de un oficio público, concretizará y ampliará diversos deberes profesionales notariales. Así, por ejemplo, se incluye en la Ley federal del notariado la prohibición de aparentar un comportamiento partidista. Lo mismo se aplica para la prohibición de hacer publicidad; la prohibición de participación en una sociedad incompatible con el oficio; el deber de la formación continua; el deber de la exacción de tasas; la prohibición de quedar por debajo del límite de las tasas y la prohibición de cualquier partición de tasas<sup>27</sup>.

Según el artículo 67 del proyecto de ley del gobierno federal para la nueva versión de la Ley federal del notariado, compete a los Colegios notariales fijar en directrices los deberes profesionales y otros deberes de sus miembros en el marco de las disposiciones legales, y los decretos promulgados en base a aquéllas, fijarlos mediante estatutos. Para fijar estas directrices, el Colegio federal de notarios, según el artículo 78, apartado 1, número 5 del proyecto

---

<sup>23</sup> Impreso en DNotZ, 1963, 130; suplemento del 06.11.1970,3 y del 02.10.1981, DNotZ 1981, 721.

<sup>24</sup> Schippel, en Seybold-Schippel, número marginal 6 en relación al artículo 14.

<sup>25</sup> Schippel, en Seybold-Schippel, preámbulo a las Directrices notariales, número marginal 2 y siguientes; en especial sobre las siguientes posibilidades: normas jurídicas materiales - colección de principios internos de la profesión - concretización del derecho consuetudinario - expresión de las opiniones de la mayoría de la profesión entre otros.

<sup>26</sup> Compárese Schippel, en Seybold-Schippel, número marginal 6 en relación al artículo 14.

<sup>27</sup> BNotK interno, editado por el Colegio de notarios, edición mayo 1997, página 2.

gubernamental, deberá formular recomendaciones mediante acuerdo de la Asamblea representativa. Las propuestas de directrices del Colegio federal de notarios y las directrices de los colegios notariales deben hacerse próximas en el tiempo con la Ley para su refundición. Ya están en marcha los procesos de preparación a este efecto<sup>28</sup>.

### 3. Códex europeo del código deontológico notarial

La diversificación de las actividades jurídicas y el número cada vez mayor de los documentos notariales con proyección internacional han llevado a los notarios europeos a examinar las modalidades de su mutuo trabajo, a fin de garantizar también la asistencia y el consejo prestados por el notario incluso en asuntos que traspasan las fronteras.

Como consecuencia de lo anterior, los notariados europeos han acordado presentar un "Código conjunto".

Éste se encuentra en el "Códex europeo del código deontológico notarial", que aprobó la Conferencia de notarios de la Unión Europea celebrada el 03/04.02 de 1995 en Nápoles<sup>29</sup>.

El derecho profesional notarial en los países miembros de la Unión Europea coincide ampliamente. Tiene en común el sello del modelo latino. Estos denominadores comunes existentes fueron consignados a nivel europeo en el "Códex" como patrimonio de la Unión y con el objetivo de seguir por el camino de la armonización del ejercicio del oficio de notario en Europa<sup>30</sup>.

En el "Códex" están recogidas las normas fundamentales del ejercicio profesional válidas para todos los notarios de la Unión Europea, inspiradas en la "resolución de Madrid", que ya fue unánimemente aprobada en 1990 por estos notariados<sup>31</sup>.

Había que buscar una solución que hiciera posible un trabajo conjunto de los notarios europeos más allá de las fronteras, sin que por ello se traspasaran los límites territoriales del Estado en el cual trabaja y está destinado cada notario, y

---

<sup>28</sup> "Nuevas directrices para el ejercicio de la profesión de notario" BNotK interno, edición septiembre 1997, página 1 y siguiente; se hace un compendio de las primeras propuestas de regulación sobre los puntos centrales de las propuestas de directrices. Compárese también Hartmann, colegio federal de notarios y colegios notariales de los Länder; libro homenaje dedicado a Schippel, 645, 650.

<sup>29</sup> Las ponencias del Colegio federal de notarios, DNotZ 1995, 329 y siguientes, reproducen el texto en alemán (el original está en francés).

<sup>30</sup> Schippel, El códex europeo del código deontológico notarial, DNotZ 1995, 334 y siguientes; compárese con las posibilidades de regulación del sistema europeo de autenticación. El documento notarial en las relaciones jurídicas europeas, DNotZ 1995, 343, 348 y siguientes.

<sup>31</sup> Compárense las observaciones (3) de esta ponencia.

sin vulnerar la soberanía jurídico-internacional del Estado afectado por las actividades notariales extranjeras<sup>32</sup>.

Estas demandas están satisfechas en el "Códex europeo del código deontológico notarial", mediante el cual debe conseguirse lo siguiente<sup>33</sup>:

- que al interesado en mantener relaciones jurídicas más allá de las fronteras, y que a tal efecto tome los servicios de un notario dentro de la UE, se le garantice la misma protección jurídica en los actos jurídicos que traspasen las fronteras a la que está acostumbrado en las autentificaciones intraestatales;
- que al notariado de los Estados miembros de la UE se le facilite, mediante normas unitarias, la colaboración en caso de actos jurídicos que traspasen las fronteras;
- que los notarios de cada Estado miembro con notariado latino sigan los mismos estándares mínimos en las normas de ejercicio de la profesión<sup>34</sup>;
- que, de este modo, quede ampliamente garantizada la misma protección jurídica.

El "Códex europeo del código deontológico notarial" entró en vigor el primer día del mes que siguió a la presentación de los documentos de ratificación en la sede de la Conferencia de los notariados de la Unión Europea celebrada en Bruselas, es decir, el 01.05.1995<sup>35</sup>

La codificación del código deontológico del notariado europeo, tal y como se verifica en el "Códex europeo" -mediante fijación en el código deontológico de los estándares comunes a los notariados nacionales y fijación de las normas de asistencia- es una aportación decisiva a la armonización del notariado en el seno de la UE. Con ello se hace realidad la armonización de las legislaciones sobre la base de la hasta ahora tradición común europea en materia de derecho notarial, sin necesidad de utilizar las competencias de las directrices de la UE. Algo que evidentemente supone una ventaja<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Wehrens, *Notarius International*, volumen 1, 1996, 93 y siguiente.

<sup>33</sup> Wehrens en la anteriormente citada, 94.

<sup>34</sup> Para la problemática de la "autentificación en el extranjero" compárese por ejemplo BGHZ 80, 77/78 y siguiente, que menciona los siguientes criterios como los más importantes para la "equivalencia" de los procedimientos de autentificación: deber de verificar, deber de informar, constatación de la identidad de los interesados, acta de audiencia, lectura en voz alta, aceptación, firma y sello.

<sup>35</sup> Wehrens en la anteriormente citada, 93. El códex ha sido aprobado hasta ahora por Austria, Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Holanda, Italia y Portugal.

<sup>36</sup> Compárese aquí Stürner en la anteriormente citada, 354 y siguientes.

## PARTE B

El código deontológico notarial, la "ética profesional del notario"<sup>37</sup>, encuentra expresión y tiene repercusión en diferentes campos y contextos de la actividad notarial.

El presente tema centra principalmente su atención en los "clientes", los "colegas" y el "Estado".

El coordinador internacional del tema, el notario JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, de Gijón/España, ha concretizado en una síntesis estos referentes mediante preguntas. Dichas preguntas y su orden de sucesión se tomarán a continuación como base en esta síntesis.

### I. Código deontológico notarial en lo referente a los clientes del notario

El notario, en su condición de funcionario público, cumple funciones de administración de justicia estatales de la administración de justicia preventiva. Cumple estas funciones en el servicio al cliente. El código deontológico es, desde tal perspectiva, la suma de unas normas éticas profesionales para la salvaguarda de los intereses del cliente y todas las partes interesadas<sup>38</sup>.

Entre los deberes profesionales más importantes que el notario debe a su cliente están la integridad moral en el ejercicio de su profesión, la imparcialidad e independencia, la seriedad y la obligación de secreto y la competencia técnica y jurídica<sup>39</sup>.

A partir de estas normas básicas se derivan unas normas individuales, algunas de las cuales se explican más detalladamente.

#### 1. Secreto profesional

a) El notario deberá "guardar silencio sobre los asuntos a los que ha llegado a tener conocimiento en el ejercicio de su profesión", artículo 18, apartado 1, título 1 de la BNotO.

Las personas interesadas que solicitan los servicios de un notario tienen que exponerle con frecuencia sus relaciones personales y familiares e informarle de

---

<sup>37</sup> Compárese Limon, *Ética profesional en el mercado libre*, libro homenaje dedicado a Schippel, 741.

<sup>38</sup> Limon en la anteriormente citada, 746, Schippel, en Seybold Schippel, número marginal 7 y siguientes en relación al artículo 14 de la BNotO; Bernhard, en el *Manual Beck para notarios*, F, números marginales 44 y siguientes.

<sup>39</sup> Puntos 1.2., 1.2.2, 1.2.3 y 1.2.4 del *Códex europeo del Código deontológico notarial*, artículos 1-3 de la BNotO; artículo 1 de las *Directrices notariales*.

su situación patrimonial. Esto sólo puede ocurrir sobre la base de una confianza personal, a partir de la cual se deriva la obligación de secreto para el notario.

El cumplimiento escrupuloso de esta obligación es "uno de los pilares sobre los que se sustentan la confianza y la buena reputación de que goza el notario"<sup>40</sup>.

**b) La obligación de secreto es globalizadora.**

Abarca todos los asuntos de los que el notario ha tenido conocimiento durante el ejercicio de su profesión, tanto el contenido de los actos como lo accesorio<sup>41</sup>.

Incluso simplemente el nombre de los interesados o el hecho de que alguien haya requerido los servicios profesionales del notario caen bajo la obligación de secreto<sup>42</sup>. Independientemente de que parezcan importantes, no importantes o indiferentes, todas estas cosas deben guardarse en secreto, puesto que no se sabe si la persona interesada sí le concede valor ni si podría llegar a tenerlo algún día<sup>43</sup>.

Curiosamente, las disposiciones también incluyen quién puede exigir copias de los documentos notariales, algo que, en último lugar, no es más que una concretización de la obligación notarial de secreto<sup>44</sup>. El artículo 51, apartado 1 de la Ley de autenticación (BeurkG) regula esta cuestión en Alemania (para toda la federación)<sup>45</sup>. Las disposiciones relativas al derecho a la concesión de una copia se aplican también a duplicados y a la vista de originales notariales, artículo 51, apartado 3 de la BeurkG.

La obligación de secreto subsiste frente a cualquier persona, incluso frente a los parientes cercanos de los interesados<sup>46</sup>.

Sólo frente al propio interesado en el documento no puede el notario acogerse a su obligación de secreto<sup>47</sup>.

En los procedimientos de escrituración surge, no pocas veces, una contradicción entre la obligación de informar a los interesados y la de secreto. El conocimiento de ciertos hechos, obtenido por el notario en el desempeño de su oficio, puede adquirir significación práctica para ulteriores escrituraciones. ¿Puede o debe el notario entonces manifestar estos hechos? El notario sólo puede ser eximido de su obligación de secreto por la Autoridad de control (artículo 18, apartado 1, título 2 de la BNotO) o rehusando al ejercicio de la

---

<sup>40</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 1 en relación al artículo 18 de la BNotO.

<sup>41</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 6 en relación al artículo 18 de la BNotO.

<sup>42</sup> Schippel en la obra anteriormente citada.

<sup>43</sup> Schippel en la obra anteriormente citada.

<sup>44</sup> Schippel en la anteriormente citada, número marginal 8 en relación al artículo 18 de la BNotO.

<sup>45</sup> Huhn/ von Schuckmann, BeurkG, 2ª edición, 1987, número marginal 1 en relación al artículo 51. Todo aquél que haya hecho una declaración para su autenticación notarial está autorizado a exigir copias de la misma; artículo 51, apartado 1 de la BeurkG.

<sup>46</sup> Schippel en la anteriormente citada, número marginal 7 en relación al artículo 18 de la BNotO.

<sup>47</sup> Schippel en la anteriormente citada.

profesión (artículo 15, apartado 1, título 1, artículo 16, apartado 2 de la BNotO)<sup>48</sup>.

c) La obligación de secreto obliga al notario alemán por ley. Si el notario vulnera esta obligación, caben esperar acciones penales (artículo 203, apartado 1, número 3 del Código Penal).

Lo mismo se aplica a los sustitutos de notario<sup>49</sup>, pasantes de notario (auxiliares de notario, artículo 7, apartado 1 de la BNotO), así como a otros ayudantes profesionales de notario: el diplomado en derecho ("Referendar": estudiante de derecho en período de prácticas jurídicas, que ya ha superado el primer examen de Estado y prepara el segundo) y el principiante (AZB), que participa en la actividad profesional de la notaría preparándose para la profesión de auxiliar de notario<sup>50</sup>.

El notario deberá obligar a cualquier persona empleada por él a salvaguardar el secreto notarial (artículo 18, apartado 1, título 1 de la BNotO junto con el artículo 6 de la DONot). Así pues, el abogado-notario, por ejemplo, deberá obligar a las personas empleadas por él, incluso aunque se dediquen sólo a los asuntos de la abogacía.

## 2. Deberes de cuidado y deber de asesoramiento

a) El notario alemán, tras su nombramiento y antes del inicio de su actividad, presta juramento oficial de defender el orden constitucional y de cumplir escrupulosa e imparcialmente las obligaciones de notario, artículo 13, apartado 1 de la BNotO. El notario deberá desempeñar su oficio manteniéndose fiel a este juramento, artículo 14, apartado 1, título 1 de la BNotO.

Estas normas básicas fijan, a grandes rasgos, los deberes del notario, y, con ello, también la obligación del ejercicio leal del oficio.

Esta obligación se concretiza mediante leyes y órdenes del ejecutivo<sup>51</sup>.

Los deberes del notario no pueden ser y no han sido precisados de forma unívoca en muchos aspectos<sup>52</sup>. En los casos fronterizos, estos deberes se infieren en primer lugar de la jurisprudencia sobre responsabilidad profesional.

---

<sup>48</sup> Véase Bernhard, Manual Beck para notarios, F, número marginal 48.

<sup>49</sup> El sustituto del notario en el sentido expresado en el artículo 57 de la BNotO se hace cargo de la notaría durante un tiempo determinado, especialmente en caso de enfermedad del notario o tras su fallecimiento.

<sup>50</sup> Schippel en la anteriormente citada, número marginal 4 en relación al artículo 18 BNotO.

<sup>51</sup> En especial las órdenes del ejecutivo que los Länder federales alemanes han promulgado unánimemente en las ordenanzas para notarios (DONot). Si un notario comete una falta contra las disposiciones de las ordenanzas, viola con ello sus deberes profesionales. Compárese Cancillería en Seybold-Schippel, BNotO, número marginal 9, nota introductoria DONot.

<sup>52</sup> Haug, Manual para notarios, número marginal 6 y siguiente, letra J, responsabilidad notarial.

Se parte siempre del "notario promedio" experimentado, consciente de sus deberes y leal. El saber hacer es una exigencia estándar. Debido a la importancia del puesto de notario, el listón de la escrupulosidad debe colocarse muy alto<sup>53</sup>.

El hecho de que el seguro de responsabilidad profesional actúe como seguro obligatorio, debería ser una realidad en la jurisprudencia<sup>54</sup>. La tendencia de la jurisprudencia a exigir un alto estándar de obligaciones al notario es un hecho que está fuera de toda duda en Alemania<sup>55</sup>.

El deber de cuidado del notario alemán en las autentificaciones es globalizador. Se refiere a todo el alcance jurídico del documento, así como a su tramitación. Tal y como se expone en este informe, es éste un principio básico del notariado alemán válido per se debido al deber jurídico general y a la ética profesional legal del notario<sup>56</sup>.

**b)** Al notario alemán le obliga el deber profesional del asesoramiento a las personas interesadas sobre los presupuestos y efectos legales del documento. Dicho deber de asesoramiento con vínculos jurídicos es esencial para el notariado alemán<sup>57</sup>.

La disposición fundamental a este respecto se encuentra en el derecho alemán en el artículo 17 de la Ley de autentificación (BeurkG). Según el artículo 17, apartado 1, título 1 de la BeurkG, el notario deberá "informar a los interesados del alcance jurídico de la operación". El deber de informar y la obligación de aclaración derivadas de lo anterior están pasando a ocupar un primer plano en Alemania en las tareas del notario; las exigencias en este aspecto crecen, por tanto, proporcionalmente<sup>58</sup>. Por otro lado, desde la perspectiva alemana también se imponen unos límites claros a este deber. A partir del deber profesional de imparcialidad del notario, se deduce que el notario no debe imponer a las partes su opinión sobre la configuración adecuada de un contrato; aquí priman los

---

<sup>53</sup> Haug, responsabilidad oficial del notario, 2ª edición, 1997, número marginal 67.

<sup>54</sup> Haug en la anteriormente citada, número marginal 68.

<sup>55</sup> Haug en la anteriormente citada, prólogo: Recrudescimiento de las exigencias de la jurisprudencia en lo tocante a los deberes del notario.

<sup>56</sup> Fundamentos jurídicos, por ejemplo: Ley de autentificación (BeurkG), Ley federal del notariado (BNotO), Ley sobre la jurisdicción voluntaria (FGG), ordenanza hipotecaria (GBO) y otras "disposiciones que el notario debe acatar", "innumerables deberes que deben cumplirse en el actuación" Haug, en el Manual Beck para notarios, J, número marginal 6.

<sup>57</sup> Esto mismo es válido para todo el conjunto del notariado europeo continental. De derecho comparado U.I.N.L./C.A.E.M, 1997, presidente Aart Heering. Subcomisión "Deberes de asesoramiento del notario en transacciones inmobiliarias", Gaupp/Woscnak; Informe del 12 de septiembre de 1997, presentado en la conferencia C.A.E.M el 09. octubre 1997 en Varsovia.

<sup>58</sup> Bernhard, Manual Beck para notarios, en la obra anteriormente citada, letra F, autentificación, número marginal 50, con documentación de la jurisprudencia. Recopilado por Batsy, "Deber profesional del notario en lo tocante al asesoramiento de los interesados en la documentación notarial"; libro homenaje dedicado a Schippel, 571 y siguientes, en particular 580 y siguiente.

principios de autonomía privada y libertad contractual del derecho privado.<sup>59</sup> Lo que se reconoce aquí sobre todo es que el notario alemán no tiene que asesorar ni sobre los presupuestos ni sobre las consecuencias económicas del acto jurídico autenticado. El notario alemán puede excluir de su deber de asesoramiento el asesoramiento fiscal, así como el asesoramiento sobre cuestiones de derecho extranjero.<sup>60</sup>

c) En el derecho alemán de autenticación notarial está expresamente estatuida la protección de las personas interesadas intelectual o económicamente más débiles. El notario debe cuidar de que "los interesados sin experiencia o ignorantes no se vean perjudicados por ello", artículo 17, apartado 1, título 2, BeurkG. Si existieran dudas sobre si el negocio cumple la ley o si responde a la verdadera voluntad del interesado, entonces tales dudas deberán aclararse con las partes interesadas, artículo 17, apartado 1, título 2, BeurkG. Si participan disminuidos físicos (en especial sordos, mudos y ciegos), se aplicarán unas normas procedimentales especiales, artículos 22 y siguientes BeurkG. En tales casos habrá que citar a un testigo o a otro notario.<sup>61</sup>

d) Por regla general, al notario alemán sólo se le conceden por ley y por la jurisprudencia unos plazos de tramitación muy reducidos. El cumplimiento de dichos plazos de tramitación es un deber profesional trascendental.<sup>62</sup>

Se exige la tramitación "sin demora", es decir, el trámite sin "mora culpable", algo que en el caso normal de la rutina profesional diaria, en una notaría medianamente bien organizada, representaría un espacio de tiempo de 4 días hábiles -en especial tratándose de operaciones de registro de la propiedad.<sup>63</sup> Según el artículo 53 del BeurkG, los otorgamientos que deban presentarse en el Registro de la propiedad o en el Tribunal de registro, deberán exhibirse "en cuanto el documento esté listo para su presentación".

Las exigencias son más rigurosas en lo que se refiere a velocidad de actuación en la tramitación de cuentas fiduciarias.<sup>64</sup> Si hubiera retraso en el pago, podría ocurrir que se demande al notario por responsabilidad civil por los intereses originados o por haberse dejado de percibir éstos.<sup>65</sup>

### 3. Honorarios

---

<sup>59</sup> Compárese Bernhard, en la obra anteriormente citada, número marginal 46 y siguiente, Bastý, en la anterior obra, 585 y siguiente.

<sup>60</sup> Haug en Seybold-Schippel, BNotO, número marginal 79 en relación al artículo 19.

<sup>61</sup> Bernhard en el Manual Beck para notarios, F, número marginal 213 y siguientes.

<sup>62</sup> Haug en Manual Beck para notarios, J, número marginal 100; Haug, Responsabilidad oficial del notario, números marginales 643 y siguientes, con amplia documentación procedente de la jurisprudencia de responsabilidad civil.

<sup>63</sup> Haug, Responsabilidad civil, número marginal 644.

<sup>64</sup> Tribunal Supremo, Revista notariado alemán, 489 con nota de Haug.

<sup>65</sup> Haug en Manual Beck para notarios, número marginal 100.

a) La fuente jurídica del reglamento de precios de los notarios alemanes es el arancel de honorarios (KostO). Éste no está concebido como un arancel de honorarios del notariado sino como aranceles judiciales, como la Ley de costas judiciales de la jurisdicción voluntaria.

El notario sólo puede calcular sus honorarios por las actividades notariales tomando como base este fundamento legal.<sup>66</sup>

Los honorarios se han fijado legalmente según su objeto, el criterio de evaluación y la tarifa. El notario no solo está autorizado, sino legalmente obligado a reclamar por su actuación las costas fijadas según la ley. Serán ineficaces los acuerdos sobre las costas, independientemente de si el acuerdo se refiere a la tarifa o al valor comercial e independientemente de que se pacten honorarios más altos o más bajos.<sup>67</sup>

El deber profesional del cobro de las costas legalmente fijadas se aplicará por igual a todos los notarios.

Éste es uno de los fundamentos básicos para el ejercicio profesional independiente e imparcial del notario y para la confianza general en tal ejercicio; la libre elección de notario no puede estar influida por aspectos tales como "mejor precio"; aquí no hay sitio para la competencia industrial.<sup>68</sup>

Tampoco le está permitido al notario alemán dar ningún tipo de participación a terceras personas en los honorarios que a él corresponden y que legalmente está obligado a percibir.<sup>69</sup>

b) La rebaja o condonación de las costas sólo está permitida en el arancel de honorarios alemán en casos muy excepcionales.

La exoneración del pago de costas puede concederse, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de costas judiciales, a aquellos interesados con una mala situación económica y bajo determinados presupuestos, artículo 17, apartado 2 de la BNotO.<sup>70</sup>

La condonación por motivos de equidad presupone la aprobación del Colegio de Notarios, que debe velar por que los notarios actúen siguiendo criterios

---

<sup>66</sup> Para el sistema del Derecho sobre costas notariales, véase Manual Beck para notarios, número marginal 1 y siguiente.

<sup>67</sup> Vetter en Seybold-Schippel, número marginal 5 en relación a la BNotO.

<sup>68</sup> Vetter en la anteriormente citada; véase el artículo 13, apartado 1 de las Directrices notariales: "El notario está obligado a cobrar los honorarios legalmente prescritos".

<sup>69</sup> "Es contrario a la profesión prometer o conceder beneficios en relación con cualquier asunto oficial, especialmente la partición de tasas". Artículo 13, apartado 3 de las Directrices notariales.

<sup>70</sup> Criterios de Vetter en Seybold-Schippel en la obra anteriormente citada, número marginal 37 en relación al artículo 17 de la BNotO.

uniformes y no eludan la obligación del cobro de los honorarios legales ni la prohibición de pactarlos.<sup>71</sup>

En cuanto a las corporaciones públicas, en especial federación, Länder comunidades e iglesias, hay estatuidas detasas especiales, artículo 144 KostO.<sup>72</sup>

c) Algunas observaciones más acerca de la cuantía de los honorarios de los notarios alemanes.

Los honorarios no están en función de la prestación de trabajo del notario, sino que se adaptan al "valor comercial". El valor comercial es, por ejemplo, el importe del precio de compraventa en el contrato de compraventa o el capital social en la fundación de una sociedad limitada. Además, los honorarios dependen también de determinada graduación de honorarios del arancel. Así pues, la cuantía de los honorarios se extrae del arancel según el artículo 32, KostO.

Los honorarios de los notarios alemanes son comparativamente moderados. Esto es especialmente válido en las transacciones inmobiliarias al uso, que representan el quehacer diario de cualquier notario (por ejemplo contratos de compraventa, donaciones, parcelaciones etc.). Por ejemplo, en un contrato de compraventa con un precio de compra de 500.000 marcos, los honorarios del notario serán de 1.720 marcos (más el IVA, actualmente es un 15%, así como los gastos); si el precio de compra es de 10.000.000 marcos, los honorarios del notario serán de 30.220 marcos. Los costes del requerimiento de la actuación de un notario son baratos comparados con el asesoramiento jurídico. La prensa también ha publicado una facturas comparativas entre las costas de abogados y notarios.<sup>73</sup>

Así pues, en la configuración de sus honorarios, el notariado alemán muestra un marcado componente social. Los honorarios del notario están en función del valor económico del asunto. Con ello se consigue "la demanda del Estado social de asistencia jurídica notarial igualitaria, al alcance incluso de los más desfavorecidos económicamente".<sup>74</sup>

También se toman en consideración otras necesidades legítimas en las relaciones económicas, limitando legalmente los honorarios del notario o en determinados casos la cuantía del asunto. Así la tasa máxima exigible por la documentación de los acuerdos de las juntas de accionistas de una S.A., independientemente de sutamaño, asciende a 10.000 marcos, artículo 47 del

---

<sup>71</sup> Vetter en Seybold-Schippel, número marginal 39 en relación al artículo 17 de la BNotO y al artículo 13, apartado 2, título 1 de las directrices notariales: la exacción de tasas, independientemente de las disposiciones legales de condonación y exacción, sólo tendrá lugar cuando exista un deber moral y el Colegio de notarios lo apruebe en general o en un caso particular.

<sup>72</sup> Véase privilegios personales por Waldner en el Manual Beck para notarios, H, número marginal 40 y siguientes.

<sup>73</sup> Eue en la anteriormente citada, 611 y siguiente, aludiendo al capital 9/1993, 191 y siguientes.

<sup>74</sup> Baumann, Oficio público y función social, en la anteriormente citada, 79.

Reglamento de precios. Para contratos y resoluciones sobre transferencias de derechos y fusiones de sociedades, el valor máximo a adoptar para el cálculo de las tasas asciende a 10.000.000 marcos, a pesar de que con frecuencia los valores contables de las empresas interesadas son mucho más altos (lo que da como resultado unos gastos notariales del orden de 30.000 marcos): artículo 39, apartado 4 del Reglamento de precios;<sup>75</sup>

## II. Código deontológico notarial en relación a los colegas del notario

"Una profesión no puede esperar más respeto que el que se manifiestan entre sí sus miembros".<sup>76</sup>

El notario debe mostrar una conducta colegiada y respetar los intereses legítimos de sus colegas.<sup>77</sup>

La obligación del notario a mostrar una conducta colegiada es parte esencial del código deontológico.

### 1. Competencia

Para el notariado alemán, es esencial limitar la libre competencia mediante una serie de disposiciones legales.

a) Desde el punto de vista espacial, se aplica el sistema de jurisdicciones. Para procurar asistencia notarial a todo el territorio, se utiliza un sistema de demarcación por zonas que permite a los interesados elegir un notario que sea de su confianza, a la vez que se impiden "las tendencias migratorias" de algunos miembros de la profesión.<sup>78</sup>

El punto de partida es la adjudicación de una residencia oficial: artículo 10, apartado 1, título 1 de la BNotO, a través de la cual se determinarán tanto la "circunscripción local", artículo 10a, apartado 1 de la BNotO, que coincide generalmente con la zona donde se encuentra el Juzgado de primera instancia en el que el notario tiene su residencia oficial, como la "jurisdicción", artículo 11, apartado 1 de la BNotO, que es la zona donde se encuentra la Audiencia territorial correspondiente.

Es competencia de las autoridades encargadas del nombramiento decidir en qué lugares deberán establecerse las notarías.

Según esto, las "áreas de mercado de trabajo" de los notarios alemanes quedan claramente delimitadas. Normalmente la actividad del notario está limitada a la zona donde se encuentra el Juzgado de primera instancia en el que tiene su

---

<sup>75</sup> Nueva versión del 26.06.1997, B.O.E. I, número marginal 40, 1443

<sup>76</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 54 en relación al artículo 14 de la BNotO.

<sup>77</sup> Artículo 15 de las Directrices notariales.

<sup>78</sup> Bohrer, en el Manual Beck para notarios, K I, número marginal 59.

residencia oficial: la circunscripción oficial. Una "demarcación mayor" para ejercer su actividad es el área de la Audiencia territorial: la jurisdicción. Desempeñar el cargo de notario fuera de la circunscripción oficial no está por regla general permitido y hacerlo fuera de la jurisdicción sólo es admisible en casos especiales y con la autorización de las autoridades de control competentes.<sup>79</sup>

El número y ubicación de las notarías está en función de las necesidades estatales, tanto si se trata de tareas notario-abogadiles, como si son exclusivamente notariales, artículo 4 de la BNotO. Las directrices que rigen para determinar la cantidad numérica y por zonas son: el número de documentos estimado y que el trabajo esté lo más repartido posible entre los notarios nombrados.<sup>80</sup>

El procedimiento para la provisión de una notaría se notifica mediante anuncio en los órganos de publicación estatales: artículo 6 de la BNotO. Los requisitos personales generales para acceder al cargo de notario ya han sido detallados anteriormente.<sup>81</sup>

**b)** La atracción ilícita de clientes por parte del notario se opone de forma manifiesta a los principios fundamentales éticos y jurídico-profesionales del notariado alemán.

Siempre que la práctica habitual de los órganos públicos sea distribuir equitativamente el trabajo entre los notarios, es impropio dirigirse directamente a estos órganos "con objeciones y deseos por motivos de interés personal".<sup>82</sup>

Esto es aplicable, por principio jurídico, a la conducta general que el notario debe observar frente a cada cliente (potencial).

**c)** Ya desde un principio, se eliminó en Alemania la concepción de los honorarios como un medio de competencia.

Se aplica el principio legal de determinadas cuantías de los asuntos, graduación de tasas y honorarios. Los honorarios no pueden pactarse. No están disponibles ni tampoco son "negociables" en ninguna forma posible.<sup>83</sup>

## **2. Publicidad**

**a)** "Hacer publicidad de la notaría es incompatible con la reputación y dignidad del notario" -artículo 2, apartado 1 de las Directrices notariales.

---

<sup>79</sup> Para el sistema territorial del notariado alemán recopilado por Bohrer, véase la anteriormente citada, número marginal 59 y siguientes.

<sup>80</sup> Véase Bohrer en Manual Beck para notarios, K I, número marginal 44 y siguientes.

<sup>81</sup> Véase parte A, Punto I, 3.

<sup>82</sup> Artículo 2, apartado 4 de las Directrices notariales.

<sup>83</sup> Compárense las especificaciones al sistema de tasas alemán, punto I anterior, apartado 3.

La renuncia del notario a la publicidad es una costumbre profesional habitual y un deber natural del notario como titular de un cargo público.<sup>84</sup>

Si bien hoy día en Alemania hay un "relajamiento" generalizado en lo tocante a la prohibición a hacer publicidad en determinadas profesiones liberales relacionadas con el asesoramiento jurídico y económico,<sup>85</sup> la prohibición de hacer publicidad para el notariado alemán es, tanto ahora como antes, un hecho reconocido e incuestionable.<sup>86</sup>

**b)** En los artículos 2-6 de las Directrices notariales están tipificadas cada una de las situaciones en las que no está permitida la publicidad.

Los anuncios acerca del nombramiento para notario y el cambio de oficinas, entre otros, no deberán servir, "por su tipo, tamaño o número para hacer publicidad": artículo 2, apartado 2.

El notario habrá de procurar que su nombre no sea mencionado en público con apariencia publicitaria junto con su título oficial de "notario": artículo 2, apartado 3, título 1.

El notario no deberá colaborar con personas ajenas a la profesión para darse publicidad en asuntos oficiales: artículo 2, apartado 5.

Además, el notario no colaborará para que su nombre aparezca inscrito en guías, calendarios, revistas o cualquier tipo de registro similar, en los que únicamente se incluyen un número limitado de notarios locales. Lo mismo puede aplicarse para registros y publicaciones en las que se muestran listas completas de notarios, pero que resaltan mediante impresión sólo el nombre de algunos, especialmente listines de direcciones y teléfonos oficiales: artículo 2, apartados 6 y 7.

La actividad literaria, publicitaria o de cualquier otro tipo de los notarios en público será "objetiva y digna; no deberá servir a fines publicitarios": artículo 3, apartado 1.

---

<sup>84</sup> Tribunal Federal, Revista notariado alemán 1966, 409,414/1967, 701; Vetter, Revista notariado alemán 1986, número especial, página 58 y siguiente. También aquí se cuestiona si la prohibición de hacer publicidad hay que considerarla no como una regulación que sirva primordialmente a los intereses de los postulantes de la justicia y no para la protección de cada notario ante la concurrencia de sus colegas de profesión.

<sup>85</sup> Kornblaum, BB 1985, página 65 y siguiente. "La prohibición de publicidad en profesiones liberales académicas relacionadas con el asesoramiento jurídico y económico". Kornblaum, en la pág. 71, sostiene que establecer unas normas especiales para el notario es problemático; al fin y al cabo el notario no es "mirándolo bien", un órgano jurisdiccional independiente y es esencialmente diferente del abogado, que actúa como profesional libre. Véase también el informe de la ODE, citado por Limon, libro homenaje dedicado a Schippel, 742 y siguiente. Para la nueva regulación del derecho profesional abogadil, un resumen conciso en el periódico Frankfurter Allgemeinen del día 14.07.1997, pág. 12, "Desde el código deontológico al derecho profesional" (comentario a Henseler/Prüfing, Estatuto federal general de la abogacía en la nueva versión del 11.03.1997).

<sup>86</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 49 en relación al artículo 14 de la BNotO; número marginal 1 en relación a los artículos 2-6 de las Directrices notariales.

En publicaciones en revistas no relacionadas directamente con la profesión y en la prensa diaria, se pedirá discreción para todo lo que signifique la mención profesional y sede oficial del notario: artículo 3, apartado 3.

Para la utilización de títulos adicionales junto con la mención profesional de "notario", existen regulaciones limitadoras especiales: artículo 4.

El Tribunal constitucional federal<sup>87</sup> ha admitido hace poco la inserción de un "logotipo" en el membrete de las cartas de los abogados-notarios, pudiendo incluirse también la sociedad a la que pertenece el abogado.

### 3. Sonsacamiento de empleados

Dentro del código deontológico y en lo que respecta a la colegialidad, existe también la prohibición de sonsacar a empleados de otro notario.

"Sonsacar al empleado de un notario es impropio. Es también contrario a la moral profesional contratar a un empleado de un notario sin haber cambiado previamente impresiones con éste". Así lo dispone el artículo 18 de las Directrices notariales. El "sonsacamiento" requiere la "intervención tenaz" sobre dicho empleado para que cambie de puesto de trabajo, por lo que una mera petición de informes no es suficiente para que exista tal situación.<sup>88</sup>

Habitualmente, basta con comunicar la intención de contratar al empleado de otro notario. No es necesario que el notario con el que se encuentra todavía trabajando el empleado dé su aprobación.<sup>89</sup>

### 4. Otros

a) El deber profesional a mostrar una conducta colegiada y respetar los intereses legítimos de sus colegas es universal y general.

"Toda persona encargada de presentar de forma imparcial los intereses de diferentes personas, ha de mantener una objetividad rigurosa y seguir las normas de urbanidad tratando con tacto a sus colegas y a otras personas".<sup>90</sup>

b) Las posibilidades de que se produzcan errores son también múltiples entre notarios y en sus relaciones con otros. Generalmente, se sustraen a la determinación individual.

c) La obligación de mostrar una conducta colegiada se aplica también para llegar a acuerdos lo más amistosos posibles en caso de diferencias de opinión o

---

<sup>87</sup> Resolución del 24.07.1997, artículo 1 BvB 1863/96 (compárese nota 15).

<sup>88</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 8 según el artículo 19 de las Directrices notariales.

<sup>89</sup> Opinión general; compárese Schippel en la obra anteriormente citada, número marginal 9.

<sup>90</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 3 según el artículo 19 de las Directrices notariales.

conflictos. Las divergencias entre colegas en público o en vista pública ante el tribunal pueden mermar el respeto que exige el ejercicio de la profesión.

En caso de diferencias de opiniones o conflictos entre colegas, los interesados deberán intentar llegar primero a un acuerdo amistoso mediante la intervención del colegio: artículo 16 de las Directrices notariales. El colegio cumple aquí una función mediadora.

### **III. Código deontológico notarial en relación al Estado**

La actividad notarial es, según acuñación alemana, el ejercicio de un cargo público. Por este motivo, los deberes profesionales del notario alemán son también per se deberes frente al Estado.<sup>91</sup> Las cuestiones planteadas en este apartado por el coordinador internacional han sido situadas en este resumen sobre diferentes planos. Estos aluden, por un lado, a los deberes oficiales existentes en general frente al Estado y, por otro, a relaciones concretas del notario con las autoridades estatales en determinadas situaciones de hecho.

#### **1. Independencia e imparcialidad**

Éstos son, tal y como se explica en general y en cada caso en el presente informe, los deberes elementales del notario alemán.

Como titular de funciones públicas, los deberes del notario están también relacionados con el Estado. Lo que es evidente es que estos deberes profesionales coinciden con los intereses de las personas interesadas, sobre todo, en el interés del cliente en el sentido del apartado I de este informe.<sup>92</sup>

De ello se deriva también claramente que la violación de dichos deberes, sobre todo, la violación de los deberes oficiales, dé lugar inmediatamente en el sistema a una serie de sanciones.

#### **2. Obligación de ejercicio personal del cargo**

a) El principio fundamental del ejercicio personal del cargo se aplicará sin ningún tipo de reservas para todas las tareas del notario que sean de naturaleza soberana, es decir, en particular para la escribanía. El notario no podrá encargar a otra persona que realice, ni en general ni en casos aislados, esta labor.<sup>93</sup>

Éste es uno de los principios elementales del notariado alemán y, por tanto, una norma profesional fundamental.

---

<sup>91</sup> Compárese Schippel en Seybold-Schippel, números marginales 1 y siguientes en relación a la BNotO.

<sup>92</sup> Bernhard, en Manual Beck para notarios, F, Escrituración, números marginales 45 y siguientes.

<sup>93</sup> Compárese Vetter en Seybold-Schippel, número marginal 1 en relación al artículo 39 de la BNotO.

**b)** La norma es válida para todas sus autentificaciones y legitimaciones.

El notario alemán es una "persona dotada de fe pública" (artículo 415 del Código procesal civil); las actas levantadas por él son documentos públicos, en los que los hechos que en ellos se documentan gozan de valor y fuerza probatoria plena (artículos 415,418 del Código procesal civil).

Esta acción presupone que el notario respeta "con diligencia y rigor" las normas vigentes para los procedimientos de autentificación y que cumple con la tarea de dar fe en sus documentos.

Una autentificación falsificada de forma intencionada, esto es, la declaración falsa en el acta de fe después de haber sido leída en voz alta por el notario, es una de las faltas disciplinarias más graves. Lo mismo ocurre con la legitimación de una firma sin que ésta haya sido ratificada o reconocida por el mismo notario (las llamadas "legitimaciones a distancia").<sup>94</sup>

**c)** En los asuntos oficiales en los que intervenga el notario y que no pertenezcan a las actividades de escribanía propiamente dichas, por ejemplo, proyectos y asesoramientos, entre otros, se exigirá fundamentalmente que exista un ejercicio personal del cargo.

La adjudicación de dichas actividades a ayudantes del notario, por ejemplo, al primer oficial, para su tramitación independiente, es ilícita: el notario es el único responsable de su ejecución conforme a los hechos.<sup>95</sup>

### **3. El notario y las autoridades estatales**

En lo que respecta a esta cuestión, se trata de saber si y hasta qué punto el notario ha de mostrar ante determinadas situaciones de hecho unos deberes de conducta especiales, sobre todo, deberes de comunicación, frente a las autoridades estatales.

**a)** Lo que prima es la obligatoriedad del notario a guardar el secreto profesional también frente a las autoridades estatales, sobre todo, frente a las autoridades fiscales.

Éste es el derecho<sup>96</sup> vigente de forma inmediata en Alemania desde la entrada en vigor de la nueva versión de la Ley general tributaria del 01.01.1977.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Bracker en Seybold-Schippel, número marginal 15 en relación al artículo 95 de la BNotO.

<sup>95</sup> Vetter en Seybold-Schippel, número marginal 2 en relación al artículo 39 de la BNotO.- Las posibilidades de transferir la actividad notarial a los asesores del notario y a representantes nombrados oficialmente, no han sido presentados aquí en detalle; véase artículo 19, apartado 2 y artículos 23, 24 de la BNotO; artículo 39 de la BNotO.

<sup>96</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 10 en relación al artículo 18 de la BNotO. Compárese Bütrel para la postura de los notarios frente a las oficinas tributarias, Revista notariado alemán, 1966, 644.

<sup>97</sup> B.O.E. 1976 I, 613.

Las excepciones a este respecto están reglamentadas.

**b)** Los notarios contribuyen considerablemente a la formación de negocios jurídicos que dan lugar a deberes impositivos. Por este motivo, las autoridades fiscales tienen un interés justificado por conocer lo antes posible estos procesos notariales. A tal fin, se ha impuesto a los notarios el deber de informar a la oficina tributaria acerca de la autenticación de asuntos sujetos a determinados impuestos. Este deber de comunicación está establecido en las disposiciones legales.

En particular se toman en consideración los siguientes impuestos:

Impuesto sobre adquisición de bienes inmuebles, artículo 18 de la Ley de impuestos sobre adquisición de bienes inmuebles. Sobre todo se deben mencionar los contratos de compraventa y su contenido esencial.

Impuestos de herencia y donaciones, artículo 34 de la Ley del impuesto sobre sucesiones, artículo 13 del decreto de ejecución del impuesto de herencia. En consecuencia, habrá que mencionar especialmente las disposiciones de última voluntad, juicios testamentarios y contratos de donación.

Imposición de sociedades de capital, artículo 54 del decreto de ejecución del impuesto sobre la renta, incluido de forma novedosa en el año 1995 en el decreto de ejecución del impuesto sobre la renta. Por tanto, deberán remitirse a las autoridades financieras, sobre todo, documentos que tengan por objeto la creación, aumento de capital, reducción de capital, transformación o disolución de sociedades de capital o la disponibilidad de participación social.

**c)** La Ley alemana de transacciones exteriores del 28.04.1961<sup>98</sup> es el fundamento legal para el control estatal de las relaciones económicas con el extranjero. Según el artículo 44, apartado 1 de la Ley de transacciones exteriores, las autoridades oficiales podrán solicitar informes siempre y cuando sea necesario para velar por el cumplimiento de dicha ley. No obstante, según la opinión<sup>99</sup> de la mayoría, no existe ningún deber de información por parte del notario; es responsabilidad de las mismas personas interesadas cumplir con la obligación de presentación obligatoria.

El deber de informar sobre depósitos realizados por el notario resulta, por el contrario, de la "ley sobre blanqueo de dinero" del 29.10.1993.<sup>100</sup> El artículo 8 de la Ley sobre blanqueo de dinero obliga al notario y a la institución bancaria a la que se lleva la cantidad entregada a comunicar en el momento en que se abre la cuenta a qué factura va dirigida la cuenta. Según el artículo 3 sobre blanqueo de dinero, el notario deberá identificar a las personas (y

---

<sup>98</sup> B.O.E. 1961 I, 481.

<sup>99</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 37 en relación al artículo 18 de la BNotO.

<sup>100</sup> B.O.E. 1993 I, 1770; ratificado en las Directrices de las comunidades europeas del 10.06.1991 para impedir la utilización de la oficina tributaria para el blanqueo de dinero. Para la "Ley sobre el blanqueo de dinero" sólo, Colegio notarial federal, Revista notariado alemán 1994,1.

documentarlo) que le hayan entregado una cantidad de 20.000 marcos (o superior) al contado.

Según el artículo 195, apartado 1 del Código de construcciones<sup>101</sup>, cada contrato cuyo contenido sea el traspaso remunerable de una propiedad, deberá ser remitido por el notario a la autoridad municipal o a la autoridad del distrito competentes.

Existe un interés imperioso de que, tras la apertura de una sucesión, el tribunal testamentario conozca todas las declaraciones del testador que aludan a la herencia. Por este motivo, los notarios está obligados a remitir al registro civil todos los documentos que incluyan declaraciones de relevancia desde el punto de vista del derecho sucesorio.<sup>102</sup>

Finalmente, frente a la autoridad de control de notarios no existe el deber ni el derecho del notario a la denegación de información. El notario deberá comunicar a las autoridades de control la información exigida.<sup>103</sup> Lo mismo se aplica frente al colegio de notarios.

**d)** Pueden ser admisibles excepciones a guardar el secreto profesional si hubiera que ponderar bienes e intereses.

El notario estará también obligado a guardar el secreto profesional si durante el ejercicio de su profesión llegaran a su conocimiento acciones penales o si supiera de la intención de una actividad delictiva. Existen excepciones al respecto.

En los casos en que el secreto profesional represente una actividad delictiva, el notario está obligado a hacerlo público.<sup>104</sup>

Desde la posición del notario como titular de un cargo oficial en el ámbito de la práctica judicial cautelar, se deduce que el notario está también autorizado a informar a las personas en cuestión o personas amenazadas, siempre y cuando sea para evitar un daño.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> B.O.E. I, 1997, 2141. La ley vigente fue nuevamente redactada el 01.01.1998; permanece igual en su artículo 195.

<sup>102</sup> Las regulaciones están diferenciadas en cada caso. Las disposiciones sobre notificación en asuntos sucesorios fueron dadas a conocer el 30.11.1979 por los Länder federales alemanes. Véase Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 40 en relación al artículo 18 de la BNotO.

<sup>103</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 36 en relación al artículo 18 de la BNotO y número marginal 3 en relación al artículo 93 de la BNotO.

<sup>104</sup> Por ejemplo en los artículos 138, 139 del Código penal. Obligación de declarar proyectos de actos delictivos graves.

<sup>105</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 46 en relación al artículo 18 de la BNotO. Véase Keller, Límites entre el derecho penitenciario y el derecho profesional del notario, Revista notariado alemán 1994, 99 y siguiente; para conflicto de bienes y deberes, véase en particular páginas 94,99,101 y siguientes.

e) En casos de duda acerca de su obligación a guardar el secreto profesional, el notario alemán tiene la posibilidad de solicitar la decisión de las autoridades de control: artículo 18, apartado 2 de la BNotO.

La cuestión de si existe el deber de guardar silencio, que es la que en concreto ofrece más dudas, queda con ello aclarada con carácter obligatorio.<sup>106</sup>

#### **4. Código deontológico del notario y procedimientos de autenticación**

El código deontológico, obligación fundamental del notariado vinculado al Estado, está cobrando en Alemania cada vez más importancia para la configuración del procedimiento de autenticación y, con ello, también para la constitución del derecho, es decir, el código deontológico tiene una repercusión directa en la práctica notarial diaria corrigiéndola y complementándola.

a) El notario es el asesor independiente de las personas que se lo soliciten; tiene la obligación de evitar la apariencia de parcialidad: artículo 1, apartado 2, título 1 de las Directrices notariales.

Este deber profesional puede ser vulnerado si se siguen procedimientos de autenticación que difieran de la norma y que, por lo tanto, concedan a una parte ciertas ventajas, incluso aunque dichas ventajas no se supriman en la conformación material del negocio jurídico.

Conforme a esto, el artículo 1, apartado 2 títulos 2 y 3 de las Directrices generales para la práctica profesional de los notarios incluye las disposiciones correspondientes.<sup>107</sup> Las nuevas directrices recomendadas<sup>108</sup> incluyen también, en su artículo 4, las normas correspondientes.

b) Las llamadas autenticaciones colectivas son la unión de varios actos de escrituración en los que coincide parte del texto de las actas de fe (Ejemplo: escrituras de compraventa de varias viviendas en propiedad del mismo objeto). Dichas "autenticaciones colectivas" son admisibles por legitimación jurídica: artículo 13, apartado 2 de la Ley de escrituración. No obstante, aquí el notario debe evitar cualquier apariencia de parcialidad: artículo 1, apartado 2, títulos 1 y 2 de las Directrices Generales.

Conforme a esto, el Colegio federal de notarios y los Colegios notariales alemanes de los Länder son de la opinión que las "autenticaciones colectivas" entran generalmente en conflicto con los escrúpulos jurídico-profesionales si el notario reúne en una sola cita 5 casos en los que exista paridad (se representan parcialmente más de tres). Existe además el peligro de que el notario parezca parte de la organización de ventas del vendedor, provocando entonces la

---

<sup>106</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 59 en relación al artículo 18 de la BNotO.

<sup>107</sup> Promulgado en base a la resolución de la asamblea de representantes del 06.11.1970, véase Revista notariado alemán 1971

<sup>108</sup> Véase a tal efecto la nota 28.

apariencia de parcialidad.<sup>109</sup> Por este motivo, en una autenticación colectiva deberá procurarse que cada adquirente comprenda las explicaciones del notario y que haga uso de su derecho de interrogación. Al adquirente deberá decirse que con la autenticación colectiva no va a economizar gastos. Si deseara una escrituración por separado, se satisfarán sus deseos.

c) Por los mismos motivos, existen objeciones jurídico-profesionales contra el uso "sistemático" de poderes en el procedimiento de escrituración.

Por ejemplo, en el caso anterior, el vendedor actúa como representante sin poderes del adquirente, que posteriormente deberá autorizar su actuación. Esto significa que el adquirente no está presente en la autenticación del contrato de compraventa, no recibiendo por tanto asesoramiento del notario sobre dicho contrato de compraventa. Aquí se privaría a la persona, que es en definitiva la parte digna de protección, del asesoramiento notarial, que es el fin de la norma jurídica material, artículo 313 del Código civil, como consecuencia de esta configuración del procedimiento de autenticación. De este modo, no se logra el objetivo fundamental de la autenticación, que garantiza a los interesados el asesoramiento y la información por parte del notario, aunque desde el punto de vista jurídico formal y material se cumplan las disposiciones.

El código deontológico interviene corrigiendo y declara inadmisibles la práctica en la que el comprador no participe "sistemáticamente" en el acto de escrituración.<sup>110</sup>

La jurisprudencia ha aprehendido y aceptado estos escrúpulos jurídico-profesionales. Así, el Tribunal regional superior bávaro<sup>111</sup> sólo admite este procedimiento de autenticación si "se pacta una forma atípica de escrituración o está justificada por circunstancias especiales".

d) Toparse con objeciones jurídico-profesionales puede provocar finalmente también la separación sistemática de la oferta y la aceptación contractual. Esto puede ser de interés para el vendedor, que no desea participar en un gran número de autenticaciones o puede sustraerse de este modo a tener que explicar el contenido del contrato en presencia del notario.<sup>112</sup> Tampoco llegarían a negociar las personas interesadas sobre el contenido del contrato con la participación del notario. Una solución adecuada en tales casos podría ser que el notario remitiera el borrador del contrato a la parte del tratado

---

<sup>109</sup> Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 3 en relación al artículo 1 de las Directrices notariales N; Kutter en el Manual Beck para notarios, A II, Ideas generales para contrato promotor de viviendas.

<sup>110</sup> Compárese Brambring en el Manual Beck para notarios, A I, Compraventa de bienes raíces, número marginal 332; Schippel, en Seybold-Schippel, número marginal 4 en relación a las Directrices notariales.

<sup>111</sup> Citado por Brambring en la obra anterior.

<sup>112</sup> Schippel en Seybold-Schippel. Número marginal 6 en relación al artículo 1 de las Directrices notariales, Brambring en el Manual Beck para notarios, A I, Compraventa de bienes raíces, número marginal 383.

imposibilitada y pidiera su consentimiento al contenido del contrato y a este tipo de autenticación.<sup>113</sup>

#### IV. Sanciones

La vulneración de la ética profesional legal - deberes profesionales fundamentales - da lugar, según el derecho alemán, a una serie de sanciones que se sitúan en diferentes planos jurídicos.

1. Según el Código penal, pueden establecerse, en caso extremo, unos supuestos de hecho.

Particularmente en casos de:

- Violación del secreto profesional: artículo 203 del Código penal;
- Legitimación falsa: artículo 348 del Código penal;
- Excesiva exacción de derechos: artículo 352 del Código penal.

2. La vulneración de la ética profesional legal establece además una serie de derechos de responsabilidad civil contra el notario por daños y perjuicios para las personas interesadas que hayan podido sufrir tal infracción del deber.

Si el notario vulnerara de forma intencionada o por imprudencia frente a otro cualquier deber profesional, tendrá el deber de resarcirle por los daños que se deriven de su práctica: artículo 19, apartado 1 de la Ley federal del notariado. En caso de negligencia, la responsabilidad del notario es "subsidiaria"; la persona agraviada podrá percibir en primer lugar otro medio recuperatorio frente a, por ejemplo, su contratante o asesor personal.<sup>114</sup> Los deberes cuya vulneración constituye obligación por parte del notario de resarcir por daños y perjuicios son diversos. La jurisprudencia alemana los ha concretizado por separado, con tendencia a intensificar la dimensión de las obligaciones.<sup>115</sup>

El notario está obligado a pagar un seguro de responsabilidad civil profesional con el fin de cubrir riesgos de responsabilidad civil por daños patrimoniales que pudieran resultar de su práctica profesional y de la actividad de las personas de las que él es responsable; artículo 19a, apartado 1, título 1 de la Ley federal del notariado. La obligación legal del notario de disponer de un seguro es por tanto no sólo un deber profesional del código deontológico, sino una carga legal de cada notario alemán. Además, el artículo 67, apartado 2 n° 3 de la Ley federal del notariado dicta a los colegios de notarios la contratación de seguros de responsabilidad civil contra daños que no estén cubiertos por el seguro de

---

<sup>113</sup> Véase Brambring en la obra anteriormente citada.

<sup>114</sup> Véase responsabilidad subsidiaria por Haug en Seybold-Schippel, número marginal 80 y siguientes en relación al artículo 19 de la BNotO.

<sup>115</sup> Compárese punto I, 2a, con nota 55.

responsabilidad civil individual de cada notario por si los daños patrimoniales causados por él sobrepasaran el límite del seguro; éste es el llamado "seguro asociativo del grupo". Igualmente, el colegio de notarios está obligado, según esta disposición legal, a asegurar daños ocasionados intencionadamente y no cubiertos por el seguro de responsabilidad civil profesional ordinario; éste es el llamado seguro de fidelidad nominal.

Las sumas mínimas aseguradas ascienden en cada caso a 500.000 marcos por cada situación de aparición del riesgo. Para cubrir daños provocados por negligencia -éste es el caso normal- existe, pues, como mínimo un importe asegurado de 1.000.000 marcos.<sup>116</sup> En el ámbito de la modificación anterior de la Ley federal del notariado, la suma mínima asegurada de un seguro individual de responsabilidad civil pasa de los actuales 500.000 marcos a la suma que se desee. De esta posibilidad se hace un uso considerable en la práctica; muchos notarios están asegurados con sumas más elevadas, orientándose sobre todo según el tipo y volumen de las operaciones protocolarizadas.

Los colegios notariales disponen además, sin obligación legal y en base a la autorización del artículo 67, apartado 3 n° 3 de la Ley federal del notariado, de un llamado fondo de fidelidad nominal, del que deberán pagarse, conforme al estatuto, determinadas cantidades si el daño provocado por la acción intencionada de un notario no queda compensada por otros seguros y parece conveniente al fondo un pago según prudente arbitrio.<sup>117</sup>

**3.** Además, corresponden al sistema una serie de medidas de control de orden jurídico.

**a)** La vulneración de un deber profesional es una infracción disciplinaria del notario: artículo 95 de la Ley federal del notariado. Este principio sintetiza, de forma ejemplar, el derecho material disciplinario para los notarios.

Entre los deberes oficiales que se engloban bajo este principio, se encuentra también, en particular, el código deontológico.<sup>118</sup>

De este modo, las autoridades de control jerárquico del notario podrán hacer objeciones y modificar por vía jerárquica las vulneraciones del código deontológico.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Véase Schippel en Seybold-Schippel, número marginal 4 en relación al artículo 19 de la BNotO; Kazzleiter, en Seybold-Schippel, número marginal 32 y siguiente en relación al artículo 67 de la BNotO.

<sup>117</sup> A tal efecto, véase Kanzleiter en Seybold-Schippel, número marginal 34 en relación al artículo 67; Haug, en Manual Beck para notarios, J, número marginal 56.

<sup>118</sup> Bracker en Seybold-Schippel, números marginales 13, 19 y siguientes, en relación al artículo 95 de la BNotO.

<sup>119</sup> Bracker en la anteriormente citada, número marginal 14 en relación al artículo 93 de la BNotO, Funciones de las autoridades de control con especificaciones procedentes de la jurisprudencia.

**b)** Para los notarios, son vinculantes las mismas disposiciones disciplinarias vigentes para los funcionarios de la administración de justicia: artículo 96 de la Ley federal del notariado.

Las posibles medidas disciplinarias a tomar contra el notario, según esto, están jerarquizadas.

En casos de infracciones leves del deber, la autoridad de control puede abstenerse totalmente de tomar una medida disciplinaria, manifestando una "mera desaprobación" (artículo 94, apartado 1, título 1 de la Ley federal del notariado).

Si considerara pertinente una amonestación o multa, podrá notificarse el correspondiente castigo disciplinario (artículo 98 de la Ley federal del notariado).

Si fuera necesario tomar unas medidas severas -alejamiento de la sede oficial o desposesión del cargo- se encargará dar estado formal al expediente ante el tribunal disciplinario.

Los tribunales disciplinarios para notarios son, en primera instancia, la Audiencia territorial y, en segunda, el Tribunal federal: artículo 99 de la Ley federal del notariado.



# **Tema IV**

## **El notario como garante de la seguridad jurídica en la economía de mercado**

**Ponente:**

**Notario Dr. Wolfgang Ott, Ingolstadt**

## I. Introducción

En los países en los que el sistema de notariado latino predomina, encontramos el sistema económico de libre mercado de una manera más o menos fuertemente arraigada.

En el desarrollo de este sistema de economía de mercado se producen cada vez más conflictos con la orden notarial, especialmente en relación con la frecuente y actual tendencia de la desregulación. A los partidarios de esta tendencia les parece que en principio la orden notarial no está configurada según los principios de la economía de mercado, y, por otro lado, que por sus funciones dificulta el desarrollo apropiado de la economía de mercado.

En el futuro será una tarea importante y fundamental del notariado, plantearse estas aspiraciones y reaccionar en consecuencia.

## II. La función notarial en detalle

1. El notariado es una institución con una antigua tradición y en general goza de gran prestigio entre la población y en la sociedad.

Éste no es debido a un privilegio especial sino a la función que se le ha encomendado al notariado en los respectivos sistemas legales nacionales y la forma en que cumple dicha función.

En cuanto a esto, el notariado forma parte en todos los países del denominado "mercado legal".

Pero no se debe reducir la importancia del notariado a esta pura participación en el "mercado legal" sino destacar principalmente su **función pública**.

El notario es más que un mero participante en el mercado de asesoramiento legal. El notario ejerce la **soberanía** que se le ha conferido, esto es, **tareas estatales primarias** y por ello, se diferencia de los abogados, censores jurados de cuentas y asesores fiscales.

En el ejercicio de estas funciones que se le han atribuido, el notario contribuye en principio esencialmente a **descargar al estado de las funciones de administración de justicia**, que de otro modo tendría que asumir él mismo. En muchos países los notarios están familiarizados con este ejercicio de las funciones estatales como el otorgamiento de certificados sucesorios o la expedición de certificados especiales. En otros países, en los que los notarios ejercen sus actividad esencial en los campos de configuración de contratos, especialmente en el sector del Derecho de sociedades, Derecho de propiedad, Derecho de familia y Derecho sucesorio, se consigue descargar a los órganos estatales gracias a que los notarios preparan los documentos de inscripción para

los distintos registros como, por ejemplo, el registro de la propiedad de terrenos o el registro mercantil y la realización de las inscripciones en estos registros.

Los registros se ven liberados así en gran medida de entradas directas legales no cualificadas de los ciudadanos, y esto permite que las solicitudes presentadas conformes a la *lex artis* sean tratadas rápida y eficazmente. De ello se deriva que suponga una descarga de trabajo y personal para el registro, así como una **aceleración** de la inscripción correspondiente para el ciudadano en sus relaciones legales.

**2.** Los notarios cumplen también funciones bastante esenciales en su posición de asistencia a órganos del Estado al **formalizar los requisitos estatales**.

Este es el caso, sobre todo, en el campo del Derecho impositivo. En la mayoría de los países del notariado latino está previsto que las copias de determinados documentos notariales, p.ej. de contratos de compraventa, sean cursadas a las oficinas tributarias estatales, y que con éstas se establezcan los impuestos previstos para el proceso de adquisición como el impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles, así como que también se pueda tener una visión del estado del patrimonio del ciudadano y con ello se tenga a mano la base para la tributación de cada ciudadano.

**3.** Además el notariado tiene una función extremadamente importante en el campo de las relaciones legales entre los ciudadanos individuales.

Mediante su **actividad, configurada por el contrato** por un lado, y su **estricta obligación a permanecer neutral** por otro, el notariado facilita que se garantice la configuración de los contratos para los ciudadanos que acuden al Derecho de forma satisfactoria para las dos partes y que se formule y ejecute de tal modo que se tengan en cuenta los intereses de las dos partes. Así, el notario tendrá que garantizar en la configuración del contrato, p.ej. en el campo del contrato de compraventa de propiedad tanto al vendedor respecto al precio de compra esperado, como también al comprador, que éste adquirirá la propiedad de un terreno cuando haya pagado el precio de compra.

Generalmente no es necesario en este caso la participación de abogados. Ésta será solicitada prácticamente en los casos menos frecuentes.

Además la confección legal de contratos descarga sobre todo fundamentalmente a los tribunales estatales, ya que los **contratos escriturados por el notario serán rara vez causa de litigio** y, por tanto, los tribunales no se ocupan con tanta frecuencia de ellos como de los contratos quirografarios.

**4.** En este campo se debe hacer referencia, sobre todo, a la **función de protección del consumidor** por parte del notario.

En la configuración de contratos, especialmente en los contratos en los que una parte es la más fuerte económicamente, es función primordial del notario, tener en cuenta también los intereses de la parte económicamente más débil y tratarla según corresponda. Esto es especialmente importante, por ejemplo, en el campo del Derecho de promoción de construcción, como en los contratos, en los que grandes empresas de desarrollo de terrenos los firman, construyen y acto seguido venden las unidades individuales a compradores individuales.

5. Continuamente se hace referencia a una temible "colisión" del sistema del notariado latino con las tendencias de la economía de mercado. En muchos países industrializados occidentales predominan en estos momentos **tendencias a la desregularización** de la economía en el sentido, en que se divulga, que se invalidan o limitan regulaciones legales, que supuestamente son adecuadas para evitar el libre desarrollo de la actividad económica.

Debido a la influencia en concreto del círculo legal anglosajón, son considerados como un obstáculo, por ejemplo, los honorarios de los notarios, así como la incorporación del procedimiento del derecho registral inmobiliario y notarial no sólo en el campo del Derecho mercantil sino también en el Derecho inmobiliario.

Por el contrario: **el desarrollo económico rueda mejor por los "camino" bien preparados del derecho**. Sólo cuando se han logrado relaciones legales claras, se puede conseguir un éxito económico duradero.

### III. El notariado latino en el contexto de mercado

Entendido correctamente, el notariado no es un freno a la economía sino que **fomenta la economía**.

El notariado consigue mediante su actividad **relaciones claras y distintas** y sirve así a la **aceleración de los desarrollos y estipulaciones contractuales económicas**.

Aquí le presentamos algunos ejemplos:

1. En los países del notariado latino, en los que las sociedades se inscriben en el **registro mercantil** y estas **inscripciones** son realizadas por notarios, se garantiza que sea posible conocer por las respectivas inscripciones del registro mercantil si existe una sociedad, a cuánto asciende su capital social y si especialmente una persona determinada que representa como gerente a la sociedad también puede actuar en nombre de ésta.

Esta seguridad no existe, por ejemplo, en el círculo legal anglosajón. Incluso cuando la persona responsable presente los estatutos de la sociedad o los poderes de supuestos gerentes, no se puede deducir de esto que la persona pueda actuar en última instancia en nombre de la sociedad. Pues entonces, en la contratación domina la inseguridad constante de si el contrato así elaborado es válido o no.

La indicación dada por los juristas anglosajones al discutir este problema, respecto a que estos problemas se puedan resolver en última instancia mediante las regulaciones de responsabilidad civil, y que el problema de la incapacidad de pago se deba controlar mediante los correspondientes seguros, es más que insatisfactoria.

La tendencia dominante actual del sistema legal anglosajón, de dar soluciones a problemas, que en nuestro sistema legal se resuelven en el marco legal de la administración de justicia preventiva, en la fase posterior a la presentación del problema, es decir, trasladar a la "**administración de justicia posterior**" y remitir a los implicados en última instancia a los **derechos a indemnización** por daños y perjuicios, que consisten en pagos monetarios, es un **sistema que favorece claramente a la parte económicamente más fuerte en la vida jurídica**. Sólo esta parte tiene generalmente la posibilidad de que se desarrollen debidamente las relaciones legales mediante las correspondientes disposiciones que se ocupan de ello, tal como suscripciones de seguros o la posibilidad de la exposición exacta de supuestos precedentes. La retirada del estado de la administración de justicia preventiva, relacionada con la aceptación de las tendencias legales anglosajonas, es contraproduktiva, por tanto, para la protección del consumidor, ya que apoya unilateralmente no al consumidor sino a la parte contractual económicamente más fuerte, sobre todo, al participante en la vida económica que celebra con frecuencia contratos con los distintos interesados. El desplazamiento del control legal estatal en la fase de preparación de contratos y la constitución de relaciones legales en el control adicional de las contravenciones contractuales que dan lugar a las obligaciones de indemnizaciones por daños y perjuicios es insatisfactorio, incluso en el sentido económico legal, puesto que según la experiencia los **litigios postcontratos conllevan una carga desproporcional de costes más altos del sistema legal estatal que los costes de la administración de justicia preventiva**.

2. En el campo del notariado latino se registran los terrenos en los registros inmobiliarios y en estos registros consta quien es el propietario de un terreno y que cargas soporta. Los **registros inmobiliarios** gozan del **crédito público**, esto es, el correspondiente propietario inscrito en el registro inmobiliario, se considera autorizado para disponer de dicho terreno. Este crédito público sólo se le puede conceder al registro inmobiliario si se ha garantizado un **procedimiento de inscripción ordenado y seguro bajo la supervisión de un notario**. En los países del círculo legal anglosajón no existe un registro

inmobiliario propiamente dicho. Por tanto, en todos los negocios inmobiliarios domina la inseguridad sobre si el vendedor de un terreno es realmente su propietario. Para saberlo son necesarias exhaustivas medidas de investigación, el denominado "Title-Research" (Investigación de título). En relación con los contratos de compra de terrenos es necesaria normalmente la suscripción de un seguro, el denominado "Title-Insurance" (Seguro de título). En estos países participan con frecuencia uno o más abogados en la preparación del contrato.

3. Entendido correctamente, el notariado en su forma moderna actual en los sistemas de libre mercado, el legislador también ha reconocido en muchos países que **se podrían conferir otras funciones al notariado** y que éstas podrían ser realizadas de una manera más efectiva y segura por los notarios que por otros órganos de la administración de justicia.

Como ejemplo de ello, se pueden indicar algunas modificaciones legales ya realizadas y determinadas modificaciones planificadas en Alemania:

a) Hasta ahora era posible que las personas físicas y jurídicas se pudieran someter en documentos notariales a la ejecución inmediata de todo su patrimonio recogido en dichos documentos, con motivo de créditos monetarios determinados numéricamente o restituciones de cosas fungibles.

Esta disposición contenida en la cláusula 794 del código procesal civil alemán se ha ampliado a partir de ahora. Así pues, ahora se puede aclarar el **sometimiento a la ejecución forzosa en documento notarial por todos los requisitos básicamente**, con excepción de acciones desahuciatorias en aviso de desahucio de inquilinos y con excepción de acciones en contribución de una declaración de voluntad.

Esta escritura notarial de ejecución representa un título de deuda y, con ello, se equipara a una sentencia judicial en su efecto ejecutivo. También así se produce una descarga de la función jurisdiccional estatal mediante la elaboración de esta escritura notarial, de modo que no se deben promover muchas acusaciones porque ya existen las declaraciones de sometimiento a la ejecución forzosa. En Alemania se recoge, por ejemplo, prácticamente en todos los contratos de compraventa una declaración de sometimiento de ejecución forzosa del comprador por el pago del precio de compra, de modo que el vendedor pueda promover las medidas de ejecución forzosa contra el comprador en caso de falta de pago del precio de compra sin invocar al tribunal estatal.

b) En 1994 se volvió a elaborar de nuevo totalmente la **ley de transformación** en Alemania.

Esta ley facilita a partir de ahora en particular la fusión de todo tipo de empresas, así como también la desmembración de partes de explotación de empresas existentes como empresas independientes, así como también la transmisión total de bienes de una empresa a otra y la transformación de la forma de las empresas.

En este caso, se ampliaron considerablemente las posibilidades de estas configuraciones legales y se obtuvieron nuevas posibilidades de reorganización económica más favorable fiscalmente, sobre todo mediante la desmembración de las empresas.

Para todos estos procedimientos, es siempre necesario un contrato sobre la fusión o desmembración documentado notarialmente, que corresponda a las resoluciones adoptadas por las sociedades. El notario actúa de modo amplio en todos los procedimientos mencionados según la ley de transformación, elaborando regularmente los contratos y configurando así la transformación como tal, y a continuación la documenta y finalmente procura su inscripción en el registro mercantil pertinente.

La posición de la función que se le ha otorgado al notario en el nuevo Derecho de transformación muestra claramente la alta opinión que poseen los legisladores alemanes sobre los notarios y su actividad. Precisamente, el Derecho de transformación es un campo del derecho muy complicado en el que el notario puede contribuir a la constitución del Derecho por su extraordinaria formación y conocimiento jurídico que acreditan seguridad legal.

c) En el marco de la incorporación de los nuevos estados federados, que anteriormente han formado parte de la República Democrática Alemana, hubo muchas dificultades en la transferencia de los institutos legales específicos existentes allí al derecho de toda Alemania. Así existía por ejemplo, en la antigua RDA propiedad separada de terrenos en edificios.

Estas desigualdades se deben eliminar mediante la denominada **ley de ajuste de derecho en las bienes inmuebles**. Esta ley prevé que, por ejemplo, la propiedad de edificios se pueda transformar en derecho de superficie.

Para la discusión y posterior acuerdo entre los distintos interesados, como, por ejemplo, el propietario del terreno y el propietario del edificio, se prevé un procedimiento de mediación notarial, en el que el notario ejerce en parte las funciones judiciales. Por ejemplo, él puede citar a los interesados en un plazo y hacer propuestas sobre la regulación de los asuntos. Estas propuestas deben ser aceptadas por los interesados para producir efectos.

d) En el **campo de las relaciones jurídicas electrónicas** se han producido también importantes novedades.

La llamada "ley de marca" prevé los denominados puntos de certificación que confirman la autenticidad de una marca electrónica y la provee de una clave codificada de modo que se pueda utilizar según corresponda a las relaciones jurídicas. La experiencia práctica con este instituto ha demostrado que los puntos de certificación establecidos de forma privada no pueden comprobar suficientemente la exactitud de determinados datos de la certificación. Esto es así, sobre todo, para los denominados certificados de atributos, esto es, certificados que van más allá del mero nombre y fecha de nacimiento de una persona, en particular, la confirmación de una determinada característica profesional, así como de poderes de representación para determinadas sociedades o de poderes otorgados, la condición de gerente, etc. Después de haber reconocido los primeros puntos de certificación que para ellos es muy difícil comprobar dichos atributos y controlar constantemente su veracidad, éstos prevén en su contrato que los denominados certificados de atributos sólo puedan ser expedidos con la colaboración de un notario. Esto es una transferencia de funciones notariales, que se ha producido voluntariamente por parte de esta empresa de carácter jurídico-privada porque han constatado que no están en situación de consignar estas certificaciones necesarias en las relaciones judiciales en la práctica sino que deben hacer uso del conocimiento especial del notario, en particular, en el campo del Derechos de sociedades, para poder otorgar certificados de certeza jurídica.

e) En la denominada ley de descarga de la administración de justicia, que fue aprobada recientemente, se prevé el **establecimiento de órganos arbitrales** y que el acudir a ellos, sin éxito, sea el requisito para la iniciación de un procedimiento litigioso posterior. Para ello, los notarios están autorizados expresamente como dichos órganos arbitrales. Según esta ley, los notarios podrán ser invocados en el futuro como órganos arbitrales en litigios de todo tipo, siempre que sean de naturaleza civil y puedan ejecutar allí un procedimiento de mediación. Si esto da lugar a un acuerdo de los interesados, el notario puede documentar directamente este acuerdo y con ello liquidar el asunto. Si no es posible alcanzar dicho acuerdo, el notario expide la correspondiente certificación y ésta es el requisito para la iniciación del consiguiente procedimiento judicial litigioso.

f) En un proceso legislativo en curso actualmente, se prevé transferir al notario en el futuro la función de la expedición de los certificados sucesorios. La **expedición de certificados sucesorios** en Alemania es una tarea llevada a cabo hasta ahora por los tribunales estatales de primera instancia. Éstos deben comprobar los herederos y, a continuación, establecer las cuotas sucesorias por los testamentos existentes o por la sucesión hereditaria legal y expedir sobre ello la correspondiente certificación.

Esta función debe ser conferida en el futuro a los notarios para descargar a los tribunales estatales. Esta transferencia es extraordinariamente razonable. Ya hoy una gran parte de los testamentos se formalizan como escritura notarial. Puesto que está estrechamente relacionada se supone que se transferirá también el otorgamiento de certificados sucesorios.

También éste es un campo en el que se puede producir una gran descarga de los tribunales estatales, cuando se apruebe de este modo la ley.

g) En este contexto, se debe hacer referencia a la existencia de otro proyecto cuya finalidad es establecer un **registro testamentario central** en el colegio notarial federal alemán. En este registro se deben registrar todos los testamentos autorizado por notarios bajo el nombre del testador. En casos de muerte posterior, se puede consultar en este registro de testamentos, si se ha otorgado un testamento, y éste se puede abrir mediante el tribunal sucesorio o mediante notario.

Además se ha planificado vincular este registro de testamentos en una fase posterior de desarrollo internacional con el registro de testamento de otros países, de modo que también se pueda garantizar la apertura de este testamento en una institución de testamentos en el extranjero.

Este sistema central substituiría el sistema descentralizado hasta la fecha del registro de testamentos en los respectivos registros civiles y facilitaría la reclamación y hallazgo más fácil del testamento.

h) En la **ley de reforma del derecho de filiación** del año 1998 se prevé que, contra la regulación existente hasta la fecha relativa a parejas no casadas, con hijos comunes, no se transfiera más el derecho de guarda exclusivamente a la madre, sino que el padre y la madre se puedan poner de acuerdo sobre el ejercicio común del derecho de guarda. Este acuerdo se pondrá por escrito en una declaración común del denominado derecho de guarda de los padres del hijo. Esta declaración de derecho de guarda se debe exponer en una escritura notarial. La declaración del derecho de guarda puede ser otorgada también por padres separados, que se pongan de acuerdo tras la separación sobre su deseo de ejercer conjuntamente en el futuro el derecho de guarda, a pesar de otra resolución al respecto. En el futuro, el derecho de guarda conjunto será la regla general en los divorcios de las parejas, cuando no se haga otra solicitud por parte de una de las partes de los padres,

4. Los ejemplos antes mencionados relativos al proceso legislativo y a las leyes que ya se han aprobado muestran que los legisladores en Alemania han reconocido la **función reguladora e igualitaria del notario en la sociedad** y

que, por este motivo, le están siendo transferidos al notario otras funciones por parte de los legisladores.

Esta transferencia de funciones da lugar a una **descarga financiera de la sociedad en general**, puesto que se descargarán de trabajo los tribunales estatales financiados por ella.

La función notarial sirve con ello también a la **igualdad de intereses** entre los ciudadanos por un lado y el Estado por otro, y esto precisamente en el sistema de mercado libre, en el que el notario es necesario como garante de la seguridad jurídica y como regulador entre los distintos intereses en curso de los ciudadanos partícipes en las relaciones legales privadas, y, además contribuye al desarrollo de esta economía de mercado.

El legislador alemán ha reconocido esto hace tiempo y, por tanto, transfiere continuamente nuevas funciones al notariado para reducir el estado mediante la privatización de estas tareas y liberar la economía de la regulación estatal.

Junto a estas funciones, el notario ejerce también una fuerte **función de protección al consumidor**, en la cual asesora a la parte más débil de la economía en contratos económico-privados, así como a las partes económicamente más fuertes y con ello procura un equilibrio justo de intereses y allana así el camino para el desarrollo económico en los respectivos países.

Así entendido, **el notariado no es una traba sino un motor del desarrollo económico** y su conservación y ampliación de tareas por parte del Estado es una medida para la mejora y aceleración del desarrollo económico de los países individuales.

También es ahora evidente que la **seguridad jurídica** en estos campos en el sistema legal anglosajón es esencialmente menor que en el sistema legal del notariado latino contra lo que se viene afirmando.

El notario ejerce una función extremadamente importante en la seguridad legal del ciudadano, en la que procura la **fiabilidad a las relaciones jurídicas y a las inscripciones registradas**.

La introducción de tendencias legales anglosajonas quizá pueda acelerar en principio el pretendido desarrollo económico, al "facilitar" la configuración de los contratos y la redacción de los mismos, reservadas hasta la fecha al notariado. Esta posición ganada a corto plazo, que en principio parece una ventaja es, no obstante, de corta duración, ya que a causa de las garantías debidas a la liberalización de las relaciones jurídicas aumentan los litigios por contratos concluidos.

Entonces se producirá en primer lugar un aumento de la carga de los tribunales estatales por el aumento de litigios legales y, en segundo lugar, aumentarán los costes sociales del sistema legal.

Por ejemplo, en los Estados Unidos los costes judiciales ascienden ya a aproximadamente el 2,5% del producto nacional bruto americano, mientras que estos costes sólo representan aproximadamente un 0,5% del producto nacional bruto alemán.

No es sólo una "problemática de seguros" como nos quieren hacer creer los defensores del sistema legal americano y, en particular, la teoría allí extendida del "Economic-Analysis of Law" (Análisis económico de la ley), sino que da lugar a un dramático empeoramiento de la calidad de los servicios jurídicos y de los servicios a la población en su conjunto.

En las relaciones jurídicas, sólo la parte económicamente fuerte suele tener la posibilidad de protegerse mediante la incorporación de los correspondientes abogados y las suscripciones de los correspondientes seguros, la parte más débil económicamente por lo general fracasa en este sistema legal.

El notariado de estilo latino representa hoy en día un factor esencial en el desarrollo económico y en las garantías para la población en el marco de dicho desarrollo.

Correctamente entendido, la economía de mercado funciona mejor precisamente con el sistema notarial, y sirve mejor a los ciudadanos en el campo de los sistemas de economía de mercado. En el camino allanado del Derecho y, en particular, en la administración de justicia preventiva el tren del desarrollo económico rueda mejor.