



XXIII. Congreso Internacional del Notariado Latino
Ponencia de la Delegación Alemana



Abogado y Notario Dr. jur. Klaus – R. WAGNER, Wiesbaden

**La función notarial preventiva de litigios: El consejo y la
mediación notarial como uno de sus instrumentos**

Índice

Materiales	10
Abreviaturas	11
I. Introducción	14
II. Fundamentos	15
1. Aspectos fundamentales y fines prácticos del tema en un contexto nacional	15
1.1 Definiciones	15
1.1.1 Asesoramiento	15
1.1.2 Mediación	17
1.2 Elementos esenciales	19
1.3 Importancia práctica del tema en un contexto nacional	19
2. La Aportación del notariado a la resolución de conflictos en el ámbito de la actividad arbitral u otro tipo de actividad extrajudicial	23
3. Evoluciones nacionales que hacen necesaria la resolución de conflictos	26
III. Funciones especiales	30
1. El asesoramiento	30
1.1 Legislación nacional y procedimiento en el ámbito del asesoramiento	30
1.2 Las distintas formas, actividades y funciones del asesoramiento, con especial atención a la función preventiva de conflictos	31
1.2.1 Negociación / mediación	31
1.2.2 Conciliación	32
1.2.3 Resolución contractual de los conflictos	33

1.2.4	Convenio	34
1.2.5	Resultado intermedio	35
1.3	El trabajo práctico en materia de asesoramiento (incluidos aranceles)	35
1.4	Otros aspectos	38
1.4.1	Fase conciliadora en el proceso de arbitraje	38
1.4.2	Proceso de conciliación y mediación en el SGH	39
1.4.3	Aspecto generales del asesoramiento notarial	40
1.4.3.1	Prevención de conflictos	40
1.4.3.2	Resolución de conflictos	41
1.5	Control notarial del contrato	41
1.5.1	Realidad actual de los contratos	41
1.5.2	Propuesta	42
1.5.3	Control notarial del contrato	42
1.5.4	Ejemplos	43
2.	La Mediación	44
2.1	Legislación nacional y procedimiento en el ámbito de la mediación	44
2.1.1	Mediación familiar	45
2.1.2	Mediación en el derecho administrativo, especialmente en el derecho ambiental	46
2.1.3	Mediación en el derecho económico	47
2.1.4	Mediación en el derecho de vecindad, arrendamiento y del consumidor	48
2.1.5	Mediación en la renegociación de contratos civiles	
2.1.6	Compensación penal agente productor-víctima	49
2.1.7	Conclusión	49
2.2	Definición y repercusiones de la mediación en la práctica notarial y en otros ámbitos profesionales	50
2.2.1	Mediación notarial	50
2.2.2	Repercusiones de la mediación notarial en la profesión notarial	55
2.2.3	Repercusiones de la mediación notarial en otros ámbitos profesionales	58
2.3	Particularidades de la mediación notarial, procesos, medidas prácticas, honorarios, relación con otras actividades notariales	61

2.3.1 Particularidades de la mediación notarial - procesos	61
2.3.1.1 Mediación notarial: Contenidos y derecho profesional	63
2.3.1.2 El proceso de la mediación notarial	65
2.3.2 Honorarios	68
2.3.3 La mediación notarial en relación con otras funciones notariales	68
3. El arbitraje y otras funciones notariales preventivas en relación con disputas judiciales	69
3.1 La legislación nacional y la jurisdicción (jurisprudencia) en el ámbito del arbitraje	69
3.2 El arbitraje y la profesión de los notarios	71
3.2.1 El notario en calidad de juez árbitro	73
3.2.2 El uso de la actuación arbitral notarial - Ejemplos	75
3.2.2.1 Arbitraje económico	75
3.2.2.2 Derecho de sociedades	75
3.2.2.3 Derecho sucesorio y de familia	79
3.2.3 Ventajas del arbitraje notarial en comparación con la jurisdicción estatal	80
3.3 Otras repercusiones relacionadas con el tema	80
IV. Consideraciones adicionales	82
1. Evolución potencial de la profesión notarial teniendo en cuenta la mediación y otros medios para resolver conflictos	82
2. Utilización y consideración general de la actividad notarial preventiva practicada por notarios, en relación con disputas jurídicas	85
3. Otras declaraciones relacionadas con el futuro de la profesión notarial referente a la prevención, la enmienda de la ley y la práctica	87
V. Conclusión final en 10 tesis y resultados	90

