

**XXV. CONGRESO INTERNACIONAL DE NOTARÍAS LATINAS
MADRID / ESPAÑA
3. 10. - 6. 10. 2007**

I. TEMA

EL DOCUMENTO NOTARIAL COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO EN LA SOCIEDAD

INFORMADOR:

Dr. Stefan Bandel
Notario en Deggendorf
Pfleggasse 9
D-94469 Deggendorf
Tel.: (49) (0991) 3733220
Correo electrónico: info@notar-bandel.de

DESGLOSE

Introducción.....	1
El documento notarial: Importancia jurídica, clases de documentos y ámbitos de aplicación.....	2
I. Importancia jurídica	2
1. Condición previa de eficacia	2
2. Comprobante	3
a) Declaraciones documentadas notarialmente:.....	3
b) Documentos notariales con otro contenido	4
c) Documentos electrónicos oficiales	4
d) Escrituras notariales extranjeras	5
3. Título ejecutivo.....	5
II. Clases de documentos	6
1. Escrituración de declaraciones de intenciones	7
2. Trcripciones sobre otras declaraciones como declaraciones de intenciones y otros hechos o actos	8
3. Observaciones	8
a) Certificaciones y otros certificados, art. 39 de la ley alemana sobre escrituraciones	8
aa) Certificación de una firma, art. 40 de la ley alemana sobre escrituraciones.....	9
bb) Certificación de una copia de un documento, art. 42 de la ley alemana sobre escrituraciones	9
b) Certificados electrónicos sencillos, art. 39 de la ley alemana sobre escrituraciones	10
III. Ámbitos de aplicación para documentos notariales.....	10
1. Condición previa de eficacia prescrita.....	10
a) Transacciones con propiedades inmobiliarias.....	10
aa) Enajenación de propiedades y derechos equivalentes a la propiedad	11
bb) Libertad de forma de otros actos jurídicos relativos a la propiedad	12
cc) Sometimiento a ejecución forzosa, art. 800, 794 párr. 1	

inciso, 5 de la ley alemana de procedimiento civil.....	12
b) Otras exigencias de forma en el derecho de obligaciones y el derecho de cosas	13
c) Derecho de familia.....	14
aa) Acuerdos matrimoniales, acuerdos de unión civil, acuerdos de separación, etc.:	14
bb) Filiación	16
d) Derecho de sucesiones	16
aa) Actos jurídicos vinculantes sobre el derecho de sucesiones en vida.....	16
bb) Venta de la herencia y disposición de partes de la herencia...	17
cc) Declaraciones frente al tribunal testamentario	17
dd) Testamento	17
e) Personas jurídicas, derecho de sociedades	18
aa) Derechos de la sociedad anónima alemana (AG) y de la sociedad en comandita por acciones alemana (KGaA)..	18
bb) Derecho de la sociedad de responsabilidad limitada alemana (GmbH)	19
f) Otros derechos sobre sociedades	20
2. Comprobantes prescritos	20
a) Escrituración pública en el código civil alemán.....	20
b) Derecho del registro de la propiedad, art. 29 del código de la ordenanza alemana del registro de la propiedad.....	21
c) Derecho registral inmobiliario, arts. 77 del código civil alemán, 12 del código mercantil alemán, 5, párr. 2 parte de la ley fundamental alemana, 157 de la ley alemana sobre las sociedades cooperativas profesionales y cooperativas económicas	21
3. Utilización voluntaria	22
a) A pesar de la libertad de forma	22
b) Documento en vez de certificación.....	22
IV. Funciones jurisdiccionales de los notarios públicos	23
B. La contribución del documento notarial al desarrollo de la sociedad	23
I. La contribución al desarrollo del derecho	24
1. Contrato de promotor ayer y hoy	25

2.	Concentración por actividad colegial.....	28
3.	Contribuciones a la difusión del conocimiento	29
a)	Publicaciones de los notarios respecto a la práctica cautelar sobre la jurisprudencia.....	29
b)	El trabajo del Instituto Notarial Alemán (DNotI)	29
c)	La Asociación Alemana de Derecho Notarial (NotRV)	31
II.	La contribución a la paz jurídica	32
1.	Uniformidad jurídica y seguridad jurídica	33
a)	Claridad de las determinaciones	33
b)	Claridad del significado jurídico y eficacia	34
c)	Permanencia	35
2.	Justicia	36
3.	Avenencia y evitación de conflictos.....	39
4.	Aplicabilidad	40
III.	La contribución a la adopción de desarrollos tecnológicos	41
1.	Registro central de poderes de representación, registro testamentario	42
2.	Red de notarios.....	43
3.	Relaciones jurídicas electrónicas, especialmente inscripciones en el registro mercantil.....	44
IV.	La contribución en el sistema de garantías de crédito	46
1.	Sistema del registro de la propiedad.....	46
2.	Título ejecutivo	47
V.	La contribución al cumplimiento de las exigencias de información estatales/cooperación en el sistema de recaudación fiscal, descargo de los centros estatales	48
1.	Impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles	49
2.	Impuesto sobre donaciones	49
3.	Impuesto sobre sociedades	50
4.	Blanqueo de capitales.....	51
5.	Comisión técnica calificadora.....	51
VI.	La contribución a la aplicación internacional del derecho.....	53
1.	Internacionalización de los documentos notariales	53
2.	Programas internacionales	55
3.	Instituto Notarial Alemán	55

C. La importancia económica de la actividad pública notarial para el desarrollo de la sociedad.....	56
I. Informe del banco mundial: Derecho como factor económico	57
1. Constitución de una empresa (“Starting a Business”)	58
a) El estudio del caso	58
b) Valoración en el informe	59
c) Crítica del informe	61
d) Mejoras en el sistema jurídico alemán	63
e) Crítica general	66
2. Adquisición de un inmueble	71
a) El estudio del caso	72
b) Valoración en el informe	73
c) Crítica del informe	74
d) Mejoras en el sistema jurídico alemán	79
e) Crítica general	81
II. Consideración económica general.....	85
1. El valor económico de la contribución de la actividad notarial al desarrollo de la sociedad.....	86
a) La dimensión económica del desarrollo del derecho.....	86
b) La dimensión económica de la seguridad jurídica y la paz jurídica.....	86
c) La dimensión económica de los registros fiables	87
d) La dimensión económica de un cumplimiento eficaz del derecho ..	87
e) La dimensión económica de una “privatización parcial” funciones estatales	87
2. Facilidad y rapidez	88
3. Paternalismo jurídico: ¿Una justificación económica para formalidades?.....	89
4. El notario como parte de los poderes del estado: función de protección y la perspectiva macroeconómica	91
a) La protección de los débiles: buena asistencia jurídica para todos	92
b) Cumplimiento de las funciones estatales	93
c) Unificación del derecho y calidad jurídica.....	94

D. Conclusión..... 96

EL DOCUMENTO NOTARIAL - UNA CONTRIBUCIÓN AL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD

Introducción

El título de este informe hace esperar que el documento notarial y la actividad pública del notario, cuyo resultado es el documento notarial, presten una contribución al desarrollo de la sociedad. Esta esperanza no decepcionará según lo presentado en este informe.

Después de una introducción (parte A) en la que se indicará qué clases de documentos notariales existen en el derecho alemán y en qué ámbito son de aplicación los documentos notariales, en la parte B se arrojará luz, mediante ejemplos, sobre cómo la actividad notarial ha contribuido al desarrollo del ordenamiento jurídico, y sobre cómo contribuye al funcionamiento actualmente y cómo cumple las funciones del Estado.

Se expondrá la protección suficiente que la actividad notarial ofrece a la parte contractual más débil (no necesariamente un consumidor). Esta función de protección se volvió a recalcar recientemente. Se expondrá también que el notariado alemán fomenta el desarrollo del derecho en todos los niveles, ya sea mediante la cooperación en la legislación nacional y supranacional, mediante la difusión del conocimiento del derecho o mediante su preparación para la aplicación práctica, especialmente a través del Instituto Notarial Alemán (DNotI).

El documento notarial como documento claro de contenido y permanente con un contenido fácilmente ejecutorio y normalmente justo garantiza la paz jurídica. El notariado trabaja con registros centrales para fortalecer esta función mediante una capacidad mejorada de localización de documentos importantes (poderes de prevención, poderes anticipados para el caso de discapacidad, en el futuro, dado el caso, poderes anticipados testamentarios). Asimismo, estas calidades de los documentos notariales no se sacrifican con la utilización de nuevas técnicas, sino que también se ofrecen en este ámbito de aplicación.

La documentación notarial y su transmisión descargan significativamente al estado en ámbitos parciales de la adquisición de información necesaria de otro modo, por ejemplo, en la recaudación de impuestos o en el blanqueo de capitales y en la identificación necesaria de personas.

Todo esto no se limita a los supuestos estrictamente alemanes, sino que, más bien, el trabajo de los notarios alemanes también contribuye directamente en un primer momento al incremento de la balanza de transacciones con el exterior.

En la parte C se analiza la importancia económica de la actividad notarial pública. Después de los informes del Banco Mundial “Doing Business 2004 y siguientes” que definen la obligación de forma notarial como desventaja económica, debe aclararse en qué medida está respaldada esta tesis del Banco Mundial por su investigación. En este sentido, se mostrará que la investigación del Banco Mundial presenta importantes errores materiales con relación a Alemania y que no hace justicia a su propia pretensión, la valoración económica de los hechos. A continuación se presentarán algunos aspectos que deben considerarse como positivos para una valoración económica de los documentos notariales. Ello arroja como conclusión que el documento notarial en Alemania ha prestado y prestará una contribución significativa al desarrollo de la sociedad, y, en de hecho, una contribución con un efecto económico positivo.

A.

El documento notarial:

Importancia jurídica, clases de documentos y ámbitos de aplicación

I.

Importancia jurídica

El documento notarial tiene una importancia jurídica en el derecho alemán de formas muy distintas.

1. Condición previa de eficacia

El documento notarial es, como forma que debe observarse conforme al derecho material, una condición previa de eficacia de los actos jurídicos. Con frecuencia, el documento notarial es una condición previa de eficacia

impuesta legalmente, pero también la certificación notarial aislada^{1.2} Un acto jurídico que tenga un defecto de forma prescrita por la ley es inválido³, art. 125, inciso 1 del código civil alemán (BGB).

Si un documento constituido por un notario que no sea alemán satisface la exigencia de forma legal y lleva a un acto jurídico eficaz, se valorará de forma diferente respecto a las exigencias de forma individuales y, además, se valorará de forma muy controvertida, especialmente en el derecho de sociedades. Para la certificación de declaraciones en el extranjero, el Tribunal Federal Supremo ya exigía en un “obiter dictum” que el fedatario extranjero ejerciese una función equivalente a la del notario alemán en cuestión de formación y ocupación en la vida jurídica y que se observase un derecho procesal que respondiese a los principios en los que se basa el derecho de escrituración alemán.⁴

2. Comprobante

El documento notarial es el comprobante de garantía especial en el procedimiento judicial.

a) Declaraciones escrituradas notarialmente:

Conforme al art. 415 del código alemán de procedimiento civil, el documento o la copia certificada (art. 435 del código alemán de procedimiento civil) de una declaración notarial escriturada conforme a la

¹ P.ej., en la repudiación de herencias, art. 1945 párr. 1 y 3, en poderes para la fundación de una S.L. o una S.A., art. 23, párr. 1 inciso 2 de la ley alemana sobre sociedades anónimas y el art. 2, párr. 2 de la ley alemana sobre sociedades limitadas, aclaración para la adquisición de una participación societaria en un aumento de capital, art. 55, párr. 1 de la ley alemana sobre sociedades anónimas.

² Compárese con las distintas clases de escrituras notariales del punto siguiente. II.

³ Esta nulidad no es siempre definitiva, sino que puede subsanarse en casos individuales especificados por la ley a través de actos posteriores, p.ej., art. 311 b, párr. 1 inciso 2 del código civil alemán, art. 15, párr. 3, 4 de la ley alemana sobre sociedades limitadas. Asimismo, la subsanación se efectúa en muchos ámbitos del derecho sobre sociedades cuando las inscripciones se realizan en el registro correspondiente.

⁴ Resoluciones del Tribunal Federal Supremo en asuntos civiles 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160

ley representa el justificante íntegro del acto escriturado por el notario con la consecuencia de que una convicción contraria del juez no tiene ninguna relevancia en este sentido.⁵ Esto vale, por un lado, para el justificante de integridad y validez de la declaración escriturada,⁶ y, por otro lado, también para las circunstancias acompañantes recogidas en el documento (hora, lugar, autoridad, fedatario), inclusive la identidad de las personas participantes.⁷ Los documentos constituidos en forma y contenido por un notario tienen la presunción de autenticidad en sí mismas, art. 437 del código alemán de procedimiento civil.

b) Documentos notariales con otro contenido

Los documentos notariales con otro contenido también son una prueba íntegra de los hechos en ellas declarados, art. 418 de la ley alemana de procedimiento civil, p.ej, la firma por parte de una persona determinada de un protesto de una letra, art. 80 de la ley cambiaria alemana, o la celebración de una junta determinada, así como el perfeccionamiento y el contenido de las resoluciones tomadas por la junta.

c) Documentos electrónicos oficiales

Sobre los documentos electrónicos que no han sido creados por un notario dentro de los límites de sus competencias en la forma descrita, son de aplicación, conforme al art. 371 a, párr. 2 de la ley alemana de procedimiento civil, las normas sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos. Dado que no existe una “escrituración electrónica de declaraciones”, esto significa en primer lugar que, además de la copia certificada como comprobante de valor equivalente, también entran en juego documentos electrónicos que contienen la conformidad del documento con el documento en papel escriturado o certificado notarialmente u otros documentos en papel públicos. A la inversa, conforme al art. 416 a de la ley alemana de procedimiento civil, mediante

⁵ *Musielak/Huber*, art. 415 de la ley alemana de procedimiento civil, núm. marg. 8.

⁶ Tribunal Federal Supremo, DNotZ 1986, 78.

⁷ Tribunal Regional de Berlín, resolución del 14.02.1962 - 84 T 4/62, DNotZ 1963, 250; *Zöller/Geimer*, art. 415 de la ley alemana de procedimiento civil, núm. marg. 5.

un documento público dotado de una nota de protocolización notarial conforme al art. 371 a, párr. 2 de la ley alemana de procedimiento civil se lograría la misma eficacia probatoria que mediante la copia certificada de un documento público.

Estas normas jurídicas, así como todos los complementos necesarios para las mismas de la ley alemana sobre escrituraciones fueron creadas con la ley alemana de comunicación judicial del 22.05.2005. Su importancia práctica era marginal hasta finales de 2006 en el ámbito notarial alemán. Con la obligación vigente a partir del 01.01.2007, de presentar inscripciones y documentos en el registro mercantil sólo en forma electrónica, este ámbito jurídico ha cambiado de forma repentina. Esta exigencia de forma estipulada en el art. 12 del código mercantil alemán revisa la participación hasta ahora del notario en el proceso de inscripción también para la era de los actos jurídicos electrónicos.⁸

d) Documentos notariales extranjeros

Los documentos notariales extranjeros tienen en el proceso civil básicamente del mismo valor probatorio que el documento de un notario alemán.⁹ Sólo se ve limitada la presunción de autenticidad de estos documentos menos corrientes para los tribunales alemanes conforme al art. 438 del código alemán de procedimiento civil. No obstante, dicha presunción de autenticidad se supone cuando en el documento se adjunta la legalización o apostilla prescrita para el reconocimiento, o si se puede prescindir de dichos documentos adicionales conforme al ordenamiento jurídico de la UE o un tratado internacional.¹⁰

3. Título ejecutivo

Finalmente, el documento notarial es un título ejecutivo conforme al art. 794, párr. 1, inciso 5, (800) del código alemán de procedimiento civil cuando el obligado ha supeditado la ejecución forzosa mediante

⁸ Ley sobre el registro mercantil, de cooperativas y de empresas electrónico (EHUG), *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial del Estado Alemán) Parte I, 2006, 2553.

⁹ *Musielak/Huber*, art. 415 de la ley alemana de procedimiento civil, núm. marg. 8.

¹⁰ *Musielak/Huber*, art. 438 de la ley alemana de procedimiento civil, núm. marg 3.

declaración escriturada. La posibilidad de ejecución forzosa estaba limitada hasta el 31.12.1998 a los derechos de pago. Mediante la segunda ley de modificación de la ejecución forzosa se abrió la posibilidad, con efecto el 01.01.1999, a la supeditación de la ejecución forzosa para derechos de toda clase, para lo que la ley sólo prevé tres excepciones limitadas materialmente.¹¹ Como título ejecutivo, el documento notarial no solo tiene relevancia nacional, sino que se reconoce y es aplicable dentro de la UE. Con la entrada en vigor del reglamento TEE¹² el 21.01.2005, la ejecución de documentos notariales alemanos en todos los estados miembro de la UE a excepción de Dinamarca depende ahora de muy pocos requisitos formales. Lo mismo es de aplicación para la ejecución de documentos notariales de estados miembro de la UE en Alemania, cuyo sistema jurídico conozca los documentos notariales incontrovertibles, esto es, todos los estados miembros del notariado latino.

II.

Clases de documentos

Mientras que el reglamento federal de notarios regula la competencia material de los notarios alemanes, art. 20 y siguientes del reglamento federal de notarios, mediante la ley alemana de escrituración se determina el producto de esta actividad notarial, es decir el procedimiento para el perfeccionamiento y el contenido de los documentos notariales. La ley de escrituración alemana diferencia entre lo siguiente:

¹¹ Están excluidos los derechos que no sean tratados por una regulación equivalente, derechos de emisión de una declaración de voluntad y derechos que afecten a la legitimidad de una relación de alquiler sobre espacio habitable.

¹² Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento y del Consejo Europeo para la introducción de un título ejecutivo europeo para exigencias incontrovertibles del 21.04.2004 (DO L 143 de 30.4.2004, p. 15).

1. Escrituración notarial de declaraciones de intenciones

El documento notarial de declaración de intenciones está regulado en el art. 8 y siguientes de la ley alemana sobre escrituraciones. Se efectúa mediante la creación de una transcripción sobre el acto que debe leerse a los participantes en presencia del notario, ser aprobada por ellos y ser entregada firmada, art. 8 y siguientes de la ley alemana sobre escrituraciones. Según el art. 13, párr. 3 de la ley alemana sobre escrituraciones, la transcripción también puede ser firmada por el notario añadiendo su distintivo oficial.

La transcripción contiene la denominación del notario y de los participantes, los datos sobre el lugar y el día del acto, las determinaciones sobre la identidad de los participantes, su capacidad de efectuar actos comerciales, siempre que esté cuestionada, y, dado el caso, la comprobación de la autorización de representación. Estas determinaciones son el valor probatorio del documento notarial.¹³

Las normas son respectivamente válidas para la escrituración de juramentos y garantías juradas, art. 38 de la ley alemana sobre escrituraciones.

El procedimiento de escrituración debe garantizar que los participantes comprendan sus declaraciones y, dado el caso, la traducción de la transcripción en un idioma familiar para el participante en el proceso de escrituración, art. 16 de la ley alemana sobre escrituraciones, o mediante medidas de asistencia para personas con discapacidades. Para ello, el notario ha de indagar voluntad de los participantes, aclarar las circunstancias, informar a los participantes sobre la trascendencia jurídica del acto y reproducir en la transcripción sus declaraciones de forma clara e inequívoca. Además, debe encargarse de que no se vean perjudicados participantes inexpertos e incapaces, art. 17 de la ley alemana sobre escrituraciones. La ley le asigna la responsabilidad de la eficacia del acto, así como su capacidad ejecutoria, explícitamente mediante la obligación de aludir a las autorizaciones judiciales o de otras autoridades necesarias, derechos de preferencia legales y el certificado de no objeción fiscal, arts. 18 – 20 de la ley alemana sobre escrituraciones.

¹³ Véase arriba el punto I.2.a).

2. Transcripciones sobre otras declaraciones como declaraciones de voluntad y otros hechos o actos

En la certificación de otras declaraciones como declaraciones de voluntad y otros hechos, el notario también elabora una transcripción. Ésta contiene la designación del notario, el informe sobre sus observaciones y el lugar y el día de las observaciones y el día y el lugar de constitución del documento, que será firmada por el notario adjuntando su distintivo oficial, art. 37, párr. 3 de la ley alemana sobre escrituraciones.

La ley no asigna al notario ninguna responsabilidad para la eficacia del contenido o de la ejecución en el marco de esta certificación. No obstante, en la práctica se busca la asistencia del notario en este contexto y se acepta de buena gana.

En el marco del ámbito de aplicación, esta transcripción tiene el mismo efecto que la transcripción sobre la escrituración de declaraciones de voluntad del cumplimiento del requisito de eficacia legal “documento notarial” y tiene el mismo valor probatorio que un documento pública.¹⁴ El título ejecutivo no puede ir en contra de dicho documento.

3. Observaciones

a) Certificaciones y otros certificados, art. 39 de la ley alemana sobre escrituraciones

Además de la transcripción también existen observaciones de documentos notariales. Éstas se definen como documentos que deben contener la atestación, la firma y el sello del notario, y el lugar y el día de expedición (no necesariamente el día de la observación), art. 39 de la ley alemana sobre escrituraciones. La observación también tiene el valor probatorio de un documento público,¹⁵ pero este valor se limita únicamente al contenido de su testimonio, es decir, por ejemplo, de la ejecución o el reconocimiento de la firma por una persona determinada designada de forma precisa ante el notario o la determinación de la identidad de copias con sus documentos. El título ejecutivo no puede ir en contra de tales documentos.

¹⁴ Véase arriba el punto I.1. y 2.

¹⁵ Véase arriba el punto I.2.

aa) Certificación de una firma, art. 40 de la ley alemana sobre escrituraciones

Una forma práctica y especialmente significativa legalmente de la observación es la certificación de firmas y rúbricas. Esta certificación sólo puede realizarse cuando la firma se ejecutó o se reconoció en presencia del notario, sobre lo que la observación debe informar. El contenido esencial de la observación es además la designación inequívoca de la persona firmante así como la indicación para la determinación de su identidad. Este documento satisface el requisito de eficacia de la certificación pública en el sentido del art. 129 del código civil alemán.¹⁶ Por el contrario, un vestigio del pasado es la certificación regulada en el art. 41 de la ley alemana sobre escrituraciones de la firma (prueba de firma) sin texto que la acompañe. Los comerciantes y personas cuya autorización de representación se indicase mediante el registro mercantil, de asociaciones o cooperativas, estaban obligados hasta el 31.12.2006 a depositar su firma para la conservación en el registro. Esta exigencia de depósito se ha suprimido con los actos jurídicos electrónicos.

bb) Certificación de una copia de un documento, art. 42 de la ley alemana sobre escrituraciones

Además de la certificación de la firma, la certificación de la copia de un documento tiene una importancia sustancial, en tanto que esta copia puede crearse de documentos, ejemplares, copias certificadas, pero también copias simples. Este documento notarial no es nunca un requisito de eficacia, sino que tiene exclusivamente una función probatoria.

También se puede certificar la impresión de un documento electrónico. Si éste está dotado de una firma electrónica APRA según la ley sobre firmas, debe documentarse el resultado de la comprobación de la firma, art. 42, párr. 4 de la ley alemana sobre escrituraciones.

¹⁶ Véase arriba el punto I.1.

b) Certificados electrónicos sencillos, art. 39 de la ley alemana sobre escrituraciones

Desde la entrada en vigor de la ley alemana de comunicación judicial el 01.06.2005, el notario también puede redactar certificaciones y otros documentos de forma electrónica, en el sentido del art. 39 de la ley alemana sobre escrituraciones. La observación debe contener una firma electrónica conforme a la ley alemana sobre firmas. Ésta debe hacer referencia a una atestación, de la que debe comprobarse su vigencia. A la atestación debe estar asociada una confirmación de la condición de notario por el organismo competente, esto es, las cámaras notariales regionales.

III.

Ámbitos de aplicación para documentos notariales¹⁷

1. Condición previa de eficacia prescrita

La certificación notarial es un requisito de eficacia prescrito legalmente para los actos jurídicos en los que, según la valoración del legislador para la protección de los participantes o en interés general, se ofrezca una protección especial ante la precipitación (función de prevención), una documentación clara y segura de la justificación y el contenido del acto (función probatoria) y/o una instrucción y asesoramiento adecuados de los participantes antes de la firma (función de asesoramiento).¹⁸ Se trata especialmente de los siguientes ámbitos:

a) Transacciones con propiedades inmobiliarias

El documento notarial desempeña un papel principal en las transacciones con propiedades inmobiliarias, donde debe satisfacer correctamente las

¹⁷ Compárese desde otra perspectiva: *Langhein*, Cooperación del notario en el marco no contencioso (jurisdicción voluntaria (I. Tema U.I.N.L. 1992) en BNotK (edic.), XX. Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena/Colombia 27.04. - 02.05.1992, Informes de la Delegación Alemana, p. 5 y siguientes.

¹⁸ Para la función de la escrituración notarial, compárese *Eylmann/Vaasen-Eylmann*, Introducción a la ley alemana sobre escrituraciones, núm.marg. 3.

tres funciones anteriormente indicadas. Existen varias normas pertinentes para ello:

aa) Enajenación de propiedades y derechos equivalentes a la propiedad

La norma central para actos jurídicos obligacionales es el art. 311 b, párr. 1, inciso 1 del código civil alemán, por el cual todos los contratos mediante los cuales una parte se compromete a transferir o adquirir la propiedad sobre un bien inmueble, necesitan una certificación notarial. La norma rige completamente con independencia del motivo y la finalidad del acto (compra, donación, aportación a una sociedad, etc.) y también para el acto parcial unilateral (oferta, presunción). Comprende actos jurídicos sobre partes de bienes inmuebles (superficies parciales, participaciones en copropiedad). El art. 4, párr. 3 de la ley sobre propiedad horizontal y el art. 11, párr. 2 de la ley de superficies amplían el ámbito de aplicación de forma inequívoca sobre la transferencia de propiedad horizontal y la propiedad parcial y de los derechos de superficie, también cuando la primera división de la propiedad beneficia a una persona distinta al propietario y conlleva de este modo una transferencia de parte de la propiedad.

Para la transferencia como negocio de disposición jurídico-legal no es de aplicación el art. 311 b, párr. 1 del código civil alemán, sino el art. 925 del código civil alemán que prescribe que el acuerdo en este sentido debe declararse sin condiciones o determinaciones de tiempo ante un organismo competente para ello, normalmente el notario alemán, con su presencia simultánea. Esto también es de aplicación para la propiedad horizontal en caso de la primera justificación o anulación a favor de un tercero, art. 4, párr. 1 y 2 de la ley sobre propiedad horizontal, pero, curiosamente no de forma expresa para la justificación, transferencia o cancelación del derecho de superficie, art. 11, párr. 1, inciso 1 de la ley de superficies.

Para la comprensión de los lectores de otros campos del derecho, cabe recordar que, conforme al principio de separación y abstracción practicado en el código civil alemán, el acto subyacente de derecho obligacional (también: obligación) y la disposición jurídico-legal en su

eficacia mutua, son normalmente independientes y exigen aclaraciones con diferente contenido.¹⁹ De ahí que una exigencia de forma como requisito de eficacia pueda afectar unas veces al acto subyacente de derecho obligacional y otras veces al negocio de disposición jurídico-legal.

bb) Libertad de forma de otros actos jurídicos relativos a la propiedad

Contra la creencia generalizada que se extiende hasta el mundo del derecho, el documento notarial no es ningún requisito de eficacia para otros actos jurídicos relativos a la propiedad. Esto vale para todas las clases de cargas sobre la propiedad, incluidos los actos obligacionales relativos a ellas, pero también para la justificación o la anulación de propiedad horizontal conforme al art. 8 de la ley sobre propiedad horizontal o derechos de superficie a través del propio propietario del bien inmueble. La certificación notarial lleva en este sentido únicamente a una vinculación con un acuerdo declarado, arts. 873, párr. 2, 877, párr. 2 del código civil alemán, esto es a un fortalecimiento de la posición jurídica de la parte contractual antes de la inscripción de la modificación jurídica en el registro de la propiedad. No obstante una declaración de inscripción certificada, según los arts. 19, 29 de la ordenanza alemana del registro de la propiedad, es un requisito para una inscripción en el registro de la propiedad, sin que se produzca ninguna modificación jurídica según el art. 873, párr. 1 del código civil alemán. No obstante, una formalidad suficiente para ello es el registro de una observación de una certificación de firma en el sentido del anterior punto II.3. a) aa).²⁰

cc) Sometimiento a ejecución forzosa, art. 800, 794 párr. 1 inciso, 5 de la ley alemana de procedimiento civil

La escrituración notarial del sometimiento a ejecución forzosa no debe atribuirse propiamente al derecho de propiedad sino al derecho de procedimiento. Un documento es sólo un título ejecutivo para una

¹⁹ Compárese MüKo-Rinne, Introd. al art 854 del código civil alemán, núm.marg. 16.

²⁰ Compárese el siguiente punto III.2.

certificación adecuada de la declaración de sometimiento. La justificación para hacer alusión a este requisito de eficacia reside en el hecho que realmente el caso más frecuente es la certificación de derechos de prenda hipotecaria, y el sometimiento, en este sentido, con efecto contra el correspondiente propietario conforme al art. 800 de la ley de procedimiento civil exige a su vez la inscripción en el registro de la propiedad. La solicitud de derechos de prenda hipotecaria en sí misma no necesita de escrituración oficial, pero las entidades de crédito exigen regularmente un derecho de prenda hipotecaria y sometimiento ejecutivo para créditos inmobiliarios.

Además de esta área de aplicación el sometimiento a ejecución forzosa escriturado notarialmente en los actos jurídicos que se certifican por otros motivos y en el marco de acuerdos de moratorias da lugar a la adquisición de otras exigencias sobrevencidas, ya que el documento notarial comparada con un procedimiento de apremio es una vía mucho más económica para lograr un título ejecutivo.

b) Otras exigencias de forma en el derecho de obligaciones y el derecho de cosas

Por lo demás, la certificación notarial como requisito de eficacia es la excepción en el derecho de obligaciones y en el derecho de cosas del código civil alemán.

aa) Apenas tiene relevancia la obligación de transferencia o la responsabilidad de usufructo del patrimonio completo o partes del patrimonio completo conforme al art. 311, b, párr 3 del código civil alemán, ya que todos los actos sobre objetos individualmente mencionados, incluso cuando constituyen económicamente todo el patrimonio, no se registran.

bb) Los contratos entre herederos futuros legales sobre toda la herencia o la legítima de uno de ellos son eficaces con escrituración notarial conforme al art. 311 b, párr. 5 del código civil alemán según el derecho alemán. Tienen relevancia práctica cuando los contratos directos con el testador no son posibles o

deseados, o también cuando se concede valor a la vinculación de los herederos entre sí. No obstante, las renunciaciones a la herencia, la legítima o la asignación según el art. 2346 y siguientes del código civil alemán, son excepciones muy infrecuentes.

cc) La promesa de donación no realizada de este modo necesita de la escrituración notarial conforme al art. 518, párr. 1 del código civil alemán. Más allá de las transacciones con propiedades inmobiliarias que necesitan de escrituración conforme al art. 311 b, párr. 1 del código civil alemán, dichos casos son muy raros en la práctica.

dd) Por último, la solicitud (jurídico legal) del usufructo o del derecho de prenda a un derecho está sujeta a las exigencias (de forma) vigentes para la transferencia del derecho conforme a los arts. 1069, párr. 1, 1274, párr. 1, inciso 1 del código civil alemán. Esto lleva a que la pignoración de una expectativa de propiedad en un bien inmueble esté sujeta a la estipulación del art. 925 del código civil alemán y la pignoración de una participación societaria de una GmbH o la solicitud de un usufructo en ella deba escriturarse notarialmente conforme al art. 15, párr. 3 de la ley sobre sociedades limitadas.

c) Derecho de familia

La certificación notarial se encuentra con frecuencia como requisito de eficacia en el derecho de familia. Sin carácter exhaustivo cabe mencionar:

aa) Acuerdos matrimoniales, acuerdos de unión civil, acuerdos de separación, etc.:

La certificación notarial está sujeta a contratos sobre la situación patrimonial y/o para la pensión compensatoria conforme al art. 1378, párr. 3, 1408, 1410 del código civil alemán o el art. 1587 o del código civil alemán, para la elección del derecho aplicable para los efectos del matrimonio, art. 14, párr. 4 de la ley introductoria al código civil alemán

o del derecho aplicable sobre la situación patrimonial, art. 15, párr. 3 en comparación con el art. 14, párr. 4 del código civil alemán,²¹ renuncia a una parte del patrimonio común y la anulación de la continuidad de la comunidad de bienes mediante acuerdo, art. 1491, párr. 2 y art. 1492, párr. 2 del código civil alemán o la declaración de consentimiento conforme al art. 1516 del código civil alemán. Además, el art. 630, párr. 3 de la ley de procedimiento civil exige para una separación avenida que los cónyuges hayan ocasionado un título de deuda ejecutable sobre la regulación de la obligación de manutención respecto a un niño, de la obligación de mantenimiento legal justificada por el matrimonio, así como de las relaciones jurídicas en el domicilio familiar y en los efectos domésticos (mediante certificación notarial o transacción judicial), lo que se ignora en la práctica de las separaciones con bastante frecuencia.

Los contratos sobre la manutención post-matrimonial no están sujetos hasta ahora a ninguna exigencia de forma. Esta situación debería cambiar pronto, especialmente debido a la trascendencia de dichos acuerdos mediante el proyecto de ley sobre la modificación del derecho de manutención²². El proyecto propone complementar el art. 1585 c del código civil alemán con el siguiente párrafo: *“Un acuerdo que se tome antes del vigor jurídico de la separación, precisa de una escrituración notarial”*. Esto y las deducciones en la justificación jurídica dan fe claramente de la confianza en la protección y la función de instrucción de la escrituración notarial en ámbitos personalmente complejos con una significativa trascendencia económica.

En Bavaria, los notarios tienen también competencia, conforme al art. 1 de la ley bávara para la ejecución de la ley sobre uniones civiles para

²¹ Respectivamente para acuerdos de parejas de hecho registradas, arts. 7, 20, párr. 3 de la ley sobre uniones civiles.

²² Proyecto de ley del gobierno federal del 07.04.2006, BT DS 253/2006, presentado en el Parlamento Alemán el 15.06.2006, BT DS 16/1830 (presentación de hechos amplia en la página 22), después de la primera lectura en el Parlamento Alemán, remitido a la comisión jurídica.

la certificación y la justificación de una unión civil registrada. El registro lo realiza la cámara notarial de Bavaria.

En un nivel político-jurídico se discute sobre una vinculación más amplia de los notarios en los procesos de separación, especialmente para la preparación de una separación de común acuerdo.

bb) Filiación

La escrituración pública del reconocimiento de la paternidad, así como de la aprobación de la madre a este respecto conforme al art. 1597 del código civil alemán apenas es efectuada por los notarios, ya que la oficina del registro civil, el departamento tutelar de jóvenes y el tribunal del procedimiento son competentes para ello. Lo mismo es de aplicación para las declaraciones de patria potestad y los consentimientos relacionados conforme al art. 1626 d, párr. 1 del código civil alemán.

Por el contrario, las solicitudes y las declaraciones de consentimiento para la aceptación como niño son importantes en la práctica, art. 1741 y siguientes (1746, párr. 2, inciso 2, 1747, párr. 3, núm. 3, inciso 2, 1750 párr. 1, inciso 2, 1752, párr. 2, inciso 2, 1762, párr. 3 del código civil alemán.

d) Derecho de sucesiones

aa) Actos jurídicos vinculantes sobre el derecho de sucesiones en vida

La certificación notarial está prescrita sin excepción para todos los actos jurídicos mediante los cuales, durante la vida del testador, se disponga ya de forma vinculante sobre la herencia o de una parte de la herencia, es decir, los acuerdos sucesorios junto con la rescisión de los mismos, arts. 2276, 2290, párr. 4, 2291, párr. 2, 2296, párr. 2, inciso 2, 2301, párr. 1, inciso 1 así como las renunciaciones a la herencia legítima o la asignación, arts. 2348, 2352, inciso 3 del código civil alemán.

Se trata de actos jurídicos que, en otros círculos de derechos, especialmente del derecho romano, están ampliamente prohibidos.

bb) Venta de la herencia y disposición de partes de la herencia

La certificación notarial está sujeta conforme a los arts. 2371, 2385 del código civil alemán al acto jurídico obligacional sobre la enajenación o la adquisición de una herencia en su totalidad (no mediante bienes sucesorios individuales), especialmente la compra de la herencia, además de la disposición (material) de la parte de un coheredero en la herencia según el art. 2033, párr. 1, inciso 2 del código civil alemán. De forma restrictiva de la norma anterior, el Tribunal Superior Federal ha resuelto que un coheredero puede separarse de la comunidad de herederos sin ningún formulismo mediante la mencionada repartición.²³

cc) Declaraciones frente al tribunal testamentario

Algunas declaraciones frente al tribunal testamentario deben estar certificadas como requisito de eficacia, esto es, no sólo para fines probatorios, así como la repudiación y las impugnaciones relacionadas, arts. 1945, párr. 1, 1955, 1956 del código civil alemán. La solicitud para la concesión de un certificado sucesorio no precisa de forma, pero necesita, para la identificación de circunstancias negativas conforme al art. 2356 del código civil alemán, una garantía jurada que debe presentarse ante el tribunal testamentario o ante un notario. Para el auto de autorización del albacea es de aplicación respectivamente el art. 2368, párr. 3 del código civil alemán.

dd) Testamento

Como forma del testamento individual y del testamento matrimonial conjunto²⁴, además de la escrituración notarial a partir de la mayoría de edad del testador, también se admite la redacción entregada, arts. 2231 - 2233, 2247, 2276 del código civil alemán. Aquí también existe libertad de elección, excepto para las personas que no sepan escribir.

²³ Sentencia del Tribunal Superior Federal del 21.01.1998 - IV ZR 346/96, NJW 1998, 1557 = DNotZ 1999, 60 m. observaciones Rieger.

²⁴ Conforme al art. 10, párr. 4 de la ley sobre uniones civiles, las parejas de hecho registradas también pueden elaborar un testamento conjunto; las normas del testamento matrimonial son de aplicación respectivamente.

No obstante, la renuncia a una denominada disposición independiente en un testamento conjunto si debe escriturarse notarialmente, art. 2271, párr. 1, inciso 1, 2296 del código civil alemán.

e) Personas jurídicas, derecho de sociedades

El derecho de las personas jurídicas y otras sociedades o asociaciones de personas no conoce ninguna exigencia única de escrituración.

De este modo, los expedientes de situación de la constitución, la determinación de estatutos, la modificación de estatutos, etc.,²⁵ en asociaciones, fundaciones independientes, cooperativas, sociedades comerciales personales y asociaciones no están sujetos a ninguna forma notarial. Lo mismo es de aplicación para los cambios de socios. En la medida en que se lleve un registro para estas personas en tribunales, se debe indicar siempre la persona con su nombre (empresa) y forma jurídica, su sede y las personas con autorización de representación, juntos con otros hechos. Estas inscripciones necesitan la certificación oficial, de momento, principalmente en forma de certificación pública electrónica.²⁶ Las exigencias adicionales de escrituración son sólo aplicables a las sociedades de capital.

aa) Derecho de la sociedad anónima alemana (AG) y de la sociedad en comandita por acciones alemana (KGaA)

Según el art. 23, párr. 1 de la ley sobre sociedades anónimas (AktG), los estatutos de la sociedad deben constatarse mediante documento notarial. Los apoderados necesitan un poder certificado notarialmente. Además, según el art. 130 de la ley sobre sociedades anónimas, todas las resoluciones de la junta general deben escriturarse mediante una transcripción registrada notarialmente sobre la sesión. Lo mismo es de aplicación para todas las exigencias de una minoría conforme al art. 120, párr. 1, inciso 2, art. 137 de la ley alemana sobre sociedades anónimas. Una excepción son las resoluciones de sociedades no

²⁵ Estatutos *pars pro toto* también para escrituras fundacionales, acuerdo societario y similares.

²⁶ Véase el siguiente punto 2.c.

cotizadas en bolsa, para las que la ley no requiere una mayoría de tres cuartos.

Para las sociedades en comandita por acciones son también de aplicación estas normas conforme al art. 278, párr. 3 de la ley alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada (GmbH).

bb) Derecho de la sociedad de responsabilidad limitada alemana (GmbH)

La sociedad más sujeta a la escrituración notarial es la sociedad anónima (GmbH), para la que en la constitución y las resoluciones de modificación de los estatutos es de aplicación lo mismo que para la AG, arts. 2, 53, párr. 2 de la ley alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada.

Además, la transferencia de participaciones societarias también debe escriturarse notarialmente, art. 15, párr. 3 y 4 de la ley alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada, y la adquisición de una nueva participación societaria conforme al art. 55, párr. 1 de la ley alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada necesita una declaración registrada o certificada notarialmente del adquirente.

Estas exigencias de certificación son las más controvertidas desde un plano jurídico-político y se cuestionan constantemente con relación al tipo de sociedad 'Limited' concurrente del derecho inglés, que carece de exigencias de forma²⁷.

El derecho de la GmbH debería adaptarse a través de la MoMiG²⁸ a las necesidades actuales. El proyecto de jefes de negociado actual no prevé hasta la fecha ninguna limitación de las exigencias de certificación, sino que además eleva la función del notario concediendo a las listas de socios creadas un efecto testimonial para la condición de socio.²⁹

²⁷ Además, que la sociedad 'Limited', por su parte no está libre de formalismo, compárese. *Vossius*, notar 4/2004, p. 107, 115 y siguiente.

²⁸ Ley para la modernización del derecho de la GmbH y para combatir los abusos - MoMiG, proyecto de jefes de negociado del 29.05.2006.

²⁹ Véase el anterior art. 16 del proyecto de ley, especialmente el párr. 3:

f) Otros derechos sobre sociedades

Por otro lado, la ley de transformación de sociedades del 28 de octubre de 1994 contiene una transferencia de funciones extremadamente importante. Entre otros, deben escriturarse notarialmente los contratos de transformación, arts. 6, 125 de la ley de transformación de sociedades o planes o resoluciones de transformación, arts. 136 (125), 193, párr. , inciso 1 de la ley de transformación de sociedades. Lo mismo es de aplicación para la declaración de renuncia a informes e inspecciones prescrita legalmente, arts. 8, párr. 3, 9, párr. 3, 125, 192, párr. 3 de la ley de transformación de sociedades.

2. Comprobantes prescritos

a) Escrituración pública en el código civil alemán

“art. 16

Posición jurídica en la transferencia de participaciones societarias

(1) *Con relación a la sociedad, vale como socio quien esté registrado como tal en la lista de socios inscrita en el registro mercantil. La modificación de la lista por parte del director de la sociedad se realiza mediante comunicación y comprobante.*

(2) *Por las prestaciones atrasadas sobre la participación societaria en el momento de inscripción de la lista de socios en el registro mercantil (art. 40, párr. 1, inciso 1), responde el adquirente junto con el vendedor.*

(3) *En favor de aquellos que adquieran una participación societaria o un derecho sobre la misma mediante un acto jurídico, el contenido de la lista de socios se considera válido cuando la inscripción relativa a la participación societaria en el momento de la adquisición esté incorrectamente contenida en la lista de socios como mínimo desde hace tres años y no se haya presentado ninguna objeción en el registro mercantil. Esto no es de aplicación cuando el adquirente tiene conocimiento de la imprecisión”.*

La cooperación del notario en la lista de socios se prescribe en las modificaciones del art. 40:

“el art. 40 se modifica como sigue:

a) el párrafo 1 se modifica como sigue:

aa) el inciso 2 se modifica como sigue:

“Si un notario ha cooperado en las modificaciones conforme al inciso 1, tendrá que inscribir inmediatamente la lista, después de su entrada en vigor, en el registro mercantil en representación del director de la sociedad.”

bb) se añade el inciso siguiente:

“Si la lista debe ser presentada por el notario, debe estar dotada de su certificación de que ha cooperado en las modificaciones y que ha transmitido la lista modificada al director de la sociedad, de que los registros restantes coinciden con el contenido de la lista hasta ese momento y de que en los documentos que se le han presentado no aparezca nada que ponga en cuestión la veracidad de la lista”.

b) en el párr. 2, después de la palabra “responde” se introducen las palabras “el vendedor, el adquirente y”.

El derecho civil determina en muchos lugares la obligación de entregar declaraciones o documentos certificados públicamente.³⁰ No obstante, muy raras veces³¹ se trata de un requisito de eficacia para un acto jurídico, sino, que normalmente se trata de la obtención de un medio probatorio adecuado.

b) Derecho del registro de la propiedad, art. 29 de la ordenanza alemana del registro de la propiedad

Una norma central del derecho sobre el registro de la propiedad es el art. 29 de la ordenanza alemana del registro de la propiedad, que estipula que una inscripción sólo debe efectuarse cuando la autorización para inscripción u otras declaraciones necesarias para la inscripción se identifican mediante documentos oficiales o públicamente certificadas. Esto lleva a que toda modificación que afecta al acto jurídico de derechos de propiedad necesita como mínimo una observación de certificación (certificación de la firma conforma al art. 40 de la ley alemana sobre escrituraciones).

c) Derecho registral inmobiliario, arts. 77 del código civil alemán, 12 del código mercantil alemán, 5 párr. 2 parte de la ley fundamental alemana, 157 ley alemana sobre las sociedades cooperativas profesionales y cooperativas económicas

A parte del registro de asociaciones, que fuera de razón sigue utilizando el papel en primer lugar, los registros pasaron a una forma electrónica exclusiva a 01.01.2007. Esto tiene como consecuencia que los documentos y las inscripciones deben efectuarse ahora en forma electrónica. La exigencia de una certificación pública de la inscripción se mantuvo en un primer plano pese a consideraciones en contra y en el fundamento del proyecto de ley creado para ello ya no se aborda de forma particular.³² Que los notarios hayan asumido los retos técnicos que conlleva la fase de transformación con algunas incongruencias, muestra una

³⁰ Véase las normas indicadas en Palandt-*Heinrichs*, art. 189 del código civil alemán, núm.marg.1.

³¹ Las excepciones se indican en el punto III.1.

³² Proyecto de ley del gobierno alemán del 30.12.2005, BR DS 942/05, p. 117 y siguientes.

vez más la disponibilidad y la franqueza de los notarios a la hora de prestar su contribución en el cambio de dirección con vocación de futuro.

3. Utilización voluntaria

a) A pesar de la libertad de forma

En el trabajo práctico, existen campos en los que la escrituración notarial sólo se desea ocasionalmente o no se desea en absoluto, pese a que no es exigida por ninguna norma legal.

En primer lugar cabe mencionar los testamentos, en los cuales se prescinde con frecuencia de una redacción entregada. Lo determinante en este sentido es principalmente, según mi opinión, la confianza en que las soluciones y fórmulas propuestas por el notario ayudan a ejecutar la herencia de forma sencilla y con las mínimas disputas posibles, y que los deseos del testador se cumplen casi de forma óptima.

Un ámbito adicional se ha desarrollado en los poderes asistenciales, o en conexión con las disposiciones de los pacientes, para las que la ley sólo prescribe la forma escrita. Además de las razones mencionadas, también debe recalarse con frecuencia el rigor de la correspondiente declaración para obtener de ella una impresión. No obstante, si un poder similar también debe ser apropiado para las transacciones con propiedades inmobiliarias, necesita como mínimo de la certificación pública.

b) Documento en vez de certificación

Asimismo, cabe observar que mediante la certificación de la firma prescrita legalmente el notario tendrá el cometido de hacer borradores de las declaraciones o también de los contratos relacionados con ésta, y, dado el caso, certificarlos también notarialmente. Esto vale de forma especial para todo el ámbito de las transacciones con propiedades inmobiliarias, como por ejemplo, para contratos de préstamo o utilización, utilizándose estos últimos, naturalmente, sólo más allá de los alquileres privados corrientes, para los contratos tipo comunes en la práctica comercial. Una razón de esto es, además de la competencia objetiva esperada por el mandante, entre otras, también que el servicio notarial es especialmente económico para pequeños valores en el ámbito privado en comparación con la oferta

de otros asesores jurídicos a causa del reglamento de tasas vigente, el denominado reglamento de precios.

Una excepción son las declaraciones que deben entregar en una gran cantidad de ejemplares las grandes entidades económicas. Como ejemplo de éstas últimas cabe mencionar las declaraciones de cancelación de entidades de crédito para derechos de prenda inmobiliaria, así como las servidumbres para las empresas de servicios públicos. En tales actos, la cooperación notarial se limita normalmente a la certificación de la firma.

Similar es la situación en el derecho de sociedades, donde, no obstante, a partir de una cierta dimensión se recurre a abogados y asesores fiscales para el asesoramiento jurídico.

IV.

Funciones jurisdiccionales de los notarios públicos

Para ser exhaustivos cabe indicar que en partes de Baden-Württemberg, la función asignada a los tribunales en otros estados federados de la oficina del registro de la propiedad y del tribunal testamentario es asumida por los notarios. En el ámbito del derecho testamentario se discute también en el resto de los estados federados sobre una transferencia de funciones a los notarios para descargar a la justicia. No obstante, aún no se ha elaborado un proyecto de ley a este respecto.

B.

La contribución del documento notarial al desarrollo de la sociedad

Que una sociedad cuyo ordenamiento jurídico prescriba la actividad notarial desde hace muchos siglos está influida por la actuación de los notarios es evidente. Por el contrario, resulta más difícil describir cómo esta actividad influye sobre el desarrollo de la sociedad. Es imposible descubrir cómo se habría desarrollado la sociedad alemana sin los notarios y sin los documentos notariales. No se ha intentado medir la contribución del documento notarial al desarrollo de la sociedad. Por este motivo, falta material estadístico apropiado

y tampoco se espera contar con él en un futuro próximo. Un documento notarial presta una contribución social óptima cuando se satisfacen todas las expectativas de los participantes, el contrato certificado se desarrolla de forma perfecta y el comportamiento pretendido de una persona (privada o pública) se basa en el documento. Este valor no sólo es difícilmente mensurable, sino que, normalmente, sólo es tenido en cuenta por los miembros de la sociedad cuando las expectativas individuales se ven defraudadas y queda patente de que estos éxitos no se dan por supuestos.

Si embargo, sí se pueden representar las prestaciones de los notarios alemanes y la influencia de su trabajo en la legislación alemana o en el desarrollo del ordenamiento jurídico alemán. Asimismo también pueden mostrarse los retos presentes y futuros para el desarrollo de la sociedad, así como los pasos que el notariado alemán ha emprendido para superar estos retos. De todo esto trata la siguiente parte.

I.

La contribución al desarrollo del derecho

El notario presta mediante su actividad una contribución significativa a la función legislativa dando forma a la voluntad de las partes que funda derechos y obligaciones entre los participantes de un acto jurídico notarial. También cuando la voluntad de los participantes debe determinarse de forma individual en cada caso, se han podido identificar como típicos determinados universos, intereses o problemas en las décadas de actividad práctica de los notarios. Ello no significa que para estos casos típicos exista una respuesta correcta, especialmente un contrato adecuado. Se considera más bien una serie de respuestas cuyas distintas consecuencias deben ponderarse. Cuando el notario contribuye mediante su actividad a que las partes identifiquen correctamente su situación, a realizar las preguntas correctas y a ponderar frente a frente las soluciones posibles, entonces presta una contribución relevante y positiva a la legislación contractual a través de las partes contractuales. A continuación se citan brevemente algunos casos en los que la actividad de los notarios también ha contribuido con un amplio efecto al desarrollo de la sociedad.

1. Contrato de promotor ayer y hoy

El contrato de promotor como contrato en el que la empresa constructora promete a su socio contractual levantar una construcción en uno de los terrenos de la empresa constructora y luego transferirlo con el terreno³³ al socio contractual no está regulado legalmente hasta la fecha. El art. 1 del reglamento sobre anticipos a cuenta para contratos de promotores (reglamento sobre la construcción de edificios) ofrece desde el 23 de mayo de 2001 una definición (demasiado estrecha)³⁴ del contrato de promotor y permite los acuerdos contractuales que prevén, bajo determinadas condiciones, la obligación del socio contractual a la realización de anticipos a cuenta,³⁵ pero no contiene otras normas.

El tipo de contrato se justifica sobre todo por la debilidad financiera (de las partes) de la industria de la construcción. El promotor o el banco que le financia reciben pagos (a cuenta) en un momento en que la propiedad sobre el bien inmobiliario todavía no se transfiere, en la mayoría de las ocasiones cuando todavía no está clara la transferencia formal y todavía no ha concluido la construcción.³⁶ Por este motivo, existe un riesgo considerable de pérdida del socio contractual, quién normalmente también es la parte más débil económicamente; no obstante, esto no se asocia con la ausencia de transferencia.

En la época de reconstrucción después de la Segunda Guerra Mundial no existían normas legales que protegían de forma obligada a los socios contractuales ante tales pagos a cuenta, ni tampoco existía para la

³³ Dado el caso, sólo una fracción, especialmente en el caso de la propiedad horizontal o la propiedad parcial o también sobre la base de un derecho de superficie.

³⁴ Limitación a la construcción de una vivienda o un edificio similar, compárese *Basty*, El contrato de promotor, 5ª edición, núm. marg. 1.

³⁵ Para representar el conflicto que gira en torno a la legalidad, la compatibilidad con el derecho de la UE y la importancia de contenido del reglamento sobre la construcción de edificios, es necesaria una contribución propia, compárese sólo con documentación adicional *Batsy*, El contrato de promotor, núm. marg. 31 y siguientes.

³⁶ Compárese *Koebler* en *Grziwotz/Köbler*, Manual de derecho de promotor, núm. marg. 45 y siguientes.

obligación de adquisición en el marco de dichos contratos una obligación de escrituración, ya que el art. 313 del código civil alemán (edición antigua) sólo contemplaba la protección del vendedor. La industria de la construcción y los bancos que la financian tenían el poder de mercado para dictar las condiciones de tales acuerdos de promotor. En esta situación, el notario muniqués *Koller* no sólo ideó a comienzos de los años 70 la obligación de exoneración de responsabilidad del acreedor general, aún habitual en la actualidad, si no que también la implantó frente a grandes bancos de forma unilateral.³⁷ A él le siguió la cámara notarial regional de Bavaria en marzo de 1971 con la hoja de instrucciones para la “elaboración de contratos sobre las adquisiciones de construcciones residenciales nuevas y viviendas en propiedad” que se presentó en forma de una norma de directiva deontológico notarial para proteger al comprador de los pagos a cuenta no garantizados y ante su pérdida.³⁸ La norma desarrollada fue aprobada por los legisladores, especialmente mediante la creación del reglamento sobre comisionistas y proveedores que entró en vigor el 1 de septiembre de 1974, y ha determinado ampliamente de forma indisputable desde entonces hasta el comienzo del tercer milenio el contenido del contrato de promotor. El legislador no ha utilizado la posibilidad que tiene de establecer mayores normas de protección que se le propusieron desde el notariado.³⁹

No del todo casual con relación a las compras motivadas parcialmente por motivos fiscales de los denominados inmuebles desahuciados⁴⁰ y con la crisis del mercado inmobiliario en los nuevos estados federados que trajo

³⁷ Véase *Wolfsteiner*, DNotZ 1999, 99, 101 y siguientes.

³⁸ Véase *Grziwotz* en *Grziwotz*, Reglamento sobre comisionistas y promotores, Introducción, núm.marg. 8 y siguientes, también respecto al procedimiento legislativo posterior.

³⁹ *Wolfsteiner*, DNotZ 1999, 99, 102.

⁴⁰ Inmuebles que se venden a un precio excesivo porque compradores inexpertos en cuestiones económicas, cegados con frecuencia por las (presuntas) ventajas fiscales los han adquirido sin una inspección previa, basándose únicamente en la palabra del vendedor, en los folletos deslumbrantes y en la valoración por parte del banco que financia la operación. En los casos más graves, los inmuebles vendidos estaban ruinosos y sólo tenían valor de escombros.

consigo una oleada de pleitos de promotores, la obligación de pagos a cuenta del contrato de promotor ha comenzado ha ser intensamente criticada. Precisamente, del art. 632 a del código civil alemán introducido con la ley para la aceleración de los pagos vencedores, se eliminan algunos, los pagos a cuenta podrían también exigirse en el contrato de promotor sólo bajo los requisitos allí mencionados, la norma actual sería contraria a la ley. El “fuera” del contrato de promotor se conjuró.⁴¹ El legislador también ha ensayado iniciativas de los notarios, especialmente de la Cámara Federal de Notarios, para llegar a esta conclusión mediante la promulgación del reglamento sobre la construcción de edificios de una vez por todas, pero sin poder poner fin al conflicto sobre la legalidad de los pagos a cuenta en el contrato de promotor.⁴²

No reside dentro de la capacidad de actuación de los notarios elevar la norma legal actual, que es una protección mínima según las ideas fundamentales, mediante el rechazo de la escrituración de las ordenaciones legalmente permitidas. De forma particular, los bancos que financian las operaciones insisten regularmente en la posibilidad que la ley y la jurisprudencia los conceden para la transmisión del riesgo de finalización al comprador.

La Cámara Federal de los Notarios se esfuerza sin descanso por contribuir a un desarrollo sucesivo del contrato de promotor y por que tenga una base con garantía de derecho. De este modo, en año 2005 presentó un borrador de discusión para la regulación del contrato de promotor en el código civil alemán.⁴³ Para ello, tenía que albergar más objeciones que elogios,⁴⁴ mientras que las voces en contra todavía no se han pronunciado respecto a la elaboración de un borrador por su parte a un consenso amplio.

⁴¹ Grziwotz, ZfIR 2000, 929, 930.

⁴² Grziwotz ofrece una visión de conjunto concisa con amplios documentos en Grziwotz, Reglamento sobre comisionistas y promotores, Introducción, núm. marg. 11 - 13.

⁴³ http://www.bnotk.de/_PDF-Dateien/Bautraegervertrag/050401_Bautraegerrecht_BGB_Text_BMJ.pdf

⁴⁴ Para objeciones: Thode/Wagner, BTR 2006, 2 y siguientes.

Incluso cuando el contrato de promotor sea actualmente un problema de la práctica notarial, la norma contractual actual y también numerosas mejoras para la parte contractual más débil, son el resultado de una actividad notarial intensa. Esta norma sirvió como base de derecho civil de la edificación de barrios completos de ciudades y con un resultado económico satisfactorio para todas las partes contractuales. El fenómeno de promotores insolventes y construcciones estancadas existirá siempre en la economía libre de mercado como un cumplimiento contractual deficiente o productos con precios excesivos. De ello se producen daños inevitables. Siempre que el legislador no transfiera este riesgo a la generalidad o se asigne de forma definitiva a una parte (parte contractual, artesano de la construcción, banco), la tarea del notario será de limitar al máximo los riesgos y asegurarlos contractualmente, pero como mínimo hacerlos visibles, y, con ello permitir una libre decisión sobre la asunción del riesgo.

2. Concentración por actividad colegial

El desarrollo legal pocas veces se atribuye de forma tan concreta a la actividad de un notario o a la hoja de instrucciones de una cámara como en el caso del contrato de promotor. Pero también en otros temas que afectan al ámbito de actividad notarial se corresponde con la tradición practicada desde hace mucho tiempo de que las cámaras de las agrupaciones profesionales participen en los planteamientos legales y ofrezcan la posibilidad de valoración, en casos particulares también de audiencia oral. La Cámara Federal de Notarios y, en su ámbito de competencia respectivo, las cámaras notariales federales, emplean activamente este derecho y se esfuerzan siempre por garantizar de esta forma la calidad de la legislación. Especialmente en los ámbitos que deben ser principalmente tratados por los notarios de forma independiente con la colaboración de otros organismos estatales, como por ejemplo, el derecho inmobiliario en conexión con el derecho del registro de la propiedad, los notarios aportan unos conocimientos prácticos de los que no puede prescindir una buena legislación.

Dado que la legislación a nivel europeo desempeña un papel cada vez más importante, las cámaras también intentan aportar su conocimiento especializado al procedimiento legislativo. Esto también vale para las

tareas preparatorias. De este modo, el Consejo de Notariados de la Unión Europea, el Conseil des Notariats de l'Union Européene (C.N.U.E.) ha contratado a un total de 13 notarios como expertos en la red de expertos para la asistencia en el desarrollo del marco de referencia general (CFR) para un derecho de contratos europeo, lo que para un número total de 160 expertos para el grupo pequeño de notarios latinos es una cifra asombrosamente grande. Tres notarios alemanes prestaron su contribución, una vez más con el respaldo enérgico de la cámara, que sólo se puede expresar como extraordinaria a la vista de la gran cantidad de textos producidos. Si el resultado de estos esfuerzos fuesen unas normas de la UE más transparentes, más fáciles de aplicar y adecuadas, todos los esfuerzos habrían merecido la pena, y se habría vuelto a realizar una contribución de los notarios al desarrollo de la sociedad.

3. Contribuciones a la difusión del conocimiento

a) Publicaciones de los notarios respecto a la práctica cautelar y sobre la jurisprudencia.

El derecho alemán no adolece de pocos textos escritos sobre él. Incluso los especialistas de un ámbito estrecho del derecho apenas pueden cubrir las publicaciones, sentencias, comentarios y propuestas de ley que se producen en dicho campo.⁴⁵ En este sentido se puede poner en duda si todas las contribuciones con textos que los notarios alemanes ofrecen al derecho son un enriquecimiento, y, con ello, una contribución positiva para la sociedad.

Pero no pocos notarios, sino más bien muchos, se han hecho un nombre mediante publicaciones, y muchos de ellos también bastante más allá de la actividad notarial directa, e influyen constantemente sobre el desarrollo de la práctica cautelar y también de la jurisprudencia. Destacar a algunos de ellos restaría importancia a las aportaciones de todos los no mencionados.

b) El trabajo del Instituto Notarial Alemán (DNotI)

⁴⁵ Véase p.ej., la confesión de *Kanzleiter*, DNotZ 2006, 246.

En vista del flujo de información anteriormente descrito y del problema de selección que resulta de éste, quisiera mencionar aquí de forma especial una conquista alemana: el Instituto Notarial Alemán (DNotI).

De notarios para notarios se aborda el triste hecho de que incluso en el ámbito de especialidad supuestamente estrecho del notariado nadie lo sabe todo, o sólo se puede leer todo lo que atañe a la actividad profesional de uno mismo. Además aumentan las situaciones internacionales cuyo tratamiento acertado sólo es posible con el conocimiento del derecho aplicable para el caso, y, con ello, también, con suficiente frecuencia, de las normas de derecho extranjeras. En el Instituto Notarial Alemán, todos los notarios alemanes tienen la posibilidad de solicitar una respuesta experta para tales problemas, que se recibe en un plazo de 14 días, o menos en caso de urgencia justificada. Además, el Instituto Notarial Alemán pone a disposición bajo demanda textos especializados mediante copias, realiza búsquedas de textos en su propio banco de datos e indica en el informe del Instituto Notarial Alemán las decisiones y los textos pertinentes. Los costes asociados con esta actividad no se cobran caso por caso, sino mediante contribuciones de la cámara trasladadas a todos los notarios alemanes, de modo que la información jurídica necesaria puede demandarse independientemente de la situación financiera de quien la encarga, es decir se puede conceder a cada participante la misma alta calidad de servicio. Esto por si solo contribuye notablemente a la mejora del servicio de asesoramiento de los notarios, y con ello, a una utilidad para los participantes. La oferta disfruta de una fuerte demanda por parte de los notarios alemanes. En el año 2005 se presentaron 8.794 consultas de opinión y se respondieron 5.077 consultas sobre búsquedas de textos por parte de los 9.164 notarios del territorio nacional.

No se puede valorar en tan alto grado la garantía de calidad asociada a ello del trabajo de los notariados más pequeños en regiones rurales o con carencia de infraestructuras, para los cuales la creación de una gran biblioteca propia no es posible, y que tampoco tienen acceso a las bibliotecas públicas con suficiente literatura especializada. Mediante el Instituto Notarial Alemán la biblioteca alemana más grande junto con el banco de datos con textos relevantes para los notariados están abiertos para todos los notarios.

No obstante, la utilización del Instituto Notarial Alemán no se limita únicamente a la obtención de conocimiento de los notarios que lo solicitan. Mediante el procesamiento, la preparación y el archivado de todas las consultas relevantes para la práctica en un lugar centralizado se produce un know-how adicional valiosísimo. Las opiniones consideradas como especialmente relevantes se publican a un ritmo quincenal. Estas publicaciones son interpretadas continuamente por el conocimiento y la jurisprudencia y tienen un gran peso en las decisiones judiciales. El know-how, también producido mediante el tratamiento de casos internacionales, es utilizado por los órganos legisladores. De este modo, el Instituto Notarial Alemán elaboró por encargo de la Comisión de la UE a 18.09./08.11.2002 un estudio jurídico comparativo sobre el derecho internacional privado procesal y material con relación a los testamentos y la consecuencia jurídica de la defunción. Éste fue la base para el libro verde de la Comisión de la UE sobre el derecho de sucesiones y de testamentos del 01.03.2005, KOM (2005) 65. Con él, los notarios alemanes prestaron una contribución nacional e internacional al desarrollo del derecho que va claramente más allá de la actividad de escrituración y asesoramiento específica.

c) La Asociación Alemana de Derecho Notarial (NotRV)

La Asociación Alemana de Derecho Notarial se fundó en 1997 con sede en Würzburg, con el objetivo de sentar una base más amplia para el diálogo entre el notariado, por un lado, y los estudiantes y los jueces, por otro lado, para aclarar de forma temprana a los estudiantes el significado y la idiosincrasia de la elaboración de contratos, y, con ello, fomentar la comprensión de otros grupos profesionales jurídicos de la actividad notarial. La Asociación Alemana de Derecho Notarial ha fomentado y colaborado en el establecimiento de institutos para derecho notarial en las universidades de Würzburg, Bonn, Jena y Múnich (centro de investigación). Organiza conferencias especializadas y simposios, respalda el trabajo científico mediante la subvención de costes de impresión y premia cada dos años un trabajo excelente en el ámbito del derecho notarial con el premio Helmut-Schippel (5.000,00 EUR). Edita dos series científicas, la

general “Schriftenreihe der NotRV”⁴⁶ y la “Schriften zum Notarrecht”⁴⁷ especial para publicaciones de institutos universitarios de derecho notarial. Se financia mediante las contribuciones de sus 890⁴⁸ miembros. Con este compromiso privado de los notarios se prestará en un momento temprano, esto es, en la formación de juristas, una contribución adicional al desarrollo del derecho.

II.

La contribución a la paz jurídica

La paz jurídica – como ideal no alcanzable – se da cuando todos los intercambios acordados de servicios se efectúan sin la utilización de los medios coactivos estatales y todos los sujetos jurídicos están contentos con su situación de modo que nadie tiene necesidad de mejorarla mediante una lucha por derechos. La actividad pública notarial en Alemania está orientada a actuar en este sentido. Se sirve en primer lugar de todas las obligaciones oficiales que deben garantizar que se escriben actos jurídicos eficaces, como la determinación de la capacidad de realizar actos comerciales, la comprobación de la autorización de representación, la indicación a la posible aplicabilidad del derecho extranjero, sobre exigencias de aprobación y sobre derechos de preferencia, arts. 11, 12, 17, párr. 3, 18, 20 de la ley alemana sobre escrituraciones, ya que, sin eficacia, un intercambio de servicios realizado pese a ello no es duradero. Las obligaciones de comprobación e instrucción del art. 17, párr. 1 y 2 de la ley alemana sobre escrituraciones sirven para la conformidad con lo estipulado de los participantes, ya que un acto que responda a la auténtica voluntad de las partes no será cuestionado por éstas, a menos que se produzcan circunstancias no previstas o esperadas. También la evitación de un perjuicio de partes inexpertas e incapaces produce paz jurídica,

⁴⁶ Según el informe de actividad de 2006, hasta la fecha se han publicado 23 volúmenes, dos más están acordados.

⁴⁷ En esta serie apareció el primer volumen del Prof. Dr. *Hager* sobre el tema “La disposición de pacientes”.

⁴⁸ A fecha 2006.

ya que un perjuicio real o, al menos, sentido, inducirá a la parte afectada a considerar reacciones legales y, dado el caso, también a emprenderlas.

No obstante, una actividad oficial notarial perfecta en todos los sentidos no puede evitar que una parte infrinja sus obligaciones o que no mantenga la calidad de un objeto contractual por otros motivos, que espera el adquirente. Sin embargo, justo en estas crisis que ponen en peligro la paz jurídica, la máxima función de la actividad notarial es la de minimizar los perjuicios resultantes.

1. Uniformidad jurídica y seguridad jurídica

Dado que un conflicto lleva especialmente ante los tribunales cuando ambas partes en conflicto opinan que tienen derecho, la claridad del estado de las cosas y de la situación jurídica sirve sobre todo para la evitación de conflictos, y, con ello, para el mantenimiento de la paz jurídica. El notario está obligado por esta claridad de las leyes y responde cuando no satisface esta obligación suficientemente.

a) Claridad de las determinaciones

A la claridad sirven en un primero momento las circunstancias subyacentes, como la identificación exacta del notario, de los participantes, del lugar y del día de los actos, así como la consignación de las declaraciones de los participantes en un documento, art. 9 de la ley alemana sobre escrituraciones, que se debe leer a los participantes, ser aprobado por ellos y ser entregado firmados, art. 13 de la ley alemana sobre escrituraciones. Naturalmente, también sirve la obligación para la determinación de los pronunciamientos registrales, art. 21, párr. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones. Conforme al art. 17, párr. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones, el notario está obligado a una reproducción de clara e inequívoca de las declaraciones en la transcripción. Lo que suena simple supone una alta competencia especializada. Las carencias en este ámbito llevan a una pérdida del alto valor probatorio del documento en el punto más conflictivo.

Por tanto, debería ser indiscutible que la transcripción de actos jurídicos en documentos notariales sirva no sólo para la claridad jurídica, sino que lleve también a una claridad jurídica en el nivel más alto, siempre que los

notarios trabajen de forma eficiente y prestando un servicio de máxima calidad.

b) Claridad del significado jurídico y eficacia

La escrituración notarial no sólo tiene como finalidad la claridad del acto jurídico, sino también la aclaración a las partes de la trascendencia jurídica. Esto sólo puede garantizarlo quien conoce el derecho aplicable y es capaz de transmitir su contenido a la parte no instruida (lego en la materia) de una forma suficientemente concisa. Esto no afecta sólo a las obligaciones de prestación principales, esto es, p.ej., en el contrato de compraventa, la obligación de pago y recepción del comprador, así como la obligación de transferencia y entrega del vendedor, sino también a las indicaciones de las modificaciones de derechos y obligaciones resultantes del acto jurídico, como, p.ej., la cesión de riesgos y la obligación de aseguración, la relación contractual con los arrendatarios del objeto, la indicación de cargas y tributos oficiales relativos al objeto, así como otros derechos terceros que puedan ir en contra de la ejecución del contrato. Esto comprende, según la jurisprudencia permanente del Tribunal Superior Federal, también la protección del intercambio de servicios mediante la advertencia de pagos a cuenta no garantizados y la presentación de posibilidades de solución que eviten dichos pagos a cuenta no garantizados (obligación doble de instrucción).⁴⁹

Finalmente, el notario asume también para la eficacia jurídica del acto jurídico una doble responsabilidad, rechazando por una parte la certificación de actos que no son eficaces⁵⁰, y para actos cuya eficacia es dudosa, indicando a las partes estas dudas y documentando su instrucción también en el documento.

⁴⁹ Compárese. *Eylmann/Vaasen-Frenz*, reglamento federal de notarios/de la ley alemana sobre escrituraciones, art. 17 de la ley alemana sobre escrituraciones núm. marg. 12 con menciones de la jurisprudencia.

⁵⁰ Compárese. *Eylmann/Vaasen-Frenz*, reglamento federal de notarios/de la ley alemana sobre escrituraciones, art. 14 del reglamento federal de notarios núm. marg. 28.

A estas contribuciones del documento notarial se les concede un valor positivo también en el marco del análisis económico del derecho. Un punto de partida para la determinación de la función económica del derecho de contratos es la construcción conceptual del contrato íntegro.⁵¹ Un contrato íntegro que identifique todos los riesgos con sus consecuencias y que permita a las partes tener una base completa de la fijación de precios, no está afectado por riesgos que puedan llevar posteriormente a una modificación, anulación o disputa. Es eficaz e invulnerable.⁵² El documento notarial es un producto que, aunque con relación a la integridad en el sentido de la doctrina económica sea imperfecto, indica como mínimo los riesgos contractuales más importantes para las partes de forma transparente y duradera. El notario percibe la importancia económica de su instrucción cuando posteriormente las partes efectúan nuevos acuerdos sobre precios, lo que sucede con regularidad.

En lo que se refiere a los economistas, aquí también se produce una contribución incontestable a la paz social, ya que mediante contratos ampliamente eficaces e invulnerables, no pueden producirse disputas coherentes.

c) Permanencia

Los documentos notariales son la memoria jurídica-civil de Alemania. Todos los notarios están obligados a conservar los documentos de sus notarias. Siempre que los documentos no se hayan perdido por guerras u otros hechos desafortunados, los actos jurídicos que fueron certificados notarialmente hace mucho tiempo, también se pueden reproducir de forma inequívoca. La gestión prescrita legalmente de registros permite también la localización de certificados de épocas en las que no existía el procesamiento informatizado de datos como ayuda de búsqueda. Esto garantiza la existencia permanente de seguridad jurídica, y de la paz jurídica que ello proporciona.

⁵¹ Véase *Schäfer/Ott*, Manual de análisis económico del derecho civil, 4ª edición 2005, capítulo 11.

⁵² *Schäfer/Ott*, Manual de análisis económico del derecho civil, 4ª edición 2005, p. 402.

2. Justicia

Un ordenamiento jurídico que como el derecho civil alemán se basa en la autonomía privada y en la libertad contractual,⁵³ parte de la base de que las partes de un acto jurídico pueden decidir de forma óptima qué es bueno para ellas. También se da la presunción básica de que un acto jurídico es justo para las partes basándose en la corriente de pensamiento que siguen los economistas desde *Adam Smith* de que un sistema de economía de mercado fundado sobre la libertad contractual aporta mayor bienestar a todos. Incluso cuando el desarrollo del derecho aborda el caso en el que se rebate la suposición (fijación única de condiciones contractuales de posiciones desiguales de negociación – tipificada de forma imperfecta mediante la división entre consumidores/empresas – posición dominante de mercado, etc.), la suposición básica no se pone en duda. Esto también debe tenerlo en cuenta el notario en el procedimiento de escrituración. En este sentido, no tiene ninguna obligación de asesoramiento o instrucción económica,⁵⁴ y tampoco debe participar en las negociaciones de precios, etc. Esto no sólo obedece a su obligación de imparcialidad, art. 14, párr. 1 del reglamento federal de notarios, que se protege mediante las prohibiciones de actividad de los arts. 3, 6 y 7 de la ley alemana sobre escrituraciones. No obstante, este mandato de neutralidad está limitado por el art. 17, párr. 1, inciso 2 de la ley alemana sobre escrituraciones de que el notario debe prestar atención a que las partes inexpertas e incapaces no resulten perjudicadas. Esta protección es flexible y, siempre que sea tomada en serio por los notarios, extremadamente precisa y eficaz, ya que, no son las posiciones formales, sino la debilidad real de la parte lo que promueve el cometido de protección. Siempre que, en dichos casos, el notario proponga normas que sean apropiadas para hacer justicia de forma no restrictiva a los intereses de ambas partes contractuales, ello es acorde con su obligación de imparcialidad.⁵⁵

⁵³ *Palandt-Heinrichs*, revisión del art. 104 del código civil alemán, núm. marg. 1, introducción al art. 145 del código civil alemán, núm. marg. 7.

⁵⁴ Compárese. *Eylmann/Vaasen-Frenz*, Reglamento federal de notarios/de la ley alemana sobre escrituraciones, art. 17 de la ley alemana sobre escrituraciones, núm. marg. 18.

⁵⁵ Tribunal Superior Federal WM 1996, 84 y siguientes, 86.

En el verano de 2002, en un método rápido, se complementó esta protección precisa mediante la norma más bien esquemática del art. 17, párr. 2a de la ley alemana sobre escrituraciones⁵⁶. Los desencadenantes eran problemas con objetos de promotores y ventas de bienes inmuebles de poco valor que se anunciaban de forma agresiva y que se efectuaban sin suficiente tiempo de reacción para los compradores. Las numerosas concertaciones de dichos contratos fueron intensamente criticadas por las asociaciones de consumidores.⁵⁷

La norma es esquemática porque ya no se regula la protección del débil, sino únicamente la protección del consumidor en un contrato de un consumidor con una empresa. También es esquemática porque sólo se destacan determinadas obligaciones. El notario debe trabajar para que las declaraciones jurídico-comerciales del consumidor sean entregadas al notario por éste personalmente o por una persona de confianza, y para que el consumidor tenga oportunidades suficientes de ocuparse previamente del objeto de la escrituración. En contratos que contienen una obligación de transferencia o de adquisición de propiedad, esto se debe efectuar “en el caso normal” de modo que el consumidor disponga del texto previsible del acto jurídico dos semanas antes de la escrituración. La norma es

⁵⁶ “El notario debe formalizar el proceso de escrituración de modo que se garantice el mantenimiento de las obligaciones según los párrafos 1 y 2. En los contratos de consumidores, el notario debe actuar haciendo que

1. las aclaraciones jurídico-comerciales del consumidor sean realizadas por éste personalmente o por una persona de confianza ante el notario y
2. el consumidor tenga ocasión suficiente de enfrentarse al objeto de la escrituración; para contratos de consumidores que estén sujetos a la obligación de escrituración según el art. 311b, párr. 1, inciso 1, y párr. 3 del código civil alemán, esto sucede normalmente de modo que el consumidor recibe el texto previsto del acto jurídico dos semanas antes de la escrituración.

El resto de obligaciones del cargo del notario permanecen inafectadas”.

⁵⁷ Compárese. *Eylmann/Vaasen-Frenz*, reglamento federal de notarios/de la ley alemana sobre escrituraciones, art. 17 de la ley alemana sobre escrituraciones, núm. marg. 39 a; sobre la historia legislativa *Schmucker*, DNotZ 2002, 593 y siguientes.

criticada de forma generalizada en lo que afecta a su estructura esquemática y a las fórmulas seleccionadas. Con relación al ideal anteriormente señalado del contrato íntegro, la idea de la información depositada con antelación a través del notario para el procedimiento propiamente dicho de certificación es razonable, por lo menos, cuando indica para las partes cuáles son los riesgos, qué consecuencias tienen, quién los soporta, ya que ello tiene influencia en la fijación de precios. Todos los notarios valoran cuando la certificación no se verá afectada por negociaciones de precios. A continuación, el notario debería contribuir de modo que una determinación de precios se efectúe sobre una base lo más óptima posible antes de la certificación.

También es bastante razonable permitir a la parte más débil, mediante una ampliación del procedimiento preliminar, analizar tranquilamente las consecuencias del contrato. En los casos en los que la parte renuncie a celebrar el contrato, este procedimiento sirve a la paz jurídica claramente más que un contrato concertado rápidamente del que justo después del cierre del contrato una parte se arrepiente. La formulación abierta de la norma ofrece a los notarios la posibilidad de cumplir esta exigencia de forma puntual para cada caso. No obstante, sólo cabe esperar que la jurisprudencia considere esto de forma precisa en casos de conflicto, ya que la plataforma en la que se resuelven los conflictos del cumplimiento correcto de las obligaciones oficiales notariales, es en el mejor de los casos un procedimiento de la vigilancia oficial, además del proceso de responsabilidad contra el notario.

El cumplimiento de la función de protección para las partes inexpertas e incapaces puede convertirse en un aprendizaje sobre la marcha para la función del notario alemán en el derecho de la propiedad. Cabe recordar: En el año 1973, el ámbito de aplicación del art. 313 del código civil alemán, versión antigua, se amplió con la obligación de adquirir propiedad sobre bienes inmuebles para proteger mejor mediante un procedimiento a los compradores de viviendas normalmente afectados por entonces por los riesgos de los pagos a cuenta injustificados.⁵⁸ Desde el año 2002 se han

⁵⁸ Véase la parte B I.1.

impuesto al notario para este procedimiento de escrituración normas de procedimiento específicas para garantizar un nivel de protección suficiente para las partes más débiles de la escritura. Más tarde se llegó a una valoración política de que la protección del procedimiento de escrituración modificado tampoco era suficiente para las partes más débiles, y se teme que entren a debate conceptos de protección alternativos (derechos de revocación, representación obligatoria de las partes). Por otra parte, mientras la certificación notarial sea el camino más verosímil hacia un contrato justo, su contribución positiva a la consecución de la paz jurídica no puede ponerse en tela de juicio.

3. Avenencia y evitación de conflictos

El procedimiento de escrituración en sí mismo no es un procedimiento de avenencia. Presupone un consenso esencial entre las partes. No obstante, las obligaciones de comprobación e instrucción del notario conforme al art. 17 de la ley alemana sobre escrituraciones son adecuadas para evitar que las incertidumbres en la materia o los malentendidos de las partes impidan el consenso. El trabajo de aclaración también puede hacer que una parte renuncie a un contrato por no considerarlo adecuado para sus intereses. Esto lleva en un primer momento al descontento de la parte contractual que desea celebrar el contrato, pero impide el conflicto jurídico que se produciría probablemente cuando una parte contractual descubre posteriormente mediante información más adecuada sobre el acto, que habría sido mejor no celebrarlo.

Los notarios en Bavaria son centros de avenencia para procedimientos de avenencia obligatorios conforme al art. 15 a la ley introductoria al código alemán de procedimiento civil. No obstante, el ámbito de aplicación de la norma es más bien pequeño.⁵⁹ Se trata de conflictos de poco valor económico de los cuales deben ser descargados los tribunales estatales.

A su vez, los arts. 86 y siguientes de la ley sobre jurisdicción voluntaria prevén la negociación de una división de la herencia mediante un procedimiento ante el notario. No obstante, este proceso lleva en la

⁵⁹ Conflictos patrimonialistas hasta una cuantía litigiosa de 750,00 EUR, conflictos de naturaleza vecinal y conflictos por infamia hasta una cuantía litigiosa de 5.000,00 EUR.

práctica a una existencia oscura.⁶⁰ Es menos conocido e indicado para la cooperación voluntaria de las partes. Si existe en el principio fundamental, el procedimiento de certificación normal, especialmente la preparación del documento, ofrece generalmente oportunidades suficientes de cubrir la faltas de aprobación y de mostrar soluciones.

Un gran éxito, por otro lado, es el procedimiento de intermediación notarial conforme a los arts. 87 y siguientes de la ley de reparación de defectos materiales, mediante el cual los notarios en los nuevos estados federados después de la reunificación de Alemania han contribuido en gran medida a aclarar las relaciones jurídicas y de utilización poco claras en edificios y bienes inmuebles y a trasladarlas al sistema claro del registro de la propiedad del derecho de cosas del código civil alemán y de la ordenanza alemana del registro de la propiedad.

4. Aplicabilidad

Los derechos de los documentos notariales son rápidamente y económicamente ejecutorios. El requisito necesario para un documento ejecutorio de la sujeción del deudor bajo la ejecución forzosa es el caso más normal en el marco de una escrituración notarial, un registro olvidado por parte del notario de la declaración puede hacerle responsable de los costes resultantes del ejercicio del derecho. En comparación con una demanda judicial con reconocimiento inmediato, un documento ejecutable sobre la misma pretensión no cuesta normalmente ni una décima parte.⁶¹ Sólo los costes judiciales de un procedimiento de apremio son claramente superiores a los de la creación de un documento ejecutable⁶², a la que no hay que añadir honorarios de abogados. La cuestión se presenta aún

⁶⁰ *Previsión en Walz*, Formulario de arreglo de litigios extrajudiciales, art. 12 núm. marg. 1.

⁶¹ *Wolfsteiner*, La escritura ejecutable, 2ª Edición 2006, art. 6.5.

⁶² Comparación honorarios de notario incl. gastos y 19% del impuesto sobre las ventas frente a la mitad de los costes de procedimiento conforme al punto 1110 de la relación de costes de la ley de costas judiciales:

Valor 50.000,00 EUR	Costes de notario: aprox. 180,00 EUR	Orden de pago: 228,00 EUR
Valor 100.000,00 EUR	Costes de notario aprox. 270,00 EUR	Orden de pago: 428,00 EUR
Valor 500.000,00 EUR	Costes de notario aprox. 980,00 EUR	Orden de pago: 1.478,00 EUR

mejor en los casos en los que el sometimiento ejecutivo, como el único ingrediente de un acto ya certificado, no origina ningún coste adicional. Las entidades de crédito, así como las empresas de cobro utilizan esta ventaja de costes siempre que puede llegarse a un acuerdo respectivo con los deudores, también en el marco de un concordato dilatorio. La protección de un crédito inmobiliario mediante una deuda hipotecaria ejecutable debido a un documento notarial es una condición totalmente corriente del crédito. Existen excepciones en el ámbito interprofesional para derechos de prenda inmobiliaria con valores altos que, por motivos de costes, sólo prevén un sometimiento a ejecución forzosa para un “importe parcial a pagar al final”.⁶³ El procedimiento del documento ejecutable evita procesos y descarga de este modo la justicia. Esto, era junto con el motivo principal para el legislador para ampliar su ámbito de aplicación considerablemente con el segundo sometimiento a ejecución forzosa.⁶⁴ La legislación de la UE ha llevado además a que esta aplicabilidad esté prácticamente garantizada en todo el mercado interior.⁶⁵

Además de esta función de ejecución, la importancia de la que disfruta un documento notarial como medio probatorio también simplifica la imposición de pretensiones.⁶⁶

III.

La contribución a la adopción de desarrollos tecnológicos

Apenas se encontrará un notario alemán que considere el documento en papel como un modelo desfasado y su sustitución completa mediante medios de almacenamiento para el futuro. Aunque es cuestionable, resulta necesario que los notarios evolucionen como partícipes competentes y fiables en las relaciones jurídicas electrónicas y que también hagan disponibles los

⁶³ Compárese *Amann* en Manual notarial Beck'sches, 4ª Edición 2006, A VI núm. marg. 31; *Wolfsteiner*, La escritura ejecutable, 2ª Edición 2006, art. 28.27 - 29.

⁶⁴ BT-Drucksache 13/341 del 27.01.1995, p. 20 y siguientes.

⁶⁵ Véase arriba la parte A, punto I.3.

⁶⁶ Véase arriba la parte A, punto I.2.

documentos notariales para las relaciones jurídicas electrónicas. Sobre las bases legales para documentos electrónicos ya se habló,⁶⁷ y el notariado actuaba ya en un primer plano para adquirir y demostrar competencia en las relaciones jurídicas electrónicas.⁶⁸

1. Registro central de los poderes de representación , registro testamentario
Una oferta para la utilización de las nuevas posibilidades de las relaciones jurídicas electrónicas en el procedimiento asistencial es el registro central de poderes de representación para el caso incapacidad jurídica (*Zentrale Vorsorgeregister*).

Mediante el registro, los poderes de representación en el caso asistencial deberían encontrarse de forma más rápida y segura. La Cámara Federal de Notarios constituyó el registro a principio de 2003 bajo iniciativa propia. El legislador ha reconocido ampliamente esta prestación para la ejecución de la autodeterminación en el caso asistencial fijando el registro central de los poderes de representación legalmente en la Cámara Federal de los Notarios alemanes⁶⁹, y después de un tiempo de transición en el que sólo se registraron documentos notariales, lo ha abierto para todas las formas de poderes asistenciales.

Las bases legales, contenidas en una modificación del reglamento federal de notarios, entraron en vigor el 31.07.2004.

El registro de poderes es fundamental. A fecha 31.12.2006 existían un total de 472.965 poderes registrados. En total, durante el año 2006 se realizaron 92.080 consultas por parte de tribunales tutelares.

Tras el ejemplo del registro central de poderes de representación , la transición desde el registro descentralizado actual de documentos relevantes en materia de herencias para el registro civil de nacimientos de

⁶⁷ Véase arriba la parte A, punto I.1.2.c) y II.3.b).

⁶⁸ También la U.I.N.L. ha abordado la cuestión en un momento temprano, compárese *Bettendorf*, Documentos informáticos y seguridad jurídica, (II. Tema U.I.N.L. 1992) en BNotK (edit.), XX. Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena/Colombia 27.04. - 02.05.1992, Informes de la Delegación Alemana, p. 29 y siguientes.

⁶⁹ Ley del 23.04.2004, Boletín Oficial del Estado Alemán. I 598.

la correspondiente persona también es posible en un registro testamentario centralizado.⁷⁰ Una vez establecido, se pretende conseguir la eliminación de vacíos del registro, el tratamiento acelerado de consultas y, especialmente, una localización más sencilla de documentos en casos hereditarios internacionales. A diferencia de la nueva instalación para poderes de representación y poderes anticipados para el caso de incapacidad que no sustituía a ningún sistema estatal existente, para este cambio de sistema no existe hasta el momento una voluntad política unánime. No obstante, dado que la discusión sobre el traslado de actividades del tribunal testamentario a los notarios está en marcha, aún pueden pasar muchas cosas en este contexto, también en un futuro próximo.

2. Red de notarios

Desde el año 2000, NotarNetz GmbH gestiona la “red de notarios” por mandato de la Cámara Federal de Notarios como estructura de seguridad central para las notarias. La red de notarios fue la primera solución de estas características en el mercado y ha fijado muchos estándares. La red de notarios es una plataforma de Internet segura para notarios y sus colaboradores. Los dispositivos de seguridad especiales y costosos para la participación en las relaciones jurídicas electrónicas son explotados, supervisados y mantenidos de forma centralizada. Los notarios fueron muy por delante de las autoridades judiciales en la puesta en marcha de esta red, y han dado fe de su competencia en este ámbito tan importante para el futuro. Este compromiso sentó de forma temprana las bases para la competencia técnica de los notarios. Ello fue decisivo para el papel de precursores que los notarios han adoptado en el ámbito de las relaciones jurídicas electrónicas, especialmente, en la inscripción electrónica en el registro mercantil. NotarNetz GmbH se encarga, además de la gestión de la red de notarios, del desarrollo y mantenimiento de los programas, que son el requisito técnico para las relaciones jurídicas electrónicas con el registro mercantil por parte de los notarios (SigNotar und XNotar).

⁷⁰ Edición interna de la BNotK 3/1999, p. 3 - 7.

Después de una amplia renovación técnica en el año 2006, la red de notarios disfruta de un interés creciente, ya que la utilización segura del medio en línea para los notarios tiene una consideración cada vez mayor.

3. Relaciones jurídicas electrónicas, especialmente inscripciones en el registro mercantil

El objetivo de la certificación notarial prescrita legalmente debe lograrse independientemente de si un documento es creado por el notario en formato de papel tradicional o de forma electrónica. Para ello deben fijarse altas exigencias técnicas tanto para la creación como para la transmisión segura de los correspondientes documentos electrónicos. En la creación de documentos electrónicos se emplea la firma electrónica, tanto en los documentos existentes originalmente en forma electrónica como en la creación de copias electrónicas de documentos existentes originalmente en papel. En el envío de dichos documentos electrónicos al registro gestionado electrónicamente, se presta una atención especial a la seguridad de la conexión de telecomunicación por una parte, y a la utilización lo más sencilla posible de la información transmitida electrónicamente por parte del registro, ya que con el paso a un sistema electrónico, se puso en duda la racionalización y la aceleración de procedimientos perseguidos, cuando el receptor de documentos electrónicos debía convertir éstos posteriormente a un formato adecuado para sus fines.

Las preguntas anteriormente esbozadas ocupan a la Cámara Federal de Notarios y también a las administraciones de justicia y a los legisladores competentes en materia de relaciones jurídicas electrónicas.

La Cámara Federal de Notarios ha abordado este tema en un momento temprano. La autoridad reguladora para las telecomunicaciones y los servicios postales (ahora agencia de la red federal) concedió el 15.12.2000 a la cámara de notarios la aprobación para la explotación de un centro de certificación conforme a la ley sobre firmas. La Cámara Federal de Notarios era, de este modo, el tercer centro de certificación en Alemania. En consecuencia, puede emitir para todos los notarios en Alemania certificados para firmas electrónicas cualificadas conforme al máximo nivel de seguridad. La Cámara Federal de Notarios garantiza con ello un alto

estándar de confianza y fiabilidad para la comunicación electrónica de los notarios con los registros y otros centros (p.ej., clientes, colegas y autoridades).

El incidente práctico más complicado se produjo el 01.01.2007 mediante la ley sobre el registro mercantil, de cooperativas y empresas electrónico⁷¹, que constituía el fundamento legal para la inscripción electrónica en el registro mercantil. La entrega de documentos electrónicos en vez de documentos en papel entró en vigor en doce estados federados sin plazo de transición, en cuatro estados federados con plazos comprendidos entre un mes y un año. Los notarios están obligados a transmitir los datos de inscripción junto con el archivo de imagen del texto de inscripción de forma estructurada para que puedan adoptarse directamente para la creación del texto del registro. La preparación propiamente dicha de la inscripción del registro será transmitida de este modo por los tribunales para los notarios. Pese al tiempo relativamente corto de preparación por parte de la justicia y de los notarios para la conversión de transacciones en el registro mercantil a una gestión puramente electrónica, esta conversión del sistema tuvo un gran éxito y sólo se produjeron las pequeñas dificultades iniciales de cualquier cambio. Entretanto, las transacciones electrónicas del registro mercantil se desarrollan ampliamente sin problemas. También ha llevado a una reducción de los tiempos de inscripción. De este modo, el plazo para la inscripción de una GmbH varía ahora sólo de unas pocas horas hasta un máximo de 3 días. A ello también ha contribuido la disponibilidad de los notarios para establecer todos los dispositivos técnicos necesarios y a participar en sesiones de formación específicas. A las cámaras se les atribuye el mérito de haber organizado los correspondientes eventos y de haber difundido los conocimientos necesarios puntualmente.

Estos ejemplos muestran que los notarios alemanes participan y colaboran de forma activa en el progreso tecnológico en la era de la información. Contribuyen sustancialmente en las transacciones electrónicas en el registro mercantil a una aceleración del procedimiento de inscripción.

⁷¹ Boletín Oficial del Estado Alemán, parte I, 2006, 2553.

IV.

La contribución en el sistema de garantías de crédito⁷²

Los informes del banco mundial “Doing Business in 2005” y “Doing Business in 2006” sitúan a Alemania en un ejemplar tercer puesto entre 175 estados seleccionados en el apartado de posibilidad de recepción de un crédito por parte de un empresario. El resultado sorprende a la vista de la sensación y la crítica de las pequeñas y medianas empresas sobre la restrictiva práctica de concesión de créditos de las entidades alemanas de crédito, que, con frecuencia aluden a la palabra clave “Basilea II” a este respecto. Algunos de los aspectos positivos en el “Legal Rights Index” son la autorización de descripciones generales de deudas con la consecuencia de que todas las clases de pasivos pueden asegurarse, así como la prioridad absoluta de pasivos asegurados para la valoración de garantías en la ejecución individual y en el procedimiento de insolvencia. Esto es mérito del derecho legal de las garantías del crédito. También los notarios y el registro de garantías de crédito en un sistema amplio de registro de la propiedad prestan su contribución a un sistema más seguro, funcional y a unas condiciones crediticias más soportables.

1. Sistema del registro de la propiedad

El sistema alemán de registro de la propiedad ofrece una información muy completa⁷³ sobre las relaciones jurídicas de la propiedad, en cuya fiabilidad pueden confiar todas las personas conforme al art. 891 del código civil

⁷² Compárense las generalidades sobre la garantía del crédito: *Bezzemberger*, Nuevas formas de garantía del crédito en la práctica notarial (IV. Tema U.I.N.L. 1995) en BNotK (edic.), XXI. Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín/Alemania 28,05. - 03.06.1995, Informes de la Delegación Alemana, p. 239 y siguientes.

⁷³ Las excepciones de la integridad son las cargas de la construcción contenidas en los directorios públicos que varían de un estado federado a otro, los derechos antiguos de la época de introducción del registro de la propiedad, en los antiguos estados federados, antes de 1900, en el ámbito de los nuevos estados federados, hace poco tiempo, así como los derechos preferentes legales y la responsabilidad de la propiedad para contribuciones, costes y tasas no pagados relacionados con los bienes inmuebles.

alemán. En caso de un registro de la propiedad erróneo, algo muy poco frecuente, las personas que no conozca la incorrección pueden adquirir de buena fe la posición jurídica incorrectamente registrada. Para los prestamistas, esto significa que un derecho de prenda hipotecaria correctamente registrado es una base absolutamente fiable para la ejecución forzosa y la pacificación primordial. Este derecho se obtiene rápidamente. Después de la recepción de los datos necesarios de la entidad de crédito, el documento notarial se puede crear en pocas horas, y enviarse también a la oficina competente de registro de la propiedad, según la vía de entrega. Esto es de aplicación independientemente de si una escrituración notarial se efectúa en forma de transcripción, que es suficiente para el registro de un derecho de prenda hipotecaria en el registro de la propiedad, o la certificación de la firma. No obstante, el notario no está vinculado por el derecho alemán al acto económico relevante, el contrato de préstamo. Por tanto, en la solicitud de la garantía, ya no se consideran decisiones económicas (alcance del préstamo, vencimiento, intereses, compromiso de intereses, protección del riesgo del tomador del préstamo) y se toman sin consideración del derecho de prenda hipotecaria. Los plazos de registro en las oficinas del registro de la propiedad varían de una oficina a otra y según la época del año entre un día y varias semanas, por lo que se tiene en consideración la necesidad de urgencia. De este modo, el derecho de prenda hipotecaria se puede lograr en la mayoría de las ocasiones en un plazo de dos semanas, en las cuales el consumidor aún está autorizado a rescindir el contrato de crédito conforme a los arts. 495, párr. 1, 355 del código civil alemán. Si el tiempo de registro, en un caso particular, no puede esperar hasta el pago del crédito, la confirmación del notario permite que el derecho de prenda hipotecaria se registre con la prioridad correcta según la situación del expediente en la oficina del registro de la propiedad, con frecuencia el pago anticipado.

2. Título ejecutivo

Anteriormente ya se indicó que la protección de un crédito inmobiliario mediante una deuda hipotecaria ejecutable a causa de un documento notarial es una condición absoluta habitual. Ello permite, en caso de crisis

del deudor, una opción rápida y muy económica, en comparación con los títulos impugnables de forma procesal, de la realización del derecho de modo forzoso, a la que, en la práctica bancaria, se recurre como último recurso. La venta libre de una propiedad asegurada es más económica, rápida y normalmente también más lucrativa a través del propietario o el administrador de insolvencias. Pese al menor uso estadístico del título, no se renuncia a éste. Esto prueba que los costes del título deben ser mucho más ventajosos con relación a su utilidad cuando se necesita.

Según el reglamento para la introducción de un título ejecutivo europeo sobre exigencias incontrovertibles (CE) 805/2004, un título ejecutivo creado en territorio nacional en documento notarial es aplicable en toda Europa. El notario alemán actúa además como centro descentralizado, muy disponible, competente y rápido, y es así una parte importante del sistema de garantías de crédito en Alemania.

V.

La contribución al cumplimiento de las exigencias de información estatales/ cooperación en el sistema de recaudación fiscal, descargo de los centros estatales

El notario está vinculado de las formas más diversas a la adquisición de información estatal. Allí donde la ley exija una firma certificada públicamente, entre otros supuestos, cuando se concede un valor especial a la determinación de la identidad, el notario asume el trabajo relacionado con ello, que, en otro caso, debería realizar la propia autoridad instruida para la determinación de la identidad. Estas autoridades son principalmente en Alemania las oficinas del registro de la propiedad y el registro mercantil. Éstas deberían estar equipadas y dotadas de personal de forma totalmente distinta para las transacciones entre las partes para prestar el mismo servicio de identificación de la identidad. Las partes tendrían, por su parte, que aceptar unas vías de acceso parcialmente más largas que, con una centralización creciente de las autoridades serán, en el futuro, más largas que cortas. Naturalmente, la identificación por parte del notario también genera costes que deben pagar las partes a éste, pero estos

costes no son costes adicionales para las partes o la sociedad, sino costes que siempre se ocasionan cuando existe la necesidad de una identificación precisa y no puede satisfacerse completamente por otros medios.

Además de esta función central de la certificación pública por parte del notario, el notario también satisface otras necesidades de información del estado:

1. Impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles

Todos los actos jurídicos sobre propiedades o partes de propiedades son tributables según la ley del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles. El impuesto afecta de igual modo a empresarios y a personas privadas. El tipo impositivo a recaudar es desde el 01.09.2006 competencia de los estados federados. Ascende en todo el territorio federal a aprox. el 3,5%, pero en Berlín, desde el 01.01.2007, al 4,5%. La determinación y la recaudación son un requisito para una información fiable de las agencias tributarias. Conforme al art. 18 de la ley del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles, el notario ha de informar por escrito a la agencia tributaria competente según los formularios establecidos oficialmente sobre todos los actos jurídicos que documento o sobre los que haya redactado un documento y haya certificado una firma, que afecten a un bien inmueble en Alemania. Los documentos, los ejemplares y transcripciones certificados sólo pueden entregarse a las partes cuando el aviso se haya enviado a la agencia tributaria, art. 21 de la ley del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles. La recaudación tributaria se realiza de este modo rápidamente, de forma uniforme y eficaz. El notario no puede aplicar costes especiales por esta actividad, las partes sólo deben pagar las expensas (costes de copia, franqueo). La transmisión electrónica del aviso aún está descartada legalmente, art. 18, párr. 1, inciso 3 de la ley del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles. Los ingresos ascendieron en 2003 a unos 4.800 millones.⁷⁴

2. Impuesto sobre donaciones

También para el impuesto sobre donaciones los notarios deben enviar a la agencia tributaria responsable de la gestión del impuesto hereditario,

⁷⁴ www.bundesfinanzministerium.de/cln_02/nn_3478/DE/Service/Lexikon__A__Z/G/003.html

conforme al art. 8, párr. 1 y 4 del reglamento ejecutivo del impuesto hereditario, una transcripción certificada del documento sobre la donación o una donación modal en vida con indicación del valor subyacente al cálculo de costes con modelo oficial. A diferencia del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles, esto lleva sólo a una información parcial, ya que las donaciones también se pueden efectuar sin participación notarial o judicial. El ámbito cubierto por los notarios, esto es, las donaciones de bienes inmuebles o de participaciones societarias de GmbH, comprende no obstante los valores sustanciales.

3. Impuesto sobre sociedades

Según el art. 4 del reglamento ejecutivo del impuesto sobre la renta, los notarios han de notificar a la agencia tributaria competente mediante el envío de una transcripción certificada de escrituraciones o certificaciones que tengan por objeto la constitución, el aumento o la reducción de capital, la conversión o disolución de sociedades de capital o la disposición de participaciones en sociedades de capital.

Aquí se cubren prácticamente todas las operaciones para la GmbH mientras que la disposición de acciones o participaciones en sociedades extranjeras, a falta de una obligación notarial, sólo se indica a través de las propias partes. Lo mismo vale para las certificaciones extranjeras efectuadas en este ámbito, ya que la obligación del reglamento sólo afecta a los notarios alemanes.

Esta obligación fue ampliada mediante un nuevo párrafo 4, según el cual debe realizarse una notificación separada por parte de un vendedor sujeto a tributación de forma limitada.⁷⁵

⁷⁵ “(4) En el caso de la disposición de participaciones en sociedades de capital a través de un titular de participaciones que no esté sujeto a tributación ilimitada según el art. 1, párr. 1 de la ley, debe presentarse adicionalmente una notificación en la agencia tributaria de que en la finalización de una obligación tributaria ilimitada anteriormente existente del titular de participaciones o en una adquisición no dineraria del antecesor jurídico conforme al art. 19 del reglamento tributario era competente para la tributación del titular de participaciones”.

4. Blanqueo de capitales

Los notarios, además de las entidades de crédito, los abogados y otros, están obligados a la identificación y a la notificación según la ley sobre el blanqueo de capitales⁷⁶. Los actos notariales parecen inapropiados en Alemania para blanquear capitales no declarados. Además de las obligaciones de la ley contra el blanqueo de capitales, el notario tiene las obligaciones de notificación a las agencias tributarias alemanas según los puntos anteriores 1 – 3. Asimismo, el acto notarial presupone normalmente la comparecencia personal de las partes en la certificación o la comparecencia previa para la certificación de un poder, autorización o consentimiento. Las agencias tributarias informadas están vinculadas entre sí de modo que a un comprador de bienes inmuebles que sea inscrito en la agencia tributaria por parte de la oficina tributaria del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles se le pueda preguntar directamente de dónde proceden sus recursos para la compra cuando su adquisición no le parezca plausible a la agencia tributaria. Además, la ejecución de los acuerdos notariales casi nunca se realiza con dinero en efectivo, de modo que también participan los sistemas de información de los bancos, y el notario tiene prohibido custodiar dinero en efectivo, art. 54 a, párr. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones.

5. Comisión técnica calificadora

Conforme a los arts. 192 y siguientes de la ley de edificación, en las autoridades de la administración subordinadas (consejerías regionales) se forman comisiones técnicas calificadoras autónomas e independientes para la determinación de los valores de los bienes inmuebles y para otras determinaciones de valor. Conforme al art. 193 de la ley de edificación, ésta efectúa una recopilación de precios de compra, los valora y determina los índices de valoración del suelo y otros datos necesarios para la

⁷⁶ Ley sobre la detección de ganancias por actos delictivos del 25.10.1993, Boletín Oficial del Estado Alemán I, 1993, 1770, modificada por última vez por el art. 11 de la ley del 15.12.2003, Boletín Oficial del Estado Alemán I, 2676, que implementa la directiva 91/308CEE del Consejo del 10.06.1991 sobre la prevención del uso del sistema financiero con la finalidad del blanqueo de capitales (DO L 166 del 26.6.1991, p. 77).

determinación de valores. Para permitir este trabajo, todos los contratos en el sentido del art. 311, párr. 1 del código civil alemán o sobre la constitución no dineraria de un derecho de superficie deben ser enviados por parte del centro certificador, por regla general los notarios, mediante transcripción a la comisión técnica calificadora.

Los índices de valoración del suelo, art. 196 de la ley de edificación, son nuevamente la base de la valoración tributaria, dicho sea de paso, la única en el ámbito de la propiedad que fue clasificada como constitucional por el Tribunal Constitucional en su resolución del 07.11.2006, 1 BvL 10/2.

Aquí también se presta un respaldo (natural) a las demás administraciones por parte de los notarios.

Los ejemplos muestran que la actividad del notario respalda de forma particular la actividad fiscal del estado. En efecto, la ley prevé regularmente obligaciones de notificación también de los propios contribuyentes, encomienda, p.ej., a las empresas el pago del impuesto sobre el salario o a los empresarios la declaración y el pago del impuesto sobre la renta. Las obligaciones del notario residen principalmente allí donde los impuestos surgen no regularmente, sino una vez, y la mayoría de los contribuyentes tienen una actividad no profesional sino privada. En este ámbito, los notarios representan un componente importante de una recaudación de impuestos uniforme, y, con ello, prestan una contribución a la fidelidad y la equidad tributaria. Exigir esta contribución a otros centros, p.ej., a las oficinas del registro de la propiedad no aportaría ninguna mejora de la eficiencia. Dado que los documentos notariales después de la finalización de la certificación no pueden modificarse y contienen siempre la fecha y el lugar de establecimiento, eliminan prácticamente las reducciones fiscales a causa de manipulaciones posteriores en documentos, lo que también facilita un tratamiento tributario correcto. Por último, el notario es de este modo desde muchos puntos de vista un centro externo de otras autoridades estatales, reduce el trabajo de éstas de forma anticipada o hace que se pueda prescindir parcialmente de un trabajo posterior (p.ej., una investigación tributaria y revisión).

VI.

La contribución a la aplicación internacional del derecho

También cuando a los notarios se les conceden jurisdicciones de su estado y ejercen autoridad pública, su actividad no está sólo limitada a los procesos nacionales. De hecho, los casos que abordan los notarios son cada vez más internacionales. En un primer momento, todos los notarios deben preguntarse si tienen los conocimientos básicos necesarios en la materia. Al menos para el espacio económico europeo, aparecen en alemán cada vez más manuales que ofrecen además el contenido del derecho material de otros estados.⁷⁷ Además de numerosas sesiones de formación continua de distintos oferentes en el derecho europeo y el derecho internacional privado, el Consejo de Notariados de la Unión Europea (CNUE) introdujo en el año 2004 con el respaldo de la Comisión Europea el programa de formación continua “FORMANOTE”, con el cual, en las sesiones de formación continua, se profundizó el conocimiento de los notarios sobre las cuestiones de su actividad respecto al derecho de la UE. Las sesiones se celebraron con éxito el 01.10 y 04.10.2004 en Berlín o en Bochum con un gran número de participantes. Pero también existen suficientes ejemplos de desarrollo en el ámbito internacional.

1. Internacionalización de los documentos notariales⁷⁸

La internacionalización del documento notarial, es decir particularmente su reconocimiento y ejecución transfronterizos, presupone una confianza básica en la calidad de la actividad notarial en general y del documento

⁷⁷ *Süß, Rembert/Haas, Ulrich, Derecho de sucesiones en Europa, 2004; Süß, Rembert/Ring, Gerhard, Derecho matrimonial en Europa, 2006; Süß, Rembert/Wachter, Thomas, Manual de derecho internacional de sociedades limitadas, 2006; Wachter, Thomas/Frank, Susanne, Manual del derecho inmobiliario en Europa, 2004 (Dr. Rembert Süß, abogado, trabaja en el Instituto Notarial Alemán (Dnotl) en la división administrativa III – Derecho privado extranjero e internacional, Thomas Wachter y Dr. Susanne Frank son notarios en Múnich).*

⁷⁸ Este también fue otro tema del congreso desde otra perspectiva, compárese *Wirner/Ott, Importancia e influencia de una escritura extranjera para el notario nacional, (IV. Tema U.I.N.L. 1992) en BNotK (edic.), XX. Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena/Colombia 27.04. - 02.05.1992, Informes de la Delegación Alemana, p. 163 y siguientes.*

notarial en particular, ya que, especialmente en el campo de la ejecución forzosa, existen reservas para aceptar documentos como su base. En este sentido, la entrada en vigor del Reglamento TEE⁷⁹ el 21.01.2005 representa un verdadero salto cuantitativo, ya que no se necesita como hasta ahora un procedimiento de declaración ejecutoria nacional para obtener un título ejecutivo, sino que – al igual que en los juicios sobre exigencias incontrovertibles – conforme al art. 25, párr. 2 del Reglamento TEE el documento público confirmada título ejecutivo europeo en el estado miembro original puede ejecutarse directamente.

Si se trata del poder probatorio, para la equiparación con los documentos nacionales sólo necesita la confirmación de autenticidad, especialmente mediante la denominada “apostilla”. Esta confirmación de autenticidad para documentos puede ser realizada por un número cada vez mayor y de estados.⁸⁰

Más difícil de contestar sigue siendo la cuestión de cuándo un documento público extranjero es adecuado para satisfacer el requisito de eficacia de la certificación notarial impuesto por la exigencia de forma alemana.⁸¹ La pregunta se plantea donde el derecho de cosas aplicable según el derecho internacional privado⁸² prescriba legalmente la certificación notarial como

⁷⁹ Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento y del Consejo Europeo para la introducción de un título ejecutivo europeo para exigencias incontrovertibles del 21.04.2004 (DO L 143 de 30.4.2004, p. 15); véase arriba la parte A. punto 1.3.

⁸⁰ La Convención de la Haya es de aplicación actualmente para otros 80 estados según la información de Internet de la Oficina Exterior (<http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Laender/Konsularisches/Urkundenverkehr/Urkunden-verkehrTeilB.html#t3>).

⁸¹ Compárese la parte A.I.1. al final.

⁸² Determinante de forma particular, pero no exclusivamente, el art. 9, párr. 2, 3 y 6 del Tratado de Roma de la CEE sobre el derecho aplicable en relaciones obligacionales contractuales del 19.06.1980 o el art. 11 de la ley introductoria al código civil alemán; futuro art. 10 del reglamento de Roma I (compárese COM (2005) 650 definitivo, Propuesta para un REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre el derecho aplicable sobre la relación obligacional contractual (Roma I)).

forma de eficacia. La respuesta varía de un caso a otro,⁸³ en función de las exigencias de forma y su función.⁸⁴

2. Programas internacionales

Sobre la actividad y la importancia de la U.I.N.L. y del Consejo de Notariados de la Unión Europea no se cabe hacer ninguna mención. No obstante sí cabe mencionar de forma complementaria el número creciente de eventos que sirven para la formación continua y para el intercambio de experiencias y conocimientos de los notarios vecinos en el ámbito de las fronteras nacionales.⁸⁵ Aquí también se establecerán redes que son imprescindibles para un dominio correcto de los casos internacionales.

3. Instituto Notarial Alemán

El papel del Instituto Notarial Alemán (DNotI) ya se ha valorado varias veces en este informe. La contribución del Instituto Notarial Alemán a la aplicación internacional del derecho es evidente. Conforme al informe de actividad de 2005, en 2005 se emitieron 2.521 dictámenes para notarios con relación al derecho extranjero e internacional, en el año anterior incluso algunos más. Estos dictámenes están disponibles para los notarios alemanes a través del banco de datos de Internet, por fax o mediante consulta individual. Ofrecen para los hechos materiales internacionales una base fiable para la aplicación del derecho.

⁸³ Para ver los casos, consulte la parte A III.1 anterior.

⁸⁴ De este modo, el art. 925 del código civil alemán no exige una certificación notarial, sino la entrega de una declaración con la presencia simultánea de las partes ante el centro competente, especialmente ante los notarios alemanes. La certificación notarial del art. 311 b del código civil alemán exige que, con relación al acto jurídico, tienen que adoptarse normas relevantes en la escritura, mientras que el art. 15, párr. 4 de la ley sobre sociedades limitadas se satisface con la escrituración de la declaración de representación y el art. 518, párr. 1 del código civil alemán con la escrituración de la promesa de donación.

⁸⁵ p.ej., Sesión polaco-germana de prácticas del 27 al 29.10.2005 en Görlitz y Zgorzelec; DAI Formación continua sobre actos jurídicos notariales con Francia 26 de mayo de 2006 en Estrasburgo; 35. Encuentro de notarios de Bavaria-Salzburg, 15/16 de septiembre de 2006 en Berchtesgaden.

En resumen, puede decirse que los notarios alemanes tienen en cuenta la internacionalización de su actividad y, desde el notariado llegan una serie de iniciativas para mejorar y simplificar el tratamiento de los problemas de derecho internacional. Se trabaja intensamente en proyectos para la unificación del derecho.

C.

La importancia económica de la actividad pública notarial para el desarrollo de la sociedad

La importancia económica de la actividad pública notarial todavía no se ha investigado. Pese a que el análisis económico del derecho también entra dentro de las ciencias alemanas desde hace más de veinte años, y ha dado lugar a numerosos tratados, en los manuales corrientes alemanes⁸⁶ no se encuentra ningún modelo sobre la forma del acto jurídico como factor económico, por no mencionar el documento notarial. De ello no pueden sacarse conclusiones rotundas, pero si se puede dar por sentado que los costes que se originan por las exigencias de forma existentes en Alemania no son lo suficientemente significativos para asignarles un espacio propio en el análisis económico del derecho civil. Cuando se habla de costes no sólo se hace referencia a los costes notariales, sino a todos los costes de transacción relacionados con la exigencia de forma⁸⁷.

Este informe tampoco puede ofrecer un análisis económico amplio de los documentos notariales. No obstante, muestra que la postura expresada en los informes del Banco Mundial de que la participación de notarios sería obstructiva para el desarrollo económico, se basa, para el ordenamiento jurídico alemán, en suposiciones erróneas y en conocimiento deficiente del derecho y de la práctica. Además los criterios seleccionados para esta valoración son insuficientes para valorar económicamente las prestaciones de

⁸⁶ *Schäfer/Ott*, Manual de análisis económico del derecho civil, 4ª edición 2005.

⁸⁷ Incluso cuando no existe una definición aislada de los costes de transacción, compárese *Schäfer/Ott*, nota al pie, p. 101.

los respectivos ordenamientos jurídicos. Después de la crítica del informe del Banco Mundial, se mencionarán otros aspectos históricos cuya consideración es indispensable para una valoración económica general. Estos pueden llevar a que la contribución del notario dentro de su ordenamiento jurídico también sea considerada como positiva económicamente.

I.

Informe del Banco Mundial: Derecho como factor económico

Los informes del Banco Mundial (Doing Business) no han dado pie al tratamiento de los aspectos económicos de la escrituración notarial. De forma particular, partes del informe del año 2004⁸⁸ contenían ataques a la actividad del notario. En el capítulo 2 del informe (“Starting a Business, p. 17 y siguientes”) se tildaba de lapidaria (traducido libremente): “El empleo de notarios para la certificación de documentos para el registro de una empresa puede evitarse... Cuando la participación del notario está prescrita se ocasionan con frecuencia la mayor parte de los costes de registro”. El gráfico 2.7 lleva por título “Notarios – una carga inútil” y pone de manifiesto la pérdida de costes y dinero asociada a la notaria.⁸⁹ De forma menos directa, pero suficientemente clara, en el capítulo 7 (The Practice of Regulation) se resaltan las virtudes de la Common-Law así como del derecho de los países nórdicos, una conclusión que recae nuevamente sobre la Civil-Law-Notary.⁹⁰ Finalmente, para un país del G-8 que se encuentra cómodamente entre los primeros no es precisamente satisfactorio ver como cae hasta el puesto 21 en la valoración sobre la facilidad de cómo explotar una empresa.⁹¹

No merece la pena suponer como cierto lo que dicen los informes, ya que estarían dirigidos a establecer el sistema del ámbito jurídico angloamericano como estándar internacional, y, con ello, conseguir ventajas para la economía y

⁸⁸ Doing Business en 2004, Understanding Regulation: A copublication of the World Bank, the International Finance Corporation, and Oxford University Press (citado: Doing Business 2004).

⁸⁹ Todo se encuentra en la p. 26, Doing Business 2004

⁹⁰ Doing Business 2004, p. 89.

⁹¹ Véase <http://www.doingbusiness.org/EconomyRankings/>

los asesores jurídicos, especialmente de EE.UU. y del Reino Unido.⁹² De ahí proviene el elogio ya expresado por los estados nórdicos, cuyo sistema difiere significativamente de la Common Law.

Por el contrario, se muestra una investigación más precisa del informe con relación a las cuestiones relevantes para el notariado, y, sobre la base de estos conocimientos, la comprobación de las afirmaciones del informe que hacen referencia directamente al notariado y al sistema jurídico en el que el notariado tiene su posición natural.

1. Constitución de una empresa (“Starting a Business”)

Dado que la crítica del sistema notarial recae con especial intensidad en el punto “Starting a Business” y que Alemania, en este punto, ocupaba el poco complaciente puesto 66, esta parte debe analizarse en un primer momento.

a) El estudio del caso

La valoración del Banco Mundial se realiza con el supuesto de un caso de fundación básico que se define como sigue:

- Se funda una sociedad con responsabilidad limitada, y con varias posibilidades de la forma más utilizada. En Alemania, esta sociedad es la GmbH.
- Esta realiza sus operaciones en la ciudad con mayor número de habitantes, en nuestro caso Berlín.
- Los fundadores son cinco personas naturales de Alemania.
- El capital inicial se desembolsa en efectivo por un importe igual a 10 veces la renta por habitante en Alemania. El Banco Mundial fija un importe de 34.580 \$ como renta por habitante.⁹³ En consecuencia, el capital asciende a 345.800,00 \$, con una cotización del dólar de unos 1,28 \$, redondeando, 270.000,00 EUR.

⁹² El hecho de que la implantación de normas jurídicas es un medio de política de poder y económica, apenas puede rebatirse, compárese p.ej., en el ámbito del derecho de la propiedad intelectual *Haedicke*, Derecho de la propiedad intelectual y política comercial de Estados Unidos, Múnich 1997.

⁹³ <http://www.doingbusiness.org/ExploreEconomies/EconomyCharacteristics.aspx>

- El objeto social son actividades de producción o comercio que no necesitan permisos especiales.
- La sociedad no tiene/adquiere ningún bien inmueble, sino que lo alquila.
- No recibe ninguna subvención especial.
- Emplea un mes después del inicio de la actividad a 50 trabajadores, todos de nacionalidad alemana.
- Tiene un volumen de negocio equivalente a 100 veces la renta por habitante, esto es, aprox. 2,7 millones de EUR.
- Los documentos de la sociedad tienen diez páginas.

b) Valoración en el informe⁹⁴

El informe especifica tres criterios con los que se mide la facilidad para constituir una empresa, a saber, el número de pasos necesarios hasta que la empresa puede comenzar sus actividades, la duración estimada para estos pasos y los costes asociados. En Alemania este proceso dura según el informe 24 días, en los que hay que ejecutar 9 pasos. Los costes ascienden a 1.775,19 \$⁹⁵, para lo que se fijó una cotización del euro de aprox. 1,28 \$, lo que significa unos costes aproximados de 1.386,86 EUR. Este importe representa un 5,1% de la renta por habitante.

Estos costes sólo se generan en tres pasos: en la certificación notarial de la constitución y los documentos (1.183,23 \$) en la inscripción en el registro mercantil (553,58 \$) y en la declaración de empresas (38,38 \$).

En comparación con los países de las primeras posiciones de esta categoría existe cierta desventaja, ya que

- en Canadá y Australia, los empresarios sólo necesitan dos pasos que pueden ejecutarse en 2 (Australia) o 3 días (Canadá), esto es, la inscripción en el registro de empresas y la inscripción en las autoridades tributarias;
- en Dinamarca, los empresarios necesitan 3 pasos (provisión de una firma digital, pago del capital inicial en una cuenta bancaria e inscripción

⁹⁴ Los datos se han extraído del informe para el año 2006.

⁹⁵ Si no se especifica nada, se hace referencia al USD.

electrónica en el registro mercantil y de empresas central) para lo que se necesitan cinco días.

Los costes para los empresarios también son significativamente más bajos, en Australia 590,10 \$, en Canadá 278,06 \$ (respectivamente para la inscripción de la empresa) y en Dinamarca 0,00 \$.

Sin duda, esta comparación relativiza ya una crítica del informe del Banco Mundial, la relativa a la exigencia de un capital mínimo que se necesita para la fundación de una GmbH. El informe del banco mundial tilda esta exigencia de superflua, indiscriminada e ineficiente.⁹⁶ En Dinamarca debe desembolsarse un 44,6% de la renta por habitante como capital mínimo, lo que se corresponde prácticamente con el valor alemán del 46,2%. La duración del proceso de desembolso es la misma en ambos países (1 día). Una valoración muy buena no es contraria a este punto en ningún caso. Si se produce en Alemania una reforma de la GmbH,⁹⁷ la suma mínima a pagar se reduciría a 5.000,00, lo que se corresponde sólo con un 18,48% de la renta por habitante.

Basándonos en los criterios del Banco Mundial se consigue lo siguiente: Reducción del procedimiento a un paso que puede efectuarse en un día, cuando p.ej, los dos registros mencionados en Australia y Canadá se pudiesen realizar en línea a través de una autoridad central.

No todas las posiciones de la lista se pueden explicar de forma convincente con los criterios mencionados. Japón ha anulado la exigencia de un capital mínimo para sociedades de capital y ha saltado con ello al puesto 18 de la clasificación. Con los datos estrictos del informe, en Japón se necesitan 8 pasos para la constitución de una empresa, éstos duran 23 días y cuestan un 7,5% de la renta por habitante, es decir resulta igual de complicado, dura prácticamente lo mismo y cuesta un 50% más que en Alemania. Deben existir otros factores – no mencionados – que expliquen porqué Japón se encuentra 48 posiciones por encima de Alemania.

⁹⁶ Doing Business 2004, p. 26.

⁹⁷ Véase arriba A.III.1.e)

c) Crítica del informe

El informe sobre Alemania debe corregirse, o al menos ser más preciso, en determinados puntos.

Tiempo y pasos

De los nueve pasos mencionados, el primero, la comprobación de la empresa en la cámara local de industria y comercial no es un paso necesario, sino una posibilidad de aclarar por adelantado los posibles problemas de aplicación o también la legitimidad jurídica. La valoración debería por tanto corregirse a 8 pasos y a una duración de 23 días, lo que aún no mejora la situación de forma extraordinaria. La duración es esencialmente de 14 días, el tiempo estipulado para la inscripción en el registro mercantil y que debe aceptarse para el tiempo antes de la conversión a la inscripción electrónica como valor medio realista, aún cuando el notario en casos individuales puede acelerar claramente la inscripción hasta un día laboral.

En total se necesitan siete días para los pasos 5 a 9 que son necesarios para la declaración de empresas (3 días), la inscripción en la cámara de industria y comercio, la inscripción en la oficina de empleo, en los titulares de la seguridad social (seguro por enfermedad y pensiones) y en la agencia tributaria (cada uno un día). No hay ningún motivo aparente por el cual estas inscripciones y registros que deben realizarse por parte de la dirección de la empresa dentro de un plazo de tiempo determinado después de la constitución no puedan realizarse un día conjuntamente o, al menos, cuando a la inscripción siga el envío de formularios que tengan que rellenarse y devolverse, pueda ejecutarse en dos días laborales. El informe del Banco Mundial prevé la posibilidad de una ejecución múltiple, pero no la adopta para Alemania. Dado que estas cuestiones están fuera del ámbito del notariado, no deben seguir ampliándose. No obstante, cabe mencionar de forma crítica que la anterior ejecución de los pasos 5 a 9 para el comienzo de la actividad de una empresa no es absolutamente necesaria y no lo retrasa necesariamente. Lo que queda por analizar son los costes asociados a ello.

Costes

Algo mucho más importante es que los costes supuestos no coinciden con las propias premisas. Los costes asumidos para la constitución de 1.183,23 \$ se corresponden con los costes para la constitución de una GmbH con un capital social de 270.000,00 EUR, esto es, 924,00 EUR. No obstante, no existe ninguna ley que prescriba hacer del capital inicial necesario también capital social. De este modo, la GmbH puede fundarse directamente con un capital de 25.000,00 EUR, sobre el cual, no obstante, se desembolsará inmediatamente 11 veces el capital. Los costes necesarios se incrementarían en 168,00 EUR, lo que equivale a 215,04 \$. Si se certifica más, los costes adicionales no son de ningún modo costes necesarios del procedimiento de constitución e inscripción, sino de la obligación contractual recíproca certificada de pagar un importe determinado.

Sobre esta base, se deberían determinar también los costes para la inscripción y el registro en el registro mercantil. Sólo es necesaria una certificación de la firma por parte del notario para una inscripción de 25.000,00 EUR, con costes y expensas de aprox. 28,50 EUR, los costes del registro mercantil de 100 EUR exactos (independientes del valor) y los costes de la publicación de la inscripción que varían de lugar a lugar, ya que dependen de las tasas de la prensa diaria (en el informe se estiman en 130,00 EUR). Estos costes suman EUR 258,50 EUR⁹⁸, lo que equivale a 330,88 \$.

Con ello, resultan para Alemania unos costes necesarios de inscripción para este caso de

Costes notariales de la constitución y la determinación de estatutos:	215,04 \$
Costes de la inscripción y la publicación	330,88 \$
Costes de la declaración de empresas	38,38 \$

⁹⁸ Incluso la inscripción con un valor comercial de 270.000 EUR exige sólo unos costes notariales de 123,00 EUR en vez de 28,50 EUR, todos los demás costes de la inscripción y el registro se mantienen constantes. Por tanto, en vez de 553,58 \$, es más correcto un importe máximo de 451,84 \$.

Costes totales

584,30 \$
=====

De este modo, los costes se sitúan ligeramente por debajo del país aventajado, Australia, aunque muy por encima de los dos otros principales candidatos.

Los costes supuestos por el Banco Mundial, aproximadamente 3 veces más altos, resultan de una comparación entre “peras y manzanas”. Los costes de inscripción fijados erróneamente más altos sólo se pueden explicar si no se consideró la certificación de la firma necesaria, y si se consideró como una actividad necesaria la creación del texto de inscripción por parte del notario y su entrega al tribunal, y, por tanto, integrando aquí los costes originados asociados a ello. La actividad de redacción del notario se demanda con frecuencia, pero no está prescrita legalmente. En el caso de los tres países aventajados de la clasificación nadie redacta nada parecido para las partes, el trabajo debe hacerlo uno mismo o encargarlo a un tercero pagando los costes que ello conlleva.

d) Mejoras en el sistema jurídico alemán

La anterior crítica no ofrece pruebas de que en Alemania no existiría suficiente potencial de optimización. De forma particular, el tiempo medio de constitución de 24 (23) días y la necesidad de ocho pasos individuales están lejos del óptimo. La cuestión es si los notarios están en contra de una optimización o si la aproximación al óptimo puede lograrse con notarios en el sistema jurídico alemán. La respuesta sólo puede ser una: La mejora es posible con notarios en el marco del sistema jurídico alemán y, desde una valoración optimista, ya se encontraría en marcha. Sobre la introducción del registro mercantil electrónico y del proyecto para la mejora del derecho de la GmbH ya se habló previamente. Un funcionamiento correcto del sistema electrónico presupone que se eliminan los tiempos de transmisión entre el notariado y el registro mercantil. Dado que los notarios están obligados a enviar las inscripciones a los tribunales como datos estructurados que puedan leerse allí, se reduce el trabajo en el tribunal del registro para la comprobación de la exactitud y existen menos pasos para

la transformación. Los 14 días de duración determinados hasta ahora para este procedimiento se deberían reducir de este modo a 3 días. De los 12 días restantes, 4 días se atribuyen al sistema al notario-registro mercantil, uno más al pago del capital en el banco, que, no obstante, en la era de Internet puede hacerse en el mismo día de la constitución y confirmarse, y los siete días para los pasos 5 a 9, que están básicamente fuera del sistema notario-registro mercantil. Si se quieren mantener estas obligaciones de notificación⁹⁹, en la era de Internet se trata principalmente una cuestión de voluntad técnica de poner a disposición de todas las personas sujetas a notificación un portal central. Ello podría reducir estas formalidades a un solo paso, y, cuando se generan y transmiten las cifras necesarias sobre impuestos y seguros de forma de forma rápida, a un día laboral. Un objetivo de optimización realista serían por tanto cinco días (1 día de constitución en el notario y el pago del capital, 3 días para la inscripción y el registro en el registro mercantil, 1 día para las demás notificaciones), con lo que el día para las demás notificaciones también podría encontrarse dentro del plazo para la inscripción en el registro mercantil.

Puede concebirse incluso una mayor participación del notario en esta optimización. La Cámara Notarial de Bavaria participa en un proyecto bajo el título "Gründeragentur Bayern"¹⁰⁰, cuyo objetivo es la creación de una denominada "ventanilla única"¹⁰¹ para fundadores de empresas. El notario como punto de contacto necesario para la identificación adoptaría aquí la tarea de efectuar las notificaciones no solo al registro mercantil sino también a los demás centros. Esto equivaldría a un portal central, pero con la gran diferencia respecto a Internet de que debe visitarse al notario personalmente y no se puede realizar el proceso mediante clics de ratón. No obstante, nadie califica esta como una desventaja.

⁹⁹ Este no es el lugar de discutir sobre la necesidad de los dispositivos individuales. Se trata de decisiones político(sociales) que no son en ningún caso un problema directo del inicio de una actividad comercial.

¹⁰⁰ Véase <http://www.gruenderagentur-bayern.de/anmeldungen/gewerbeamt.html>

¹⁰¹ Totalmente en el sentido del informe del Banco Mundial, compárese Doing Business 2004, p. 25.

Con ello, el objetivo de optimización se describiría como sigue:

- Dos pasos, esto es, la realización centralizada de todos los actos necesarios en el notario y el pago del capital mínimo.
- Tiempo necesario: 3 - 4 días, con lo que cada día que vaya más allá del segundo se debe a un procesamiento demorado en la notaria o a un procesamiento demorado en el registro mercantil, esto es, no resulta necesario.

Aquí se pone de manifiesto que el notario participa adicionalmente de forma diferente a como lo hace en los países de la Common Law y los países nórdicos, de forma funcional pero pudiendo ser el centro externo descentralizado de otras instituciones, es decir no sería el origen de una burocracia adicional, sino una forma valiosa de proximidad estatal a los ciudadanos. Sin embargo, reside en los propios notarios dar respuesta a esta pretensión, especialmente a la hora de emprender los pasos técnicos necesarios para ello y mostrar una imagen positiva a través de una organización eficiente y la satisfacción de los clientes.

Con relación a los costes, cuando se observan los costes anteriormente mencionados, apenas existe potencial de optimización. En el transcurso de la transformación a medios electrónicos, las publicaciones en la prensa diaria no serían necesarias, valoradas más bien de forma favorable por parte del Banco Mundial con 90,00 EUR. Si se deducen estos 115,20 \$, los costes mínimos serían de 469,10 EUR. Esta es una cantidad muy favorable, y, con seguridad, no se corregirá a la baja dentro del sistema. Estos costes tampoco se corresponden con los costes pagados normalmente en la actualidad, ya que, con frecuencia, la actividad de redacción o ejecución recae fuera del mínimo prescrito por la ley, por ejemplo la redacción, y, dado el caso, también la escrituración de la primera acta de la junta de socios, la redacción de la inscripción, la lista entregada al tribunal de los socios y la transmisión de estos documentos al registro mercantil, desde el 01.01.2007 sólo en forma electrónica. Según el alcance de la actividad encomendada, esto amplía el volumen de los costes en 200 – 500 \$, de modo que los costes totales actuales ascenderían a aprox. 700,00 \$ - 1.100,00 \$, después de la supresión de la publicación en la prensa diaria, unos 100,00 \$ menos.

Para emplear al notario como punto de contacto central en el sentido del modelo de optimización, estos costes también serían costes necesarios, siempre que se mantenga la exigencia de certificación de la constitución y los estatutos.¹⁰²

Quedaría a discreción del legislador la capacidad de confirmar la creación de una persona jurídica de responsabilidad limitada inmediatamente después de la recepción del pago. De este modo, sería concebible, incluso con el mantenimiento de un capital mínimo, efectuar el registro antes incluso de su pago, y hacer que la limitación de responsabilidad sólo dependa de que este pago se satisfaga dentro de un plazo razonable de tiempo desde la constitución. Con relación a las exigencias de autorización, la MoMiG elige como objetivo este camino, lo que reducirá los tiempos de registro para los fines empresariales sujetos a autorización. No obstante, algo más consecuente sería obviar la cuestión de la autorización de la existencia de la sociedad y su objeto, y, en vez de ello, someter sólo la propia actividad empresarial propia a la exigencia de autorización. A fin de cuentas, esto es lo que se realiza para las personas naturales y las sociedades personales. El objeto de la empresa sólo sería significativo para los socios y los órganos de la sociedad, pero no para terceros. De esta forma, la necesidad de precisar el objeto estaría en manos de los socios. Cuando éstos quisieran constituir una sociedad cuyo objeto sea cualquier actividad que sea legal se les podría autorizar, y se podría comprobar el mantenimiento de la legalidad cuando la actividad se desarrollara.

e) Crítica general

Los modelos anteriores son adecuados para desvirtuar la estigmatización de los notarios como cargas inútiles. No obstante, se trata de analizar lo que los notarios prestan y qué valor tiene esta prestación. Por tanto, la anterior crítica debe completarse con la cuestión de si los informes del Banco Mundial son adecuados para valorar de forma correcta y justa los efectos económicos de los distintos sistemas jurídicos. Esta crítica debería

¹⁰² Idénticos para esta cuestión.

volver a hacer referencia únicamente al campo analizado de la constitución de una empresa.

aa) Costes

Si se observa en primer lugar la cuestión de los costes de forma más detallada, se descubre que éstos se limitan a los costes necesarios de las formalidades de constitución. No se señalan todos los demás costes que se producen normalmente cuando la empresa modelo se hace real. Resultaría poco realista que los cinco empresarios, aparte de las formalidades de constitución necesarias, no aborden la cuestión del tiempo ni del conocimiento de cómo estructurarán su colaboración. Además, necesitarán asesoramiento sobre distintas cuestiones, entre otros, asesoramiento jurídico y asesoramiento fiscal. Sólo cuando se consideren estos costes, se pueden valorar realmente la eficacia en cuestión de costes de un sistema jurídico. En cualquier caso, un buen asesoramiento jurídico en el ámbito jurídico anglo-americano no parece muy económico. Sin duda, esta cuestión no se puede analizar de forma juiciosa mediante un caso ficticio, sino mediante el análisis empírico de las constituciones de empresas efectuadas. Dado que las sociedades de capital están obligadas a publicar sus balances, los costes en materia de asesoramiento de constitución, jurídico y fiscal del primer ejercicio económico pueden determinarse en gran medida. Naturalmente, el gasto es mayor por cuestionario que en un caso ficticio.

También existe una segunda objeción. Según los criterios del estudio, la constitución de una empresa en Dinamarca está regulada de una forma tan óptima que no costaría nada, expresándolo mejor, la empresa no costaría nada. Este planteamiento relativo a la empresa no es necesariamente cierto económicamente, ya que, por supuesto, se ocasionan costes mediante un registro correcto de la empresa y la accesibilidad pública del registro, que, en cualquier caso, desde una perspectiva macroeconómica, no están repartidos necesariamente de forma óptima, ya que son soportados por la generalidad en vez de por las empresas. Además, algunos hablan en favor de imponer estos costes, al menos parcialmente, aunque quizá totalmente, al causante. Finalmente, tampoco es infrecuente el pago como "causante" de los costes de una modificación de la condición

y los documentos y sus comprobantes, p.ej., los costes del matrimonio civil y del libro de familia, pero también documentos simples como documentos de identidad, permisos de conducir, etc. En cualquier caso, aquí se entra rápidamente en la discusión general de la equidad de distribución, como también se entra con relación a las tasas de matrícula universitaria, los costes de las plazas de guardería y la escuela, los costes sanitarios y de asistencia a enfermos, por solo mencionar algunos ejemplos cuya relevancia económica, cuando se consideran los importes allí empleados, no es sustancialmente mayor que los costes de la constitución de una empresa.

Esta discusión no se tratará aquí. No obstante, cabe afirmar que no es un desacierto económico por si mismo permitir que los empresarios soporten los costes que se originan con el registro de la actividad empresarial. Un ordenamiento jurídico es eficiente cuando contribuye en la menor medida posible a causar tales costes, por lo que una desregulación debe fijar barreras allí donde se produzcan costes sobre otras personas - también la generalidad - cuando estos costes aumentan el ahorro de costes del empresario.

bb) Ejemplo del caso y realidad

Un enfoque adicional respecto a la crítica es el propio ejemplo del caso elegido. Los datos allí seleccionados para la constitución de la empresa serían, en caso de convertirse en realidad - un motivo de enorme alegría para cualquier lugar en Alemania. Esto es así porque las nuevas constituciones de empresas de esta dimensión respecto al capital, pero especialmente con relación al número de 50 empleados y más de 5,0 millones de \$ de facturación en el primer año son la excepción. Incluso Bill Gates comenzó con una pequeña empresa, si se quiere pensar en una historia de constitución ampliamente comentada. Una encuesta recientemente realizada¹⁰³ a los notarios alemanes sobre la cuestión de los valores comerciales para la transferencia de participaciones de GmbH ha arrojado como resultado que un escaso 45 % de las empresas alcanzan un

¹⁰³ Publicado en *notar* 2/2006, p. 53 y siguientes., también publicado en <http://www.dnotv.de/> (enlace: revista *notar*).

valor de 12.500,00 EUR, otro 25 % un valor comprendido entre 12.500,00 EUR y 25.000,00 EUR y un 18 % un valor comprendido entre 25.000,00 EUR y 100.000,00 EUR. Los fundadores del ejemplo del caso comienzan su actividad con participaciones por valor de 54.000,00 EUR, esto es, con seguridad en la zona del 20% superior. En este sentido la determinación del valor comercial de transferencias con relación al capital social en la constitución lleva a unas cifras mayores, por que, como se indica arriba, el capital social puede estar también claramente por debajo del capital empleado, y normalmente se encuentra por debajo, ya que los empresarios evitan la vinculación con el capital social y conceden valor a un reembolso lo más libre posible de las aportaciones.

No resulta muy convincente valorar cómo trata un sistema jurídico un ejemplo del caso que se encuentra cerca de la frontera estadística. Normalmente, todas las cifras (participes, capital, empleados, volumen de ventas) son significativamente más bajas en que el ejemplo del caso. Así, la competencia también se produce entre las formas de sociedades en Alemania, que a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, principalmente entre la GmbH y las sociedades sin capital mínimo, especialmente el derecho inglés de la *Limited*, esto es en un ámbito en la que se utilizan recursos en efectivo comprendidos entre 12.500,00 EUR y 25.000,00 EUR para los fines empresariales, son un obstáculo importante, y a veces insuperable, para los fundadores.

cc) Plusvalía, asesoramiento jurídico "forzoso"

Otra cuestión que surge es si mediante la participación del notario no se origina una plusvalía para las partes que no solo compensa la "desventaja" mencionada en el informe del Banco Mundial, sino que arroja un saldo positivo.

El mérito probatorio para una plusvalía de la obligación de forma para las partes sujetas a ella reside en cualquier caso en los notarios, ya que lo que es manifiestamente bueno para unos pocos, la hace de todos modos voluntaria. Si por el contrario, la ley estipula una forma determinada, la objeción sugiere que la plusvalía de esta "felicidad forzosa" no se puede reconocer sin más para los casos individuales, lo que es aún peor, puede que ni siquiera exista realmente. Sin embargo, la objeción indicada se

adopta estrictamente como válida para todas las clases de normas (todas las normas de forma, derechos de revocación, consecuencias de incumplimientos de obligaciones y otras infracciones contractuales). No obstante, se reconoce económicamente que es razonable incorporar normas en los acuerdos que sean aplicables sin la correspondiente voluntad de las partes o incluso contra ésta, ya que de esta forma, el objetivo teórico del contrato íntegro puede alcanzarse en mejor medida que en un ámbito libre de normas.¹⁰⁴

Aquí son relevantes las distintas formas indicadas al principio de la actividad de escrituración notarial. Si la certificación de la firma en el marco de la inscripción en el registro mercantil también obra esencialmente en interés de la generalidad, es decir en poder determinar de forma segura a los propietarios de la empresa y a los órganos de la empresa y ahorrar al registro inscripciones no ejecutables, es decir, permitir un trabajo más simple y eficiente del centro de registro, la escrituración notarial mencionada (en vez de sólo la certificación o sólo la forma verbal o de texto) de constitución, documentos/estatutos, modificación de estatutos y transferencia de participaciones societarias, apenas responde al interés de la generalidad. Los objetivos de la escrituración notarial¹⁰⁵ se orientan principalmente hacia la certificación de partícipes.

En cualquier caso, para una justificación económica no es necesario que las prestaciones notariales aporten una plusvalía a todas las empresas ni tampoco la misma plusvalía. Si la plusvalía reside principalmente en el asesoramiento jurídico prestado, y, a su vez, quizás también en la protección ante la precipitación, es de suponer que una persona óptimamente informada en cuestiones jurídicas, y experimentada comercialmente, encuentre esto superfluo. En efecto, una persona de estas características se alegraría ante la perspectiva de los costes de oportunidad¹⁰⁶ de no tener que ocuparse de estas cuestiones, ya que

¹⁰⁴ Véase *Schäfer/Ott*, Manual de análisis económico del derecho civil, 4ª edición 2005, p. 401 y siguientes.

¹⁰⁵ Véase arriba la parte A, punto III. 1.

¹⁰⁶ Compárese *Schäfer/Ott*, Manual de análisis económico del derecho civil, 4ª edición 2005, p. 81 y siguientes.

pueden ser efectuadas por el notario, con el ahorro de tiempo que ello conlleva y de una forma comparativamente más económica. Es precisamente esta persona la que acude de forma voluntaria al notario.

No obstante, esta persona no es la norma estadística, sino la excepción. Las propias personas de negocios son con frecuencia sorprendentemente legas respecto a las cuestiones que afectan a la constitución interna de su empresa. Los contratos de sociedades de capital se crean normalmente para una duración indefinida, y, por lo menos para la GmbH, exigen una buena cooperación de los socios. Económicamente, en un primer momento existe el peligro en estos contratos, más que en otros contratos, de que durante el tiempo transitorio cambie de forma desfavorable el entorno o que también cambien los consocios. En segundo lugar, se producen inversiones específicas del contrato que pueden llevar posteriormente a dificultades.¹⁰⁷

El asesoramiento jurídico notarial lleva también, además de al mantenimiento de las normas legales, a que los socios se planteen los aspectos sobre los cambios desfavorables (muerte, insolvencia, separación de un socio), una divergencia regular, indemnizaciones para los que abandonan la empresa y la firmeza de la vinculación (comerciabilidad de la participación, posibilidades de rescisión) y fijen normas al respecto que, en la mayoría de los casos, no se habrían fijado sin asesoramiento. El hecho de que tales normas tienen una plusvalía económica es evidente, y es reconocido también, p.ej., por la economía crediticia cuando incluye la situación contractual de una empresa en su calificación.

2. Adquisición de un inmueble

El segundo caso a analizar afecta, por así decirlo, al corazón de la naturaleza notarial alemana. La adquisición de un inmueble es una actividad central, con, como se describió arriba, una competencia exclusiva prácticamente indisputable. La posición número 42 lograda en esta materia es algo mejor que la posición 66 en el caso anterior, pero sigue estando muy lejos de la propia imagen percibida en Alemania, y, además, se

¹⁰⁷ Compárese respecto a estos riesgos *Schäfer/Ott*, Manual de análisis económico del derecho civil, 4ª edición 2005, p. 396.

retroceden 9 posiciones respecto a 2005. Como en el primer caso, deben analizarse antes las conclusiones que pueden aceptarse como ciertas del informe y dónde existen posibilidades de eliminar los puntos débiles detectados del sistema jurídico alemán y sus notarios.

a) El estudio del caso

La valoración del Banco Mundial se realiza con el supuesto de un contrato de compra básico que se define como sigue:

- El comprador es una GmbH con sede en la ciudad con mayor número de habitantes, en nuestro caso Berlín. Está controlada de forma privada al 100 % por ciudadanos alemanes, tiene 50 empleados, todos de nacionalidad alemana y no realiza actividades comerciales especificadas en mayor profundidad.¹⁰⁸
- El objeto de la compra es un inmueble con un valor equivalente a 50 veces la renta por habitante, lo que resulta en un precio de compra de 1.351.576,00 EUR.
- El vendedor es otra GmbH con sede en Alemania.
- El inmueble está medido y registrado en el catastro de la oficina topográfica y en el registro de la propiedad. No existe ninguna disputa por la propiedad.
- El bien inmueble consta de un terreno (557,4 m²) y un edificio, un almacén con 929 m² de superficie. El edificio tiene 10 años, se encuentra en buen estado y cumple las leyes en todos los sentidos. Todo se transfiere como una unidad.
- No hay previstas renovaciones o ampliaciones.
- No existen árboles, fuentes de agua ni objetos de la naturaleza sujetos a protección o declarados como patrimonio nacional.
- No son necesarios acuerdos por usos especiales.
- El bien inmueble está vacío y no está sujeto a pretensiones de terceros.

¹⁰⁸ Cabe mencionar que todos los criterios de esta proposición no son relevantes para la adquisición de un inmueble en Alemania, es decir, la compra del inmueble no depende absolutamente de la estructura de la sociedad, del número de empleados ni de la actividad de la sociedad.

b) Valoración en el informe

El informe especifica tres criterios con los que se mide la facilidad para realizar la transacción del derecho alemán con relación al ejemplo del caso, a saber, el número de pasos necesarios hasta que está registrado el nuevo propietario, la duración estimada para estos pasos y los costes asociados. En Alemania este proceso dura según el informe 40 días, en los que hay que ejecutar 4 pasos. Los costes ascienden a 76.778,82 \$, lo que significa una relación del 4,5% respecto al valor del inmueble.

Estos costes se detallan como sigue:

- | | |
|---|--------------|
| 1. Provisión del extracto del registro de la propiedad y escrituración del contrato de propiedad: 5 días | 13.848,37 \$ |
| 2. Disposición del vencimiento del precio de compra (anotación preventiva, solicitud del derecho de preferencia, etc.:20 días | 1.010,18 \$ |
| 3. Pago del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles y recibo del certificado de no objeción: 15 días | 59.473,39 \$ |
| 4. Transferencia de la propiedad y cancelación de la anotación preventiva en el registro de la propiedad: 15 días | 2.446,88 \$ |

En comparación con los países de las primeras posiciones de esta categoría existe cierta desventaja, ya que

- en Nueva Zelanda sólo son necesarios dos pasos que duran dos días y cuestan 1.024,47 \$;
- en Lituania, que prevé la escrituración notarial del contrato de compra, son tres pasos en tres días por 2.312,33 \$; en Eslovaquia, un país vecino de Alemania son tres pasos, sin notario, en 15 días por un importe ridículo de 268,54 \$ y
- en Holanda, con el puesto 22, claramente por delante de Alemania, se necesitan dos pasos en cinco días, no obstante, a causa del impuesto de adquisición de bienes inmuebles, del 6%, por un importe de 112.534,83 EUR.

Basándonos en los criterios del Banco Mundial surge el siguiente objetivo, como para la constitución de la empresa: Reducción del procedimiento a un paso que puede realizarse en un día y, a ser posible, sin que cueste nada para el comprador.

c) Crítica del informe

A diferencia del informe para la constitución de una empresa, el registro de la propiedad es tan deficiente en sus criterios que de él no se puede derivar ninguna valoración seria. Los propios términos “Registering Property” muestran claramente que las circunstancias en todos los países analizados comprenden procedimientos totalmente diferentes. Se incluyen siempre todos los criterios que son necesarios para que se registre la adquisición de propiedad del comprador. Un sistema que vincule el contrato de compra y la protección del intercambio de prestaciones con el registro de la adquisición de propiedad se comparará para todas estas prestaciones con un sistema que en el que se efectúe un registro independiente de ello. No obstante, un factor determinante para la valoración es sólo, independientemente el alcance de las prestaciones, el número de pasos necesarios, el tiempo empleado para ello y los costes relacionados con la normativa estatal. Aquí no se comparan “peras con manzanas” sino una cesta de frutas con una ciruela, y se determina que esta última es más fácil y barata de conseguir. Una prestación verdaderamente impresionante. Para el sistema jurídico alemán se ignora además que el momento de la transferencia de la propiedad en el registro de la propiedad para el comprador tiene, por regla general, una importancia secundaria, y también en el estudio del caso.

Por tanto no merece la pena seguir intentando comprobar el informe con la realidad alemana.

aa) Tiempo y pasos

Debe quedar previamente claro que la duración total de cuarenta días determinada desde la inscripción del contrato de compra en el notario hasta la finalización de la transferencia de la propiedad, no responde a mi experiencia en Bavaria. Normalmente, el proceso dura bastante más

tiempo, para lo que la participación del notario apenas lleva tiempo, pero si la intervención de otros organismos, especialmente la agencia tributaria.

1er paso: Procedimiento de escrituración

Por lo que se refiere al notario, un plazo de cinco días desde la inscripción de un contrato hasta su escrituración es un buen valor, seguramente realizable si se desea, pero no es la regla general. El requisito es que el contrato de compra trate todos los puntos críticos. Dado que para una transacción con la importancia del caso de partida la inscripción se realiza con frecuencia sin que se haya producido un asesoramiento jurídico previo, no cabe esperar esto de modo alguno. En este caso, el notario redacta, después del resultado del extracto del registro de la propiedad y los datos de las partes, el contrato para ambas partes y se lo envía a éstas para su comprobación. Sobre la base del texto surgen con frecuencia para las partes preguntas que no se consideraron suficientemente y que deben tratarse por tanto en esta fase. El notario y sus empleados actúan en esta fase como asesores neutrales, solucionan las dificultades de entendimiento y ofrecen propuestas de formulación para las soluciones encontradas. Si las partes se ponen de acuerdo posteriormente, entonces se escritura el texto. Como ya se ha dicho, esto dura cinco días, pero se trata de la realización del contrato, para abordar también los pasos, a la alemana, de "filing", "signing" y "closing", siendo posible que entre el primero y el último no se produzca normalmente un "signing".

2º paso: Ejecución hasta vencimiento del precio de compra

El segundo paso, esto es, el cumplimiento de todas las condiciones para el vencimiento del precio de compra, está fijado, más bien de forma elevada, en 20 días para el caso. Los 7 – 60 días mencionados en el extenso informe son sólo comprensibles cuando se incluyen verdaderos valores extremos en la solicitud del derecho de preferencia. En vista de la simplicidad de las circunstancias establecidas, podría transcurrir de forma más rápida (5 – 15 días), ya que sólo debería efectuarse el registro de la anotación preventiva y la certificación del derecho de preferencia del municipio competente. En el caso de la certificación del derecho de preferencia, la duración depende de si, a causa de la situación del objeto,

se considerará el ejercicio del derecho de preferencia. En este caso, más bien infrecuente, no bastan 20 días, ya que el consejo municipal o la comisión de urbanismo intervendrán. En los demás supuestos, los municipios bien organizados pueden enviar la certificación en cinco días. Esta certificación es necesaria para que la propiedad pueda transferirse.

Aquí también finalizaría el rigor del informe. Todos los demás requisitos de vencimiento no son necesarios para una transferencia de propiedad en el sentido del informe, y tampoco deberían considerarse. Sirven para a protección del intercambio de prestaciones, esto es, para el pago del precio de compra por un lado y para la obtención de la propiedad y la transmisión de la propiedad por otro lado. Naturalmente, estos requisitos son regularmente parte del contrato de compra de propiedad alemán, ya que el notario responde de los daños de anticipos no garantizados y las partes también desean esta protección por sus propios intereses. Este deseo también existe en Nueva Zelanda, Lituania o Eslovaquia y es protegido por las partes mediante la correspondiente elaboración del contrato sin que por ello este incluido en el informe de estos países.

El hecho de que el informe se preocupe también sobre cuestiones de exención de cargas, pese a que la propiedad no esta gravada según las circunstancias descritas no puede responderse aquí.

3er paso: Certificado fiscal de no objeción

El siguiente paso, esto es, el pago del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles y la concesión posterior del certificado de no objeción por parte de la agencia tributaria, es necesario para la transferencia de la propiedad, aunque, lamentablemente, desde mi experiencia, está fijado de forma poco realista en unos escasos 15 días. Normalmente transcurre aproximadamente el doble de tiempo hasta que se consigue la notificación fiscal. Desde el principio, el comprador tiene un mes de tiempo para pagar, y no existe ninguna razón económica para apresurarse en el pago. No obstante, es correcto no tener en consideración esta demora provocada por el propio comprador, ya que no es necesaria. Si ha pagado, si todo transcurre con normalidad, se tardan otros cinco días más hasta la obtención del certificado de no objeción.

Es correcto que este proceso transcurre de forma paralela a la otra ejecución de documentos, esto es, temporalmente con el día de la certificación. Normalmente, hasta la transferencia de la propiedad todo se ha resuelto hasta el certificado de no objeción.

4º paso: Ejecución final

La ejecución final, esto es la presentación en el registro de la propiedad, la transferencia de la propiedad y la cancelación de la anotación preventiva puede realizarse sin más en 15 días, e incluso bastante antes. Esta ejecución final es necesaria, ya que en la inscripción el comprador adquiere la propiedad y sólo la inscripción es la finalización del registro en el sentido del informe.

bb) Costes

Respecto a los costes determinados, hay muchas cosas que son poco corrientes, aquí puede que se haya preguntado y/o contestado deficientemente.

Costes de notario

El informe detallado indica para el primer paso unos costes de notario comprendidos entre 6.000,00 EUR y 12.000,00 EUR. Esto por sí sólo resulta ya estremecedor, dado que para el caso mencionado sólo existe una comisión correcta, no un marco de comisiones. Ésta es, para un precio de compra de 1.351.576,00 EUR, una comisión contractual de 4.164,00 EUR. A ésta se añaden como costes necesarios, el importe global de documentos (32,50 EUR para 100 copias sujetas a costes), los gastos por teléfono, etc. (20,00) y las comisiones de consulta del registro de la propiedad (5,00 EUR ineludibles), así, dado que dos GmbH son las partes contractuales, dos certificaciones de representación a 13,00 EUR cada una y las comisiones de consulta asociadas de 4,50 EUR cada una. En total, se crea o no, esto da un total de 4.356,50, lo que equivale a 5.448,32, es decir, aproximadamente el 39,34% del valor determinado en el informe. ¿Es que se han despistado todos?

Incluso cuando la actividad completa de ejecución normal del notario, esto es, obtención del certificado negativo (209,70 EUR), la comunicación del

vencimiento del precio de compra (336,00 EUR) y la presentación para la transferencia de la propiedad una vez confirmado el pago del precio de compra (238,50 EUR) estuviese incluida, sólo se generarían 5.026,20 EUR, esto es, 6.433,54 \$ (aproximadamente un 46,46% del valor determinado en el informe), mientras que estos 928,22 \$ no son costes necesarios de la transferencia de la propiedad, sino costes normales de la garantía de la ejecución de la prestación. Además, este importe parcial apenas puede variar de notario a notario, ya que existen unos márgenes reducidos de valoración.

Costes de la anotación preventiva y de la certificación del derecho de preferencia

Los errores prosiguen, y resultan además más caros esta vez:

La anotación preventiva tiene un coste correcto (art. 66, párr. 1, inciso 1 del reglamento de precios) de 1.041,00 EUR, junto con los 25,00 EUR para la certificación del derecho de preferencia de 1.364,48 \$, esto es, 354,30 \$ más.

No obstante la anotación preventiva no es necesaria para la adquisición de propiedad. Sirve para la protección y la agilización del intercambio de prestaciones. De este modo, los costes necesarios son sólo los 25,00 EUR (32 \$) para la certificación del derecho preferente, los otros no pueden incluirse en el informe en su forma actual.

Impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles

El impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles (47.305,16 EUR) también lleva, con una cotización del euro de 1,28 \$, a una desviación hacia arriba, esto es, a un valor de 60.555,61 \$ (costes adicionales de 1.077,21 \$). Parece que se ha elegido una cotización del euro de 1,2572 \$, es decir, diferente a la del caso "Starting a business". No obstante esto tendría poca relevancia para la valoración.

Ejecución final

La ejecución final también se valoró incorrectamente, al igual que en el registro de la propiedad, significativamente por debajo del valor real. Lo correcto es:

Transferencia de propiedad, art. 60, párr. 1 del reglamento de precios:

2.082,00 EUR

Cancelación de la anotación preventiva:

520,50 EUR

Esto es, un total de 2.602,50 EUR, lo que equivale a 3.331,20 \$, es decir, en el informe se ha valorado con un exceso de 884,32 \$.

Si se ignora la anotación preventiva, algo correcto según las premisas del informe, también se puede ignorar su cancelación. Entonces, de los costes adicionales se pueden deducir 666,24 \$, con lo que sólo quedan 218,08 \$.

Costes totales

Si no se tiene en consideración la falta de claridad respecto al impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles, los costes totales se reducen hasta los necesarios 67.774,83 \$ (69.773,55, cuando se registra la anotación preventiva y se cancela), esto es, 9.003,00 \$ (7.005,27 \$) menos que los costes totales fijados en el informe. Los costes totales de 54.668,50 EUR (56.230,00), es decir, independientemente de las fluctuaciones del dólar, representan un 4,04 % (4,16 %) del valor del inmueble (no un 4,5 %, como indica el informe), de los cuales un 0,54 % exacto (0,66 %) se deben a la actividad del notario y al registro de la propiedad, y un 0,315 % son los costes necesarios del notario.

d) Mejoras en el sistema jurídico alemán

Los errores del informe no cambian el hecho de que se podrían efectuar mejoras en el sistema jurídico alemán, especialmente en la reducción de los tiempos de ejecución. En un principio, depende de cada notario respectivo realizar lo más rápidamente posible las medidas que le son encomendadas. No obstante, ello me parece ya asumido en los tiempos de ejecución del informe.

Todos los procesos que finalizan con una decisión jurídica sencilla, esto es, sin consideración ni comprobación de las circunstancias externas, p.ej., las inscripciones en el registro de la propiedad (pasos 2 y 4), podrían reducirse en el caso más favorable a 1-2 días. No obstante, por el momento no existe en este ámbito ningún procedimiento jurídico electrónico, de modo que este desarrollo aún puede llevar algún tiempo. Por lo demás, la velocidad del registro de la propiedad es en un primer momento una

cuestión de dotación de personal y recursos, cosas en las que se suele ahorrar con gusto.

Se podría acelerar directamente el procedimiento en la agencia tributaria para la recaudación del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles y la concesión del certificado de no objeción. En el ejemplo del caso el tiempo que necesita la propia agencia podría reducirse a cinco días con una dotación óptima de personal y recursos, y, con un procedimiento jurídico electrónico, incluso a más. Sin embargo aquí habría que añadir el periodo en el que se paga el impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles después de la recepción de la aviso. En casos aislados en los que exista una necesidad real de urgencia, el impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles se determina actualmente de forma independiente y se paga de forma previa a la recepción del aviso. Esta posibilidad de pago por adelantado podría concederse como oferta general, de modo que el comprador pudiese decidir cómo de rápido desea recibir el certificado de no objeción.

No obstante, existen límites para la aceleración del procedimiento allí donde entran en juego factores externos en los procesos de decisión y/o cuando la decisión exige un ejercicio de valoración o una reflexión. En este sentido no existe una respuesta correcta única inmediatamente disponible. Esto es así parcialmente para la decisión del derecho de preferencia del municipio, para otras decisiones de autorización prescritas legalmente y, lamentablemente, debido a la complejidad del derecho fiscal alemán, también en una serie de casos del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles. Aquí sólo serviría de ayuda una derogación de los derechos preferentes o de las exigencias de autorización y una simplificación del derecho fiscal.

Asimismo, los acreedores, especialmente las entidades de crédito, necesitan un tiempo determinado para comunicar sus declaraciones necesarias para la cancelación de derechos de prenda hipotecaria y determinar la obligación de responsabilidad que debe cumplirse antes de hacer uso de la cancelación. Este tiempo también puede reducirse mediante un procedimiento jurídico electrónico, no obstante seguiría precisando de 10 días por término medio.

Sin embargo, todos estos factores que ralentizan el proceso no afectan al ejemplo del caso, de modo que éste podría reducirse manteniendo el proceso en unos 7 – 10 días (5 días de preparación y cierre del contrato, 1 - 2 días para la disposición de las exigencias de vencimiento, pago simultáneo del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles y comunicación al notario, 1 - 2 días para la ejecución final.

Si bien, la realidad parece actualmente muy lejana, al menos, no parece poco realista la conversión de la ejecución mediante un procedimiento jurídico electrónico en un plazo de diez años. Por último, los registros de la propiedad se mantienen desde hace años de forma electrónica.

Con relación a los costes, las cifras muestran de forma impresionante, que las mejoras decisivas o los empeoramientos dependen del importe del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles. En este sentido, el informe para 2007 será un desastre, ya que precisamente, y de forma unilateral, el estado federado de Berlín, que es el ejemplo del caso ha aumentado un punto el impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles hasta el 4,5% del precio de compra.

e) Crítica general

Lamentablemente, la crítica no acaba con la crítica individual del punto c) tampoco para este informe. Más bien, deben mencionarse omisiones esenciales:

aa) Criterios inapropiados

Además de que el informe fuese muy criticable ya en sus determinaciones materiales, por desgracia también se observa que, con relación al derecho alemán, no hace justicia a su intención. El objetivo es determinar cómo de fácil resulta para una empresas adquirir propiedades en Alemania, o, según la formulación más estrecha del informe, registrar la propiedad. Los factores determinantes son el gasto del procedimiento, el tiempo necesario y los costes a pagar. Para ello, los intereses de la empresa que adquiere la propiedad deberían haberse tomado correctamente como referencia. Estos intereses pueden describirse simplifcadamente como sigue:

- Adquisición de una posición jurídica protegida que le permita invertir en la propiedad adquirida sin riesgo jurídico y

- Traspaso de propiedad, usos y cargas.

Aparte de en los casos de recompra directa (no el caso del informe), para el comprador, el momento en el que se registra como propietario en el registro de la propiedad es en Alemania prácticamente indiferente, y no existe ningún interés en un pago rápido del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles. Desde una consideración económica, el comprador incluso tendería a mantener para sí mismo el precio de compra durante todo el tiempo posible.

Las particularidades sobre los pasos necesarios para la adquisición de la propiedad, esto es, especialmente su pago, normalmente son también indiferentes para el comprador siempre que no estén gravadas con costes en sentido económico (obligaciones de pago y el compromiso de otras capacidades aprovechables de otro modo).

Para el comprador tienen relevancia económica, sobre todo, los márgenes de tiempo desde el deseo de adquisición hasta el cierre del contrato, posteriormente la duración entre el cierre del contrato y la adquisición de la posición jurídica protegida, por un lado, y el traspaso de la propiedad, los usos y las cargas, por otro lado. Por tanto, el consumo de tiempo debería ser para ello lo más reducido posible. Asimismo, el gasto dinerario para ello y la ejecución posterior hasta la transferencia de la propiedad debería ser lo más bajo posible. En Alemania, la actividad necesaria del comprador entre el cierre del contrato y la ejecución final se limita a dos cosas para alcanzar todos los objetivos:

En primer lugar: El pago del precio de compra, dado que, de no hacerlo, normalmente no obtiene la propiedad, los usos y las cargas. Esto no puede ser sustancialmente distinto en ningún país del mundo.

En segundo lugar: El pago del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles, ya que sino no podrá ser registrado como propietario.

Apenas es concebible que un comprador en Alemania que haya realizado un gran gasto con la adquisición del bien inmueble después del cierre del contrato de compra, renuncie a efectuar el pago a causa del importe del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles.

Para formularlo de forma más positiva: En la práctica alemana, el proceso completo transcurre desde la elaboración del contrato de compra, pasando por su cierre, la ejecución, incluida la obtención de las

autorizaciones necesarias, hasta la exención de cargas a través del notario. Para el comprador esto es un proceso único en el mejor de los casos, ya que independientemente de las exigencias de pago que recibe directamente de la agencia tributaria o de la tesorería de la justicia regional competente y que tiene que saldar, todos los pasos necesarios son realizados para él por parte del notario. El comprador se puede concentrar totalmente en la negociación con el vendedor y no debe preocuparse de un desarrollo seguro del contrato, ya que el notario es quien se encarga de ello. Lo mismo vale también para el vendedor, solo que desde una perspectiva inversa.

Por tanto, respecto al informe "Doing Business", para ofrecer un informe relevante sobre la adquisición de propiedad, los parámetros deberían modificarse como sigue:

1. Cuando sea posible, determinación de la duración para la celebración del contrato de compra, partiendo del momento en el que las partes están esencialmente de acuerdo sobre los datos básicos (objeto y precio de compra) hasta el cierre real del contrato ("closing"). Aquí sólo se puede trabajar de forma empírica.
2. Determinación del margen de tiempo que transcurre entre el cierre del contrato y la obtención de una posición jurídica protegida, ya que este es el momento en el que se entrega el precio de compra, y en el que se puede entregar contra el pago la propiedad, los usos y las cargas.
3. Determinación de las demás formalidades y su duración, en cualquier caso, de forma independiente a sus costes con baja ponderación, ya que no son relevantes económicamente para el comprador.
4. Determinación de todos los costes para 1-3, incluidos los costes de un desarrollo garantizado de las prestaciones, ya que esto es de enorme importancia para ambas empresas.

Esta claro que este informe no se puede elaborar mediante el envío de unos cuantos cuestionarios. De forma particular, la determinación empírica exige una recopilación real de un número significativo de casos individuales. No obstante, dado que se trata de operaciones de empresas obligadas a elaborar balances, los datos deberían estar ampliamente

disponibles. Sin una complejidad consciente, el informe no es apropiado en este ámbito para realizar afirmaciones sobre un ordenamiento jurídico.

bb) Ejemplo del caso y realidad

Al menos, el hecho de que el ejemplo del caso elegido es básicamente apropiado para representar la realidad ofrece cierta esperanza. Lo único alejado de la realidad es la suposición de que dichos bienes inmuebles no están gravados con derechos de prenda hipotecaria. Naturalmente, existen casos en los que es así, pero para las empresas en Alemania, esto es más bien una excepción. Por tanto, sería recomendable, como mínimo, incluir un segundo ejemplo del caso con cargas típicas, ya que éstas son relevantes tanto en cuestión de tiempos como de costes. Por regla general, en Alemania el vendedor paga los costes de la exención de cargas, no el comprador. Si pasamos de una encuesta empírica a casos reales, también deberían formarse categorías para recoger las diferencias de las distintas circunstancias. Con relación a los costes, está claro que éstos dependen prácticamente por completo del precio de compra, es decir, podrían estar muy por encima o muy por debajo de los del ejemplo del caso. No obstante, para la valoración, esto podría tener poca importancia, ya que en las listas de clasificación los costes se expresan en % del precio de compra, y esta cuota, a partir de un precio de compra de 100.000,00 EUR es relativamente constante debido al impuesto lineal sobre la adquisición de bienes inmuebles.

A la realidad económica también pertenece el hecho de que el comprador, en la mayoría de los casos, también necesita financiación, que sólo obtiene cuando la pueda garantizar suficientemente. En este sentido, para una consideración económica de la adquisición del terreno habría que ver adicionalmente, a título informativo, a partir de cuándo y a qué costes está disponible el propio bien inmueble como garantía. Esto sería una sugerencia para ampliar el informe también en este punto.

cc) Plusvalía, asesoramiento jurídico “forzoso”

Básicamente, son de aplicación los modelos del informe sobre la constitución de una empresa,¹⁰⁹ pero con una pequeña distinción:

En vista de la dimensión de la transacción y de la especialidad de las cuestiones jurídicas en las transacciones con bienes inmuebles habrá pocas personas, también empresarios, que renuncien al asesoramiento de especialistas. Este asesoramiento también será útil para las personas de negocios experimentadas para un intercambio seguro de prestaciones.

II.

Consideración económica general

Dado que se trata de analizar la importancia económica de la actividad del notario y no sólo de los campos investigados por el Banco Mundial, la perspectiva debería ampliarse para la determinación de esta contribución.

El hecho de que un sistema jurídico con notarios latinos sea económicamente bueno no se ha demostrado hasta la última consecuencia. El éxito económico de un país por sí solo, independientemente de qué referencia se tome, no es un indicador convincente, ya que sino, estados como China, debido a las formidables tasas de crecimiento, Suiza, Luxemburgo o Arabia Saudita, por su alta renta por habitante, o también la República Federal de Alemania, como "campeón mundial de las exportaciones" durante años, deberían ocupar las primeras posiciones. Evidentemente, existen otros factores distintos al ordenamiento jurídico del estado que son relevantes para explicar estas historias de éxito.

En cualquier caso no todo lo que sirve a las empresas es bueno, y menos cuando nos limitamos a una consideración económica. La discusión actual sobre las consecuencias del cambio climático lo pone claramente de manifiesto.

¹⁰⁹ Véase arriba el punto 1.c) ee).

Por tanto, un análisis económico de la contribución de los notarios latinos en su respectivo ordenamiento jurídico, si quiere ser convincente, debe incluir los siguientes puntos:

1. El valor económico de la contribución de la actividad notarial al desarrollo de la sociedad

Aunque resulte prácticamente imposible determinar de forma amplia la eficiencia de un ordenamiento jurídico, debe intentarse asignar un valor económico a todos los resultados de un ordenamiento jurídico que parecen positivos para el desarrollo de la sociedad. Se deberá poner de relieve si este intento es posible del mismo modo para todas las contribuciones del documento notarial esbozadas en la parte B, pero, como mínimo, debería intentarse realizar una valoración económica.

a) La dimensión económica del desarrollo del derecho

Apenas se podría tildar de poco relevante económicamente que un ordenamiento jurídico esté expresado de forma más clara, y, de este modo, sea más comprensible. Dado que se reconoce de forma generalizada que la información tiene un valor económico,¹¹⁰ una obtención eficaz de información, también sobre el derecho extranjero, como presta el Instituto Notarial Federal, es económicamente valiosa.

b) La dimensión económica de la seguridad jurídica y de la paz jurídica

Se ha mostrado que el documento notarial en Alemania presta una contribución a la seguridad jurídica y a la paz jurídica. El valor económico de la seguridad jurídica y de la paz jurídica no se puede determinar de forma tan precisa como la duración de un procedimiento de inscripción en días o las comisiones e impuestos de la adquisición de un bien inmueble en dinero. Por este motivo tampoco se puede negar. Las soluciones amistosas de conflictos y su rápida y económica resolución en procedimientos alternativos de resolución de conflictos que se elogian con las palabras clave ADR, mediación y similares, son, de forma

¹¹⁰ *Rehm*, Obligaciones de aclaración en el derecho de contratos, Múnich 2003, p. 23 y siguientes.

incontestable, económicamente ventajosas para las partes. No obstante, aunque esto sea cierto, todas las medidas que eviten el conflicto desde un principio tienen que ser favorables económicamente para las partes. A ello se añade la protección asociada de los recursos estatales.

c) La dimensión económica de los registros fiables

Con la conversión ampliamente efectuada a registros mercantiles y registros de la propiedad electrónicos, en Alemania es posible, en cuestión de minutos, obtener información fiable sobre la existencia de empresas y sus órganos de representación y procuradores, la propiedad, las relaciones de propiedad en éstas y sobre prácticamente todas las cargas relevantes de la propiedad y los titulares de estas cargas. La exactitud del registro es tan alta que se adquieren con confianza derechos sobre los registros. Esto ahorra a las partes de las transacciones jurídicas otro tipo de protecciones, y es lo que se espera en Alemania. Esto también es un factor importante para la seguridad jurídica y la paz jurídica, y tiene, por tanto, para el ordenamiento jurídico alemán un alto valor económico que se debe confrontar con los costes asociados, que se cubren mediante impuestos y tasas.

d) La dimensión económica de un cumplimiento eficaz del derecho

El Banco Mundial atribuye a la rápida y eficaz imposición de derechos un alto valor económico. En este sentido, el documento notarial ejecutivo, que puede entregarse de forma inmediata y que se puede ejecutar en un plazo de catorce días después de la entrega, también puede presentar un valor óptimo al que no se acerca ningún proceso decisorio. Dado que esta capacidad de ejecución se basa en la decisión de sometimiento voluntaria del deudor, está excelentemente legitimada, esto es, tan bien como el propio derecho.

e) La dimensión económica de una “privatización parcial” de las funciones del estado

De forma particular para los notarios profesionales independientes, la forma de actividad notarial predominante en toda Alemania, no puede pasarse por alto que se trata de una institución acreditada para seguir

manteniendo las funciones estatales dentro del ámbito de soberanía, pero para prestar sus servicios a la iniciativa económica y al destino de las personas privadas. Pese a que tampoco se puede medir de forma precisa, a la privatización de las funciones estatales adecuadas se le concede normalmente un valor económico positivo. La actual política alemana está totalmente en esta línea cuando se piensa en las numerosas iniciativas destinadas a la transferencia de mayores funciones a los notarios alemanes.¹¹¹

2. Facilidad y rapidez

Estos factores positivos anteriormente descritos tienen naturalmente su precio, no sólo financiero, sino también con relación a la facilidad y a la rapidez de las transacciones.

En la era de Internet crece la pretensión de poder obtener todo en todas partes. Con un sólo par de clics de ratón se pueden reservar las vacaciones, comprar un coche y encontrar al asesor jurídico. Esta demanda de facilidad y rapidez va esencialmente en contra de una institución que exija la presencia personal, en la que se puedan cerrar los contratos una vez leídos y que deba investigar obligadamente para obtener determinadas cosas. Allí donde esta necesidad está en un primer plano, el notario no tiene cabida. No obstante, esto no es un nuevo fenómeno, sino que se trata de algo tan antiguo como el propio notariado. Siempre se acudió al notario únicamente para actos especialmente importantes, no para los actos corrientes. En los ámbitos centrales de la actividad notarial, las transacciones con la propiedad, el derecho de familia y de sucesiones, y también en el derecho de sociedades, se trata de cuestiones a largo plazo que poco tienen que ver con la rapidez y la facilidad. A nadie se le ocurriría tener que negociar con acciones a través de notarios.

No obstante, allí donde los notarios realizan su actividad, el tiempo es un factor que cuenta y que tiene importancia económica. La oportunidad de una persona jurídica de responsabilidad limitada de poder aprovechar una operación comercial arriesgada, es normalmente un deseo urgente cuya realización es preferible tener resuelta ayer antes que hoy. Quien se decide

¹¹¹ Véase arriba la página 15 anotación 22 y la página 19 anotaciones 28 y 29.

por la compra de un bien inmueble, quiere que ello se realice lo más rápidamente posible, y en el caso de la planificación previa, que se comience a edificar inmediatamente. Siempre que no sea perjudicial para la calidad del trabajo notarial, los notarios también tendrán que buscar y aprovechar posibilidades de agilización. Los informes del Banco Mundial han mostrado que la duración de la actividad de ejecución es muy tenida en consideración. Esta contribución ha expuesto que en Alemania se puede lograr cierta mejora en este sentido y que, en parte, ya existen en marcha medidas de mejora. Aquí el notariado también es requerido, especialmente desde una perspectiva técnica. No obstante, habla ampliamente a favor de que los notarios alemanes consiguieran prestar sus servicios de forma temporalmente eficiente. Cuando más bajas sean las demoras mensurables, más baja será también la necesidad de encontrar para ello una justificación económica.

3. Paternalismo jurídico: ¿Una justificación económica para las exigencias de forma?

“Una transacción es paternalista cuando se efectúa por el bien de la persona o personas a las que afecta y cuando se realizaría cuando la o las personas afectadas no se ponen de acuerdo en ella”.¹¹² Las exigencias de forma se pueden clasificar fácilmente dentro de este tipo de transacciones paternalistas, ya que se ordenan para la protección de las personas afectadas¹¹³ y se imponen a través de las consecuencias jurídicas dispuestas también contra la voluntad de los afectados que no desean para sí la exigencia de forma. Esto no resulta sorprendente, ya que numerosas normas de derecho civil, como las relativas a la capacidad para celebrar actos comerciales, sobre derechos de cancelación en determinadas relaciones contractuales o sobre la inmoralidad, como mínimo, también podrían estar basadas en motivos paternalistas.¹¹⁴

¹¹² Eidenmüller, Eficiencia como principio jurídico, 3ª edic. 2005, p. 359.

¹¹³ Véanse arriba los objetivos de la forma, parte A, punto III.1. (página 10).

¹¹⁴ Eidenmüller, Eficiencia como principio jurídico, 3ª edic. 2005, p. 360.

Dado que no es convincente legitimar estas intervenciones en la libertad de decisión de los particulares únicamente mediante su creación de conforme a los procedimientos en el proceso democrático, también existen enfoques para justificar el paternalismo jurídico económicamente.¹¹⁵ *Eidenmüller* ha propuesto en este sentido medir si el derecho paternalista, pese a que en casos particulares es limitador de la libertad, lleva a fin de cuentas, para todos los sujetos jurídicos, a una mayor autonomía y libertad (principio de autonomía).¹¹⁶ Si esta medición identificase para una exigencia de forma, especialmente para la obligación de escrituración notarial, que, en definitiva, contribuye a un aumento de la autonomía para todos los sujetos jurídicos, entonces se habría encontrado una buena base económica para estas normas de derecho.

Por tanto, la pérdida de la autonomía de los particulares de poder realizar no de cualquier forma determinados actos jurídicos que eligen, debe confrontarse con la ganancia de autonomía, y ello no es difícil cuando nos acordamos de los objetivos del procedimiento de escrituración. Una decisión apresurada conlleva también para las personas afectadas pérdidas de libertad, al igual que una decisión sobre la base de conocimientos o informaciones insuficientes. La obligación de escrituración para todos en unos cuantos ámbitos jurídicos que son normalmente de especial relevancia porque afectan a objetos de gran valor (propiedades, participaciones societarias, derechos del matrimonio), tienen efectos a largo plazo (declaraciones en el derecho matrimonial y hereditario), o legitiman la aplicación directa de la coacción estatal de la imposición del derecho (sometimiento a ejecución forzosa), consigue para la mayoría de los sujetos jurídicos, poco versados en esta materia, el acceso a unas

¹¹⁵ Véanse los distintos principios de la legitimación *Eidenmüller*, Eficiencia como principio jurídico, 3ª edic. 2005, p. 365 y siguientes.

¹¹⁶ *Eidenmüller*, Eficiencia como principio jurídico, 3ª edic. 2005, p. 374 y siguientes. Los grupos de casos y ejemplos allí discutidos (prohibición de la publicidad del alcohol y del tabaco, prohibición del contrato de reducción a condiciones de esclavitud) intervienen gravemente en la autonomía de los particulares, pero *Eidenmüller* no observa ninguna categoría concluyente, sino una ayuda para el desarrollo de los modelos de argumentación en la discusión sobre la legitimidad del paternalismo a través del derecho.

transacciones elaboradas justa y adecuadamente y, con ello, el ideal de un contrato lo más íntegro posible. El sometimiento de los pocos que pueden realizar esto sin ayuda notarial a todas las normas vigentes, también es económicamente legítimo¹¹⁷ y justifica también que no se pueda delimitar prácticamente este círculo de personas.

En el derecho alemán, el documento notarial está reconocido como un medio de protección frente a pérdidas de libertad irreversibles. Los actos jurídicos vinculantes con relación al derecho de sucesiones (p.ej., acuerdos sucesorios, renunciaciones a la herencia y a la legítima) no están esencialmente prohibidos en el derecho alemán, pero la vinculación jurídica exige sin excepciones la escrituración notarial de las correspondientes declaraciones. La libertad de vinculación que ello permite se valora de forma económicamente positiva como ganancia de autonomía de los particulares. La protección proporcionada mediante la exigencia de escrituración, hace justificable que la decisión vinculante para los afectados signifique al mismo tiempo una pérdida de libertad irreversible (unilateral) en el ámbito muy importante de su derecho de sucesiones.

Aquí entra en juego además la contribución económica descrita en el punto 1 del documento notarial para el desarrollo de la sociedad. Allí donde los documentos significan algo más que la relación jurídica entre dos partes, proporcionan a terceros una base de información clara, fiable y duradera, y, con ello, también una buena base para decisiones posteriores. Esto supone una ganancia de autonomía para todos.

4. El notario como parte de los poderes del estado: Función de protección y perspectiva macroeconómica

Anteriormente se expuso que existen muchas buenas razones económicas para la obligación del documento notarial en campos individuales importantes del ordenamiento jurídico alemán. No obstante, esto no puede empañar la visión de que la eficiencia y la utilidad económica no son los únicos criterios por los que debe orientarse un ordenamiento jurídico. Los

¹¹⁷ Sobre la justificación mediante las ideas del autopaternalismo colectivo, esto es, la decisión de la mayoría para la autovinculación a la protección de todos, compárese *Eidenmüller*, *Eficiencia como principio jurídico*, 3ª edic. 2005, p. 375 y siguientes.

principios básicos del derecho, como p.ej., la igualdad de derechos, la prohibición de discriminación, la protección de los débiles y las minorías, también pueden representar criterios económicos y aportar ganancias de eficiencia, aunque no sirvan de forma principal a este objetivo. De igual modo, el documento notarial apenas se justifica desde una perspectiva estrictamente económica. Por este motivo, para concluir se exponen algunas consideraciones generales que no se limitan a la cuestión económica.

a) La protección de los débiles: buena asistencia jurídica para todos
La utilidad individual mediante la exigencia de forma es más plausible allí donde la ralentización del cierre del contrato y la aclaración de la importancia y las consecuencias jurídicas aporta grandes ganancias de información o donde iguala, o al menos reduce, una divergencia entre las partes contractuales. La historia del contrato de promotor alemán es un ejemplo claro en este sentido y ha deparado a los notarios alemanes más de 30 años de competencia ampliada en materia de escrituración, en la que se basa todavía hoy su competencia central. El notario como auxiliar competente de la parte contractual más débil, según la nomenclatura de la UE del consumidor, es una institución razonable también cuando sabe convertir la abundancia de informaciones poco claras que están disponibles en informaciones necesarias e importantes para la toma de decisiones. Así, el notario puede permitir a la parte más débil tomar una mejor decisión contractual y le aporta una utilidad económica.
No obstante, esto sólo funciona cuando la parte contractual más débil recibe este respaldo a un coste razonable. De este modo, llegamos directamente a la justificación de las tasas basadas en el valor. Es una de las pocas posibilidades de garantizar un asesoramiento jurídico de máxima calidad independientemente de la compensación en el caso particular. Con relación al registro de propiedad, el propio Banco Mundial señala que, para los ricos es menos complicado proteger y garantizar sus derechos.¹¹⁸ Esto es indudable para el asesoramiento jurídico de un buen abogado, cuya calidad depende en prácticamente todos los estados, también en

¹¹⁸ Doing Business 2005, p. 34.

Alemania, de lo que el mandante esté dispuesto y sea capaz de pagar. Por regla general, los notarios son normalmente juristas en Alemania que pueden demostrar una capacitación especialmente alta. En los actos de especial relevancia, si esta alta calidad está disponible de igual modo para todas las personas que adquieran una pequeña vivienda en propiedad para pagarla en treinta años, al igual que para su socio contractual que construye dichas viviendas en el año quinientos, ello supone un logro. Naturalmente, esto no lleva a que las dos partes tengan la misma fuerza, pero, a la vista de las distintas posiciones de partida, sí que da lugar al menos a unas condiciones justas.

Si sólo se pagase lo que el mandante considera razonable para la prestación, las tasas máximas se reducirían sin duda. La consecuencia es que el jurista preocupado por los aspectos económicos intentará encontrar únicamente mandantes que le resulten lucrativos, con la consecuencia de que, también en este ámbito, se reduciría la calidad para los más débiles financieramente.

De forma paralela, los buenos juristas abandonarían los ámbitos del derecho de la propiedad que no son lucrativos. Las pequeñas transacciones, como rectificación de lindes, adquisición de propiedad urbanística, etc.), se atenderían peor o se encarecerían, ya que el gasto asociado a ellas es normalmente grande. Es un asunto estatal legítimo confiar las relaciones jurídicas sobre la propiedad y el suelo, que son en última instancia un medio de subsistencia esencial, no incremental, a personas especialmente competentes.

b) Cumplimiento de las funciones estatales

Dado que los débiles no pueden ayudarse a sí mismos, su protección es una tarea estatal. También es una tarea estatal la consecución de un ordenamiento para la economía en el que ello pueda desarrollarse sobre una base buena y segura. En este sentido, debe considerarse el derecho inmobiliario como ejemplo de campo del derecho en el que el notario tiene un amplio ámbito de funciones.

La regulación de las relaciones de derecho sobre la propiedad y el suelo está asociada a costes. La forma en que se cubren estos costes, esto es mediante costes de notario, costes de registro, impuestos y tasas

relacionados con la adquisición de propiedad, los impuestos y las tasas asociados a la utilización del suelo o los impuestos generales, se considera económicamente neutral. Por el contrario, sí es relevante económicamente la calidad del sistema, esto es sus posibilidades (tipos de derechos sobre cosas, posibilidad de derechos abstractos de garantía, su precisión, la seguridad y la rapidez, y los costes totales que surgen y que se pagan). Aquí habría que incluir también todos los costes por conflictos que giran en torno a los derechos sobre la propiedad y el suelo, ya que cuando mejor es el sistema, más se evitarán dichos costes. No existe ninguna investigación de lo que cuesta de forma general el derecho inmobiliario alemán en este sentido. Incluso aunque este coste se determinara como económico por las prestaciones de los notarios, no existiría ninguna valoración económica concluyente, ya que también sería concebible que las prestaciones de estas personas aportarían en otro sistema mayores beneficios, esto es, se desaprovecharían en el sentido de los costes de oportunidad. A su vez, los valores económicos de las demás funciones del notario, p.ej., en el marco del sistema tributario o también como factor para la paz social, no están recogidos.

Por tanto, el análisis económico aún se encuentra en sus inicios. No obstante, resulta claro e incontestable el hecho de que el derecho inmobiliario alemán cumple perfectamente su función en la vida económica, ya que los derechos de los particulares son claros, seguros y duraderos, y la obtención de derechos se realiza de forma simple, segura y duradera. En el sistema jurídico alemán, el documento notarial representa una cuota determinante, sino decisiva. Bajo el punto de vista de un funcionamiento perfecto, seguramente no necesita ninguna modificación aparente. Lo que vale para un sistema informático, también se puede aplicar a un sistema jurídico: "Never change a running system". No obstante esto es cierto siempre que no ofrezca suficiente potencial para desarrollar apropiadamente las necesidades.

c) Unificación del derecho y calidad jurídica

De forma particular, los órganos de la UE observan en los distintos ordenamientos jurídicos una complicación para las relaciones jurídicas internacionales, y con ello, una barrera de mercado. La preferencia

reconocible de los informes del Banco Mundial por determinados sistemas jurídicos también supone un alegato a favor de una unificación del derecho en este sentido. No obstante, la plusvalía de una unificación del derecho por encima de fronteras nacionales debe sopesarse con la desventaja de que la misma solución no sea posiblemente igual de válida y buena para todos, ya que las necesidades, las expectativas y las condiciones generales son distintas. Si debe reconocerse esencialmente desde una perspectiva (micro)económica que todos saben lo que es mejor para sí mismos, este planteamiento podría asumirse (macro)económicamente para la regulación de sistemas jurídicos, al menos, para aquellos estados que estén organizados democráticamente y cuya economía sea exitosa. En este sentido, una mirada al mundo de la tecnología resulta ampliamente instructiva. El liderazgo de mercado de un sistema informático individual tiene la ventaja de la compatibilidad, pero está siempre asociado a las dudas de si desarrolla cualitativamente la mejor solución.¹¹⁹ Las soluciones alternativas permanecen demandadas mientras sean suficientemente compatibles, esto es, siempre que ofrezcan interfaces que funcionen. La legislación también debería diferenciarse ampliamente para los planes de unificación del derecho, donde reside la mejora decisiva en la unificación del derecho, y se trata principalmente, de desarrollar interfaces apropiadas para armonizar los distintos ordenamientos jurídicos entre sí. La decisión de un ordenamiento jurídico a favor o en contra de exigencia de forma sería entonces más bien un problema de interfaces adecuadas. Jurídicamente hablando, esto significa una consideración del principio básico de la subsidiariedad y un fortalecimiento de los esfuerzos para la consecución de un derecho internacional privado lo más unificado y transparente posible.

¹¹⁹ Compárese *Schäfer/Ott*, Manual, p. 651 sobre la importancia de las denominadas “ventajas de la red”. Para la selección de un producto su difusión es, dado el caso, más importante que la calidad.

D.

Conclusión

El documento notarial presta en Alemania una contribución muy positiva al desarrollo de la sociedad. Sólo está prescrito en ámbitos que son normalmente de gran relevancia, por que afectan a objetos de gran valor (propiedad, participaciones societarias, derechos del matrimonio), tienen efectos a largo plazo (declaraciones en el derecho matrimonial y hereditario), o legitiman la aplicación directa de la coacción estatal para la imposición del derecho (documento ejecutable). Para los actos jurídicos en estos ámbitos, la facilidad y la rapidez de la conclusión de estos actos sólo tienen una importancia secundaria. La seguridad de una transacción meditada de las partes sobre la base de informaciones correctas y transparentes sobre sus derechos y obligaciones está en un primer plano. El procedimiento alemán de escrituración responde muy bien a esta exigencia. Una modificación de la ley de escrituración y la jurisprudencia más reciente han aclarado que el procedimiento de escrituración debe proteger, sobre todo, a los débiles de decisiones erróneas. En este sentido, el notariado dará fe del valor de su prestación también en el futuro encontrando el equilibrio adecuado entre la protección de los débiles, por una parte, y la necesaria imparcialidad y neutralidad, por otra parte. Dominará este cometido.

Los documentos notariales son la memoria jurídica de la nación. Los procesos efectuados hace mucho tiempo están documentados de forma clara y concisa, y se pueden recuperar de forma relativamente sencilla. Esta calidad se ofrece ahora también para los documentos electrónicos. El notariado alemán ha participado y respaldado este desarrollo técnico y jurídico de forma consecuente. El 01.01.2007 se realizó sin problemas el cambio del registro mercantil a documentos jurídicos electrónicos.

La consecución de registros centrales para documentos importantes (poderes de prevención y poderes anticipados para el caso de discapacidad, o bien, en lo sucesivo, poderes anticipados testamentarios) ofrece una localización segura y muy rápida, y facilita de este modo el trabajo de los tribunales en este ámbito. Los costes se cubren mediante unas tasas de registro muy económicas, que gravan el presupuesto del Estado, no al contribuyente.

La documentación notarial y su transmisión descargan significativamente al estado en ámbitos parciales de la adquisición de información necesaria de otro modo, por ejemplo, en la recaudación de impuestos o en el blanqueo de capitales y en la identificación necesaria de personas.

El documento notarial es todo menos un obstáculo para la economía. Asimismo, está legitimado económicamente en su ámbito de aplicación. Las declaraciones desfavorables de los informes del Banco Mundial "Doing Business 2004 y siguientes" se basan, en parte, en hechos determinados de forma incorrecta para Alemania, y, en parte, en la aplicación de referencias inadecuadas, para valorar económicamente el desarrollo de la transacción en Alemania. En lo que se refiere a la crítica del Banco Mundial, especialmente sobre la duración de la constitución de una GmbH, la causa no reside en la exigencia de la escrituración notarial o en la intervención del notario. Mediante el paso al registro mercantil electrónico, se perfila una mejora. Naturalmente, el notariado alemán está listo para cooperar en todas las posibles mejoras.

El legislador alemán confía en la competencia de los notarios alemanes. Las iniciativas legisladoras no están dirigidas en la actualidad a limitar la competencia notarial, sino que prevén ampliaciones parcialmente significativas en los campos del derecho de familia, del derecho de sucesiones y de la GmbH. Esta privatización parcial de las funciones estatales fomenta la calidad y es razonable desde una perspectiva económica.