Bibliografía

- Ahlers**, Zur Gestaltung von Vereinbarungen für das schiedsrichterliche Verfahren (*Sobre creación de acuerdos para el procedimiento arbitral*), AnwBl 1999, 308
- Allmayer-Beck/Auer**, Wirtschaftsmediation im Wohnungseigentum (*Mediación económica en la propiedad horizontal*), ZKM 2000, 9
- Arndt/Lerch/Sandkühler**, Bundesnotarordnung (*Orden Notarial Federal*), 4. Ed. 2000
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, ZPO (*Código Procesal Civil*), 58. Ed. 2000
- Bietz**, Zur Praxis von Schieds- und Schlichtungsverfahren – unter besonderer Berücksichtigung des SGH-Statuts deutscher Notare, (*Práctica del procedimiento de conciliación y arbitral bajo el punto de vista del Estatuto del Tribunal arbitral constitucional*), ZNotP 2000, 344
- Birnstiel**, Empfehlungen des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern zur Handhabung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens gemäß § 15a EGZPO i.V.m. dem Bayerischen Schlichtungsgesetz, (*Recomendaciones del consejo de conciliación de la Cámara Notarial Regional de Baviera sobre la aplicación del procedimiento arbitral obligatorio según § 15a EGZPO junto con la Ley de Conciliación de Baviera*), MittBayNot 2000, Sonderheft “Schlichtung und Mediation” (*Cuaderno especial “Conciliación y mediación”*), pág. 8, 14
- Böhm**, Obligatorische Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen (*Conciliación Obligatoria en Nordrhein-Westfalen*), AnwBl 2000, 596
- Bohrer**, Das Berufsrecht der Notare *El derecho profesional de los notarios*, 1991
- Brambring/Jerschke (Hrsg.)**, Beck’sches Notar-Handbuch (*Manual de notarios*), 3. Ed., 2000
- Breidenbach/Henssler**, Mediation für Juristen (*Mediación para juristas*), 1997
- Büchner/Groner/Häusler/Lörcher/v.Pappenheim/Schröder-Frerkes/Vötz/Wagner/Winkler/Winograd**, [kurz: Büchner], Außergerichtliche Streitbeilegung (*Resolución extrajudicial de conflicto*), 1998
- Buchholz-Graf**, Gerichtsnaher Beratung für Trennungs- und Scheidungsfamilien (*Asesoramiento para familias separadas y divorciadas*), ZMK 2000, 118
- Casper/Risse**, Mediation von Beschlussmängelstreitigkeiten (*Mediación en conflictos faltos de acuerdo*), ZIP 2000, 437
- Drasch**, Notariat und Niederlassungs-/Dienstleistungsfreiheit (*Notaría y libertad de establecimiento y libre prestación de servicios*), MittBayNot 2000, 280
- Duve**, Mediation und Vergleich im Prozeß (*Mediación y avenencia en el proceso*), 1999

- Eyer**, Marketing für Wirtschaftsmediation – Ein Erfahrungsbericht (*Marketing para mediación económica, informe*), mediations-report 3/2000, pág. 2
- Ewig**, MediationsGuide (*Guía de mediación*) 2000
- Ewig**, Dem Psychologen der Mediator – den Rechtsanwälten nur der Schwerpunkt? (*¿El psicólogo mediador, la especialidad de los abogados?*), ZMK 2000, 85
- Frikell**, Außergerichtliche Streitbeilegung in Bausachen (*Resolución extrajudicial de conflictos en la construcción*), ZMK 2000, 158
- Ganter**, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Notarhaftung seit 1996 (*La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad notarial desde 1996*), WM 2000, 641
- Göttlich/Mümmeler**, fortgeführt von **Assenmacher/Mathias**, KostO (*Reglamento de precios*), 13. Ed.1997
- Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke**, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare (*Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios*), Estado: 04/2000
- Haft**, Verhandlung und Mediation (*Negociación y mediación*), 2. Ed. 2000
- Hartmann**, KostO (*Reglamento de precios*), 27. Ed.1997
- Heck**, Obligatorische Streitschlichtung in Baden-Württemberg (*Avenencia obligatoria en Baden-Württemberg*), AnwBl 2000, 596
- Heßler**, Das Bayerische Schlichtungsgesetz: Einführung und Erwartung an dessen Umsetzung (*Ley de conciliación de Baviera*), MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“ (*Cuaderno especial “Conciliación y mediación”*), pág. 2
- Heinz**, Europa – Chance oder Bedrohung für unser Notariat? (*Europa: ¿Una oportunidad o una amenaza para nuestros notarios?*), AnwBl 2000, 562
- Hellge**, Europäische Perspektiven für nationale Notariate (*Perspectivas europeas para notarios nacionales*), ZNotP 2000, 306
- Henssler/Kilian**, Die interprofessionelle Zusammenarbeit in der Mediation (*La colaboración interprofesional en la mediación*), ZMK 2000, 55
- Henssler/Koch**, Mediation in der Anwaltspraxis (*Mediación en el bufete de abogados*), 2000
- Heussen**, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement (*Manual de negociaciones y gestiones contractuales*), 1997
- Von Heymann/Wagner/Rösler**, MaBV für Notare und Kreditinstitute (*Reglamento de Corredores y Promotores para notarios e institutos de crédito*), 2000

- Hönig/Köster**, Möglichkeiten und Grenzen kooperativer Planung: Ein Tagungsbericht (*Posibilidades y limitaciones en la planificación cooperativa: Informe de una conferencia*), BauR 2000, 1391
- Hoffmann-Riem**, Notare im Dienst am Rechtsstaat – Amtsausübung zwischen Privileg und Verantwortung – (*Notarios al servicio del estado de derecho – ejercicio de un cargo, privilegio y responsabilidad*), ZNotP 1999, 345
- Jaeger**, Die freien Berufe und die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit (*Las profesiones liberales y la libertad profesional constitucional*), AnwBl 2000, 475
- Jost**, Zwangsvollstreckungsnovelle und notarielle Schlichtung (*Ejecución forzosa y conciliación notarial*), ZNotP 1999, 276
- Karliczek**, Zur obligatorischen Streitschlichtung in Zivilsachen (*Conciliación obligatoria en asuntos civiles*), ZMK 2000, 111
- Kempf/Trossen**, Integration der Mediation in förmliche Familiengerichtsverfahren (*Integración de la mediación en procedimientos de juzgados de familia*), ZMK 2000, 166
- Kleine-Cosack**, Erosion des Rechtsberatungsmonopols (*Erosión del monopolio de asesoramiento jurídico*), BB 30/2000, “Die erste Seite” (“*La primera página*”)
- Kniffka/Koebler**, Kompendium des Baurechts (*Compendio del derecho urbanístico*), 2000
- Kopp**, Die Bemühungen der Rechtsanwälte um die außergerichtliche Streitschlichtung (*Esfuerzos de los abogados por una conciliación extrajudicial de un conflicto*), ZMK 2000, 87
- Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann**, KostO (*Reglamento de precios*), 13. Ed. 1995
- Lachmann**, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis (*Manual sobre la práctica del arbitraje*), 1998
- Lachmann**, Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Wirtschaft (*El arbitraje desde el punto de vista de la economía*), AnwBl 1999, 241
- Lachmann/Lachmann**, Schiedsvereinbarung im Praxistest (*Convenio de arbitraje en la práctica*), BB 2000, 1633
- Lörcher**, Mediation: Rechtskraft über Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut? (*Mediación: Eficacia jurídica sobre el arbitraje con texto acordado*) DB 1999, 789
- Niethammer**, Anmerkungen zum Mediationsverfahren Frankfurter Flughafen (*Observaciones sobre el procedimiento de mediación aeropuerto de Frankfurt*), ZMK 2000, 136
- Ponschab**, Mediation im Unternehmen (*Mediación en la empresa*), AnwBl 2000, 650

- Ponschab/Schweizer**, Kooperation statt Konfrontation – Neue Wege anwaltlichen Verhandeln (*Cooperación en vez de confrontación – Nuevos caminos de actuación de los abogados*), 1997
- Raeschke-Kessler/Berger**, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens (*Derecho y práctica del proceso arbitral*), 3. Ed. 1999
- Rieger/Mihm**, Der Notar als Mediator (*El notario como mediador*), (zur Veröffentlichung vorgesehen) (*Previsto para su publicación*)
- Risse**, Beilegung von Erbstreitigkeiten durch Mediationsverfahren (*Resolución de conflictos hereditarios mediante un proceso de mediación*), ZEV 1999, 205
- Risse**, Die Rolle des Rechts in der Wirtschaftsmediation (*El papel del derecho en la mediación económica*), BB 1999, Anexo 9, pág. 1
- Risse**, Wirtschaftsmediation im nationalen und internationalen Handelsverkehr (*Mediación económica en las relaciones comerciales nacionales e internacionales*), WM 1999, 1864
- Risse**, Wirtschaftsmediation (*Mediación económica*), NJW 2000, 1614
- Römermann**, Praxisprobleme mit der Bezeichnung “Mediator” für Rechtsanwälte (*Problemas prácticos para los abogados con la denominación “mediador”*), ZMK 2000, 83
- Schiffer**, Mediative Elemente in modernen Schiedsverfahren (*Elementos mediadores en los procedimientos arbitrarios modernos*), JurBüro 2000, 188 y 235
- Schippel**, BnotO (*Orden Notarial Federal*), 7. Ed. 2000
- Von Schlieffen**, Anforderungen an einen Mediator (*Exigencias para un mediador*), ZMK 2000, 52
- Schmidt**, Mediationsvereinbarung des Anwaltsmediators (*Acuerdo de mediación del abogado mediador*), ZMK 2000, 71
- Schneeweiß**, Zum Umgang mit Widerstand in Verhandlungen (*Manera de proceder ante resistencias en las actuaciones*), MittBayNot 2000, 524
- Schwachtgen**, Auf dem Weg zur Weltumspannenden Authentizität – Ein Berufsstand als Garant der Rechtssicherheit wirtschaftlicher Entwicklung (*Camino a la autenticidad universal – Estado profesional como garantía de seguridad judicial en el desarrollo económico*), DNotZ 1999, 268
- Selbherr**, Schlussphase und Abschluss von Verhandlungen (*Fase final y cierre de negociaciones*), MittBayNot 2000, 520

- Steinbrück**, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung (*Mediación económica y solución extrajudicial de conflictos*), GmbHR 1999, R 165
- Steinbrück**, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung (*Mediación económica y solución extrajudicial de conflictos*), AnwBl 1999, 574
- Stoecker**, Die obligatorische Streitschlichtung nach § 15a EGZPO im Vergleich zur Mediationspraxis in den USA (*El arbitraje obligatorio según § 15a EGZPO en comparación con la mediación en los Estados Unidos*), ZMK 2000, 105
- Stumpp**, Die Sicherung der Unabhängigkeit des Mediators (*La seguridad y independencia del mediador*), ZMK 2000, 34
- Trittmann**, Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (*Los efectos de la nueva ley de regulación de los procedimientos arbitrarios en litigios societarios*), ZGR 1999, 340
- Väth**, Vorgerichtliche Streitschlichtung durch Schiedspersonen (*Arbitraje prejudicial de conflictos por parte de personas arbitrarias*), ZMK 2000, 150
- Wagner**, Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit – Bestandsaufnahme und Perspektiven (*Exención de la justicia por actividad notarias – Estado y perspectivas*), DNotZ 2000, 34*
- Wagner**, Alternative Streitvermeidung: Notarielle Beurkundung, Betreuung und Schlichtung (*Prevención de litigio alternativa: atestación documental, asistencia y arbitraje*), BB 1997, 53
- Wagner**, Möglichkeiten des Notars zur Vermeidung und Schlichtung von Streitigkeiten (*Posibilidades de los notarios para la prevención y arbitraje de litigios*), ZNotP 1998, Anexo 1 al cuaderno 1
- Wagner**, Möglichkeiten des Notars zur Vermeidung und Schlichtung von Baustreitigkeiten (*Posibilidades de los notarios para la prevención y arbitraje de litigios por construcción*), BauR 1998, 235
- Wagner**, Der Notar als Schiedsrichter kraft Amtes bei der Bereinigung von Baustreitigkeiten (*El notario como árbitro en virtud del cargo ante regularizaciones de litigios de construcción*), ZNotP 1999, 22 = FS Vygen, 1999, pág. 441
- Wagner**, Neue Aufgaben für das Notariat (*Nuevas tareas para los notarios*), notar eins'99. pág. 17
- Wagner**, Alternative Streitbeilegung in Deutschland durch Notare – Ein Zwischenbericht (*Resolución de conflictos alternativa por parte de los notarios en Alemania – Informe provisional*), ZNotP 2000, 18

- Wagner**, Notaramt im Spannungsfeld zwischen Dienstleistung und öffentlichem Amt (*El cargo de notario en el campo entre servicios y cargo público*), ZNotP 2000, 214
- Wagner**, Der Notar als Schiedsrichter (*El notario como árbitro*), DNotZ 2000, 421
- Wegmann**, Der Schlichtungsgedanke im Statut des SGH (*La idea del arbitraje en el Estatuto del Tribunal arbitral constitucional*), notar vier'99, pág. 122
- Wegmann**, Erbgemeinschaften im Unternehmensbereich (*Comunidades sucesorias en el sector empresarial*), ZMK 2000, 154
- Wiedermann**, Das "Modell Co-Mediation" in Österreich (*El modelo de co-mediación en Austria*), ZMK 2000, 22
- Wolfsteiner**, Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (*El Tribunal arbitral constitucional de los notarios alemanes*) (SGH), notar vier'99, pág. 115
- Zieher**, Praktische Erfahrungen mit Umweltmediation in Österreich (*Experiencias de la práctica de la mediación ambiental en Austria*), ZMK 2000, 113

Materiales

- Anexo 1** **Schlichtung durch Notare – Güteordnung (*mit Erläuterungen*)**
(Arbitraje de los notarios – Ordenamiento de conciliación (con aclaraciones), DNotZ 2000, 1
- Anexo 2** **Empfehlung für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung (*Recomendación para un acuerdo arbitrario con acuerdo de procedimiento y compensación*), DNotZ 2000, 401**
- Anexo 3** **Statut Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare – SGH**
(Estatuto del Tribunal arbitral constitucional de los notarios alemanes),
notar vier'99, página 124
- Anexo 4** **Kostenordnung Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare – SGH (*Reglamento de precios del Tribunal arbitral constitucional de los notarios alemanes*)**, notar vier'99, pág. 129
- Anexo 5** **Bayerisches Schlichtungsgesetz (*Ley de arbitraje de Baviera*)**,
MittBayNot 2000, Sonderheft “Schlichtung und Mediation” (*Cuaderno especial “Arbitraje y mediación”*), pág. 67
- Anexo 6** **Bayerische Güteordnung (*Ordenación de conciliación de Baviera*)**,
MittBayNot 2000, Sonderheft “Schlichtung und Mediation” (*Cuaderno especial “Arbitraje y mediación”*), pág. 71

Abreviaturas

aaO	am angegebenen Ort (en el lugar indicado)
AnwBl	Anwaltsblatt (Boletín de abogados)
AG	Ausführungsgesetz (Ley orgánica)
AGH	Anwaltsgerichtshof (Tribunal de abogados)
BAFM	Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation (Comunidad federal de trabajo para la mediación familiar)
BauR	Baurecht (Derecho urbanístico)
BB	Betriebs-Berater (Asesor de empresas)
BeurkG	Beurkundungsgesetz (Ley de escrituración)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo)
BNotK	Bundesnotarkammer (Cámara Notarial Federal)
BNotK-SchiedsV	Empfehlung der Bundesnotarkammer für eine Schiedsvereinbarung mit Verfahrens- und Vergütungsvereinbarung (Recomendación de la Cámara Notarial Federal para un convenio de arbitraje con convenio procesal y compensatorio)
BNotO	Bundesnotarordnung (Orden Notarial Federal)
BO	Berufsordnung für Rechtsanwälte (Ordenamiento profesional de abogacía)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung (Estatuto general de abogacía)
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (Tarifa General de la abogacía)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
DB	Der Betrieb (La industria)
DNotV	Deutscher Notarverein (Entidad notarial alemana)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Revista notarial alemana)
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (Ley Introdutora del Código Procesal Civil)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Convención Europea de Derechos Humanos)
FN	Fußnote (Nota al pie de página)
FS	Festschrift (Escrito-homenaje)
GBL	Gesetzblatt (Boletín Oficial del Estado)

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Sociedad de responsabilidad limitada)
GmbHHR	GmbH-Recht (Derecho de sociedades de responsabilidad limitada)
GüteO	BNotK-Güteordnung (Ordenamiento de conciliación)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungs-Blatt (Boletín Oficial del Estado alemán)
Hs	Halbsatz (Última oración)
JGG	Jugendgerichtsgesetz (Ley de tribunales juveniles)
JurBüro	Juristisches Büro (Oficina jurídica)
KostO	Kostenordnung (Reglamento de precios)
MaBV	Makler und Bauträger-Verordnung (Reglamento de Corredores y Promotores)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Informe de la Entidad de notarios de Baviera de la Caja de Notarios y de la Cámara regional de notarios de Baviera)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Nueva publicación semanal jurídica)
Notar	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (Revista de la Entidad notarial alemana)
Rdn.	Randnummer (Número al margen)
SGH	Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof (Tribunal arbitral constitucional)
Statut-SGH	Statut des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofes (Estatuto del Tribunal arbitral constitucional)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal)
VOB/B	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (Reglamento general de contratación de construcciones, Parte B)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen IV (Revista de derecho económico y bancario, comunicación de inversiones)
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (Revista sobre derecho sucesorio y sucesión del patrimonio)
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Revista sobre el derecho de sociedades)

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Revista sobre derecho económico e insolvencia)
ZMK	Zeitschrift für Konfliktmanagement (Revista sobre gestión de conflictos)
ZNotP	NotarPraxis Zeitschrift für die notarielle Praxis (Práctica notarial, Revista para la práctica notarial)
ZPO	Zivilprozeßordnung (Código procesal civil)
ZPO-RG	Zivilprozess-Reformgesetz (Ley de reforma del proceso civil)

I. Introducción

- 1 El mercado del derecho se ha puesto en marcha.¹ Debería el notariado alemán, desde un punto de vista estratégico y en el marco de la justicia preventiva (§§ 1 y 24 párr.1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal), dedicarse únicamente a sus tareas clásicas legisladas asistencia² y atestación documental, o bien debería ponerse a disposición de nuevas tareas de justicia, las cuales no tendrían obligatoriamente que tratarse de tareas de justicia?. Las opiniones a este respecto están divididas. Unos ven en la ampliación de las tareas de los notarios un daño para éstos y temen que los notarios pudieran perder sus privilegios.³ En cambio otros prefieren mantener / hacer atractiva la oferta de servicios de los notarios.⁴
- 2 En Alemania, el número de disputas judiciales desde 1992 en los “viejos” estados federales ha disminuido, al contrario que en los “nuevos” estados federales en los cuales ha aumentado considerablemente.⁵ El seguimiento de disputas se ve facilitado gracias a seguros de protección jurídica⁶ y a sociedades de financiación. Como consecuencia, la

1 Zur Erosion des Rechtsberatungsmonopols (Erosión del monopolio de asesoramiento jurídico) *Kleine-Cosack* BB 2000, Cuaderno 30 „La primera página“

2 Ver *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 84* ff.: autorización de firmas (§ 20 párr. 1 aptdo. 1 BNotO), Celebración de sorteos y reembolsos (§ 20 párr. 1 aptdo. 2 BNotO), Incorporación de inventarios de patrimonios (§ 20 párr. 1 aptdo. 2 BNotO), Colocación y recepción de sellos (§ 20 párr. 1 aptdo. 2 BNotO), Recepción de protestas (§ 20 párr. 1 aptdo. 2 BNotO), Notificación de aclaraciones (§ 20 párr. 1 aptdo. 2 BNotO), Expedición de certificados sobre hechos realizados por notarios (§ 20 párr. 1 aptdo. 2 BNotO), Recepción de cesiones judiciales (§ 20 párr. 2 BNotO), Expedición de cédulas hipotecarias parciales y cédulas de deuda inmobiliaria parciales (§ 20 párr. 2 BNotO), Realización de subastas voluntarias (§ 20 párr. 3 aptdo. 1 BNotO), Mediación en particiones patrimoniales (§ 20 párr. 3 aptdo. 2 BNotO), Mediación según SachenRBerG (§ 20 párr. 4 BNotO), Mediación en particiones hereditarias y de bienes comunes (§ 20 párr. 5 BNotO), Concesión de certificados en particiones hereditarias y de bienes comunes para el registro de la propiedad (§§ 20 párr. 5 BNotO, 36 GBO), Concesión de certificados en inscripciones de hipotecas, deudas hipotecarias y deudas rentarias en caso de particiones hereditarias y de bienes comunes (§§ 20 párr. 5 BNotO, 37 GBO), Expedición de autorizaciones de representación (§ 21 BNotO), Toma de juramentos y aceptación bajo juramento de aceptaciones (§ 22 BNotO), Concesión de certificados sobre hechos resultantes de registros públicos para el extranjero (§ 22 a BNotO), Aceptación de objetos de valor para su custodia o entrega (§ 23 BNotO), Asistencia a los partícipes, en especial mediante la creación de documentos y asesoramiento o representación ante los tribunales y autoridades de administración (§ 24 párr. 1 BNotO), Custodia de documentos (§ 25 BNotO).

3 *Hoffmann-Riem* ZnotP 1999, 345

4 *Wagner* ZnotP 2000, 18

5 Sobre la estadística de *Stempel* en: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare* (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios), 2.2.1 pág. 2; *Kirchhof* BRAK-Mitt. 2000, 14, 15

6 *Riehl* en: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare* (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios), 2.1.5

duración de los procedimientos ante los tribunales aumenta y con frecuencia, éstos tienen como objetivo primordial ya no la solución del problema del litigio, sino el vencimiento de las cargas ocasionadas (gastos judiciales, honorarios de abogados, intereses, necesidades de provisión de balance, etc.). Aquí pueden añadirse disputas de orden jurídico que también tienen lugar sin pleitos judiciales (p.ej.: derechos de retención, ajustes de cuentas, exigencias de garantías adicionales en caso de amenaza de la puesta en tela de juicio de contactos comerciales, etc.) y en los cuales no siempre es oportuno acudir a los tribunales. Por consiguiente existen numerosas razones para pensar de qué forma se podría actuar de forma preventiva para evitar disputas de orden jurídico y no sólo judiciales. Todo esto lleva a plantear las siguientes cuestiones:

- 3 - Qué medidas preventivas existen para evitar disputas de orden jurídico/judiciales?
- Quién estaría dispuesto a llevar esto a cabo de manera actual, independiente, neutral y económicamente aceptable?
- Cómo pueden estas medidas e instituciones hacer efecto en el público?
- 4 Pero las disputas tienen una causa, esto es, una contraposición existente de intereses. Si se desea evitar estas disputas, valdría la pena adaptarse también a las fases previas. Este es el caso de contraposiciones de intereses que no han terminado aún en una disputa.

Por ello a continuación se tratará de demostrar cómo los notarios pueden contribuir a un equilibrio de los intereses de los partícipes, por una parte *evitando los litigios* y por otra *solucionándolos*.

II. Fundamentos

1. Aspectos fundamentales y fines prácticos del tema en un contexto nacional

1.1 Definiciones

1.1.1 Asesoramiento

- 5 Se ha de diferenciar entre asesoramiento parcial e imparcial, por lo que al mismo tiempo se hace clara la diferencia entre asesoramiento jurídico y notarial. El *abogado* entre otros cometidos es asesor de sus clientes y de esta forma asesor *parcial* (§ 1 párr. 3 del Ordenamiento profesional de abogacía). No se le permite asesorar a la otra parte en el mismo asunto jurídico (§ 3 del Ordenamiento profesional de abogacía). En cambio, el

notario “no es representante de una de las partes, sino... asesor *imparcial* de los interesados” (Plural - § 14 párr. 1 aptdo. 2 del Orden Notarial Federal). Al ejercicio de sus funciones corresponde el “asesoramiento imparcial de los partícipes” (§ 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal). Como consecuencia un abogado-notario ha de dejar claro a tiempo, antes del comienzo de la actividad como asesor, frente a los interesados si actúa en calidad de abogado o como notario.⁷

- 6 Consecuentemente se acepta que personas o empresas, en beneficio de sus intereses y para evitar un conflicto, se dejen asesorar juntas por un notario, el cual está obligado a ser imparcial. Si por el contrario personas o empresas, en beneficio de sus intereses y para evitar un conflicto, se dejaran asesorar de manera conjunta por un abogado, éste infringiría sus obligaciones profesionales por contrariedad de intereses (§ 3 del Ordenamiento profesional de abogacía).
- 7 Por consiguiente, mientras que el asesoramiento parcial se realiza frente a una parte, el asesoramiento imparcial es apropiado para ser llevado a cabo frente a partícipes que tienen intereses contrapuestos. Los notarios en cuenta de oficio de personas imparciales están autorizados a asesorar imparcialmente a personas o empresas con intereses contrapuestos. Por ello, en el §§ 14 párr. 1 aptdo. 2, 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal se habla en plural del asesoramiento imparcial de los partícipes.
- 8 El asesoramiento imparcial está indicado para ser llevado a cabo en caso de conflictos cuando los partícipes con intereses contrapuestos desean que un notario les informe de cómo es la situación jurídica objetiva o de cuáles son las oportunidades y riesgos existentes.⁸ Puede finalizar oralmente o por escrito, p.ej. con un dictamen e incluso con una concepción o un proyecto/cierre de contrato.⁹ Por consiguiente, el asesoramiento imparcial es adecuado para *evitar un conflicto*, así como para una *solución de conflicto* extrajudicial e incluso judicial.
- 9 El asesoramiento notarial es apropiado en gran medida para actuar *evitando* y *solucionando* conflictos.

7 Recomendaciones de líneas de conducta del *BNotK* I. 3.

8 Wagner ZNotP 2000, 214, 217

9 Wagner ZNotP 2000, 214, 217

1.1.2 Mediación

10 Se puede tratar de un concepto de marketing, un término genérico o un término especializado.

11 *Término de marketing*

Excepto en los medios competentes, p.ej. en los medios de comunicación, el término de mediación es utilizado como una especie de frase hecha para cualquier tipo de *solución* de una disputa extrajudicial. En este caso no aparece el tema de la *prevención* de conflicto de forma que este término de mediación no se asocia con él.

12 *Término genérico*

Siempre que el término mediación se utilice como sinónimo para cualquier tipo de arreglo extrajudicial de litigio, se tratará de un término genérico. A esto pertenecen junto a la mediación como término especializado el asesoramiento,¹⁰ la negociación cooperativa/intervención,¹¹ conciliación,¹² escritura notarial¹³ y el fin contractual de conflicto así como el convenio.¹⁴ El término genérico incluye por lo tanto diferentes conceptos, que conciernen por una parte a la *prevención* de conflicto y por otra al *solución* de conflicto.

13 *Término especializado*

Para la mediación como término especializado existen numerosas definiciones. En el fondo significa que una persona neutral es incluida como mediadora en caso de conflictos entre dos o más personas, sin que le corresponda un poder de decisión. Por lo tanto se trata de un proceso de tratamiento de conflicto voluntario y extrajudicial, en el cual los partícipes en el conflicto toman decisiones en común referidas a ellos mismos con la ayuda de una tercera persona neutral que no tiene poder de decisión (el mediador). Estas decisiones incluyen si es posible los intereses de los partícipes, están orientadas a actuar positivamente y se basan en la comprensión de las mismas, de los demás y de su correspondiente visión de la realidad”.¹⁵

10 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 8

11 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 9

12 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 10

13 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 12

14 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 12

15 Mädler/Mädler en: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen (Mediación para juristas), Pág. 13, 15

- 14 Todo esto se aplicable únicamente a la *mediación en un conflicto* que tiene como objetivo el equilibrio de los intereses en ocasión de un conflicto ya existente. El notario imparcial de oficio es también apto para actuar como un “tercero neutral”.
- 15 Pero aparte de esto también es posible que los partícipes busquen un equilibrio de los intereses a partir de una contraposición de intereses sin que haya surgido ya un conflicto o una disputa:
- 16 - Anteriormente ya se señaló que en determinadas circunstancias puede estar especialmente indicado un *asesoramiento* imparcial de los partícipes por parte de un notario, encontrando éstos un equilibrio de los intereses acordado por ellos mismos.
- 17 - Otra posibilidad en caso de contraposición de intereses sin situación de conflicto es llevar a cabo una mediación con colaboración de un notario, cuya meta es levantar acta en un documento notarial del equilibrio de intereses acordado por los partícipes. A esto se le denomina *mediación contractual*.¹⁶
- 18 Cuando la mediación notarial (mediación de conflicto o contractual) finaliza con un acuerdo documentado por el notario, el fin de la mediación no es el documento notarial en sí, sino el equilibrio de los intereses de los partícipes, tanto si éste se formula o no en un acuerdo documentado oficialmente o bien por escrito de forma privada. El acta notarial no es por lo tanto punto de partida del fin de un conflicto prejudicial, sino la asistencia y el asesoramiento notarial en virtud del parágrafo 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal.¹⁷ Así la base jurídica de la mediación notarial no es la ley de actuación documental (BeurkG) sino el parágrafo 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal. La ley de actuación documental únicamente es competente como base jurídica de la mediación notarial en tanto que el acuerdo final sea recogido en acta notarial, de manera que los deberes de asesoramiento y de información en virtud de parágrafo 17 párr. 1 y 2 de la Ley de escrituración también se refieran únicamente a este proceso de documentación notarial.

16 Este término tiene su origen en *Walz* a lo largo de una conferencia ante la Comisión de resolución extrajudicial de conflictos de la BnotK el 28.08.2000.

17 *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 93*

1.2 Elementos esenciales

- 19 El asesoramiento que tiene como fin evitar y solucionar un conflicto, así como la mediación (independientemente como término genérico o especializado) que aspira a alcanzar un equilibrio de los intereses a partir de una contraposición de intereses están determinados por
- la *imparcialidad* del asesor y del mediador,
 - la *franqueza del resultado* del proceso de asesoramiento y mediación y
 - la ayuda ofrecida por los partícipes para una formación de opinión; partícipes que aspiran a alcanzar un equilibrio de los intereses a partir de una contraposición.

1.3 Importancia práctica del tema en un contexto nacional

- 20 El derecho tradicional concibe el asesoramiento notarial como aquel que se realiza ante todo en relación con una asistencia notarial o una documentación notarial (§ 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal o § 17 párr. 1 y 2 de la Ley de escrituración). Las posibilidades de lo contrario, es decir, un asesoramiento notarial imparcial e independiente (oral o por escrito) del cual se puede o no obtener como resultado una documentación notarial, están aún poco presentes.¹⁸⁾ Un cambio tal está acompañado de la respuesta a la pregunta de si la imagen profesional de la actividad notarial que ha de transmitirse al público del derecho ha de ser exclusivamente la del ejercicio de las funciones o si ha de estar marcada por las prestaciones de servicios.¹⁹⁾ En este último caso se trata únicamente de informar al público del conjunto de prestaciones de servicios y llamar su atención sobre el hecho de que el evitar y solucionar conflictos por medio de *notarios* presenta muchas ventajas, que aún están por exponer, frente a ofertas de otros profesionales, por una parte, y por otra parte, frente a ofertas de carácter estatal. Lo que consideran tanto la administración de justicia del Tribunal Federal Constitucional²⁰⁾ para la admisibilidad de información pública por los notarios (con o sin eficacia publicitaria) como las leyes destinadas al respecto (§ 29 párr. 1 del Orden Notarial Federal y VII. 1.1 de las recomendaciones del mismo Orden).

18 Wagner DNotZ 1998, 34*, 94* f.; Wagner ZNotP 2000, 214, 217

19 Wagner ZNotP 2000, 214

20 BVerfG 24.07.1997 - 1 BvR 1863/96, DNotZ 1998, 69; ver también Jaeger AnwBl 2000, 475

- 21 Entre tanto el estado profesional notarial en Alemania ha tratado este tema por medio de la Cámara federal notarial (*BNotK*), sobretodo con el fin de que se abra el nuevo campo de actuación profesional notarial.²¹ El día alemán del notario de 1998²² el tema de la conferencia de apertura fue el “Estado y perspectivas de la exoneración de la administración de justicia mediante actividad notarial”.²³ La Cámara federal notarial alemana ha creado un reglamento de procedimiento llamado “Ordenamiento de conciliación” para la solución extrajudicial de conflictos por notarios.²⁴ Para el procedimiento arbitrario de los notarios como árbitros ha publicado una “Recomendación para un convenio de arbitraje con convenio procesal y compensatorio”,²⁵ el cual comienza con una fase de conciliación.²⁶ La Entidad notarial alemana, una representación de intereses de notarios en Alemania, también ha tratado esta temática y ha creado un „Tribunal arbitral constitucional (SGH)“ por medio de una GmbH (sociedad de responsabilidad limitada) jurídico-privada fundada para este fin.²⁷
- 22 En Alemania, el notario puede actuar de distintas formas para la prevención y resolución de conflictos.
- 23 - El notario puede actuar como tal en su función pública.
- 24 - Puede actuar como notario de la forma anteriormente descrita y al mismo tiempo, sin embargo, como uno de los conciliadores reconocidos por la administración de justicia local correspondiente (§ 794 párr. 1 n° 1 del Código procesal civil), siempre y cuando haya recibido, por petición propia y para las materias jurídicas por él escogidas, un reconocimiento como conciliador por parte de una administración de justicia que tenga competencias sobre él. En Baviera, a razón de la Ley de Conciliación bávara,

21 Wagner en: Büchner, *Außergerichtliche Streitbeilegung* (Resolución de conflictos extrajudicial), Pág. LVI

22 10.-13.06.1998 en Münster

23 Wagner DNotZ 1998, 34*

24 *BNotK* DNotZ 2000, 1; Wagner ZNotP 2000, 18

25 *BNotK* DNotZ 2000, 401; Wagner DNotZ 2000, 421

26 Recomendación de la *BNotK* para un acuerdo arbitrario con acuerdo de procedimiento y compensación, DNotZ 2000, 401, I. § 6 (aaO pág. 405)

27 Estatuto en: notar vier´99, Pág. 124; *Wolfsteiner* notar vier´99, Pág. 115; *Wegmann* notar vier´99, Pág. 122;

todos los notarios son, por ley, conciliadores estatalmente reconocidos para todos los campos del derecho.²⁸

- 25 La ley une a la función del notario, como uno de los conciliadores reconocidos por ley o por la administración de justicia, los siguientes privilegios:
- Según § 794 párr. 1 n° 1 del Código procesal civil, ante el notario en esta función conciliadora se pueden celebrar convenios entre las partes y terceros (no necesariamente en la forma legalizada) para la solución de un litigio o de una parte del objeto litigioso, que sean adecuados a la ejecución forzosa.²⁹ Se trata, por lo tanto, de una variante especial de la solución de conflictos extrajudicial a través de un título ejecutorio del notario como conciliador durante un litigio. A éste le puede preceder un asesoramiento o mediación notarial, de forma casi paralela al litigio.
- 26 - Ante un notario, como uno de los conciliadores reconocidos por ley o por la administración de justicia en base a lo estipulado en el parágrafo 794 párr. 1 n° 1 del Código procesal civil, se puede presentar una propuesta de conciliación de modo que interrumpa la prescripción (§ 209 párr. 2 n° 1a. BGB, Código Civil). Esta interrupción de la prescripción dura hasta el término del juicio de conciliación así instruido o bien hasta el final de su conversión en un proceso litigioso inmediatamente posterior (§ 212a BGB). El ordenamiento de conciliación de la Cámara Notarial Federal parte de un juicio de conciliación de estas características.³⁰ En cuanto al contenido, este tipo de juicio de conciliación tiene por objeto todos los componentes descritos anteriormente en la mediación.
- 27 - El 1 de enero del 2000 entró en vigor el § 15a de la Ley introductora del Código Procesal Civil.³¹ De este modo, el legislador federal habilita al legislador local a decidir sobre litigios con un valor de hasta 1.500 marcos alemanes y también sobre litigios de vecindad, ya que la elevación de la demanda a los tribunales civiles se permite solamente si previamente se ha tratado de resolver el conflicto ante un

28 *Birnstiel* MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“ (Cuaderno especial „Conciliación y mediación“, Pág. 8, 14; *Heßler* MittBayNot 2000, Sonderheft „Schlichtung und Mediation“ (Cuaderno especial „Conciliación y mediación“), Pág. 2, 4;

29 A partir del § 794 párr. 1 n° 5 ZPO, la documentación notarial requiere que una comparación tal se base en la toma de declaraciones de voluntad y que se refiera al estado de relaciones arrendatarias de viviendas

30 *BNotK* DNotZ 2000, 1

31 *Karliczek* ZMK 2000, 111; *Stoecker* ZMK 2000, 105

conciliador y de forma consensuada. Los legisladores locales pueden hacer uso de esta posibilidad a través de las leyes locales correspondientes, que funcionarán como leyes ejecutorias.³² También los notarios se prevén aquí como conciliadores. Aún no se ha estipulado la forma en que la resolución consensuada ha de ser acometida ante un conciliador, de modo que también en este caso un juicio de conciliación así, en cuanto al contenido, puede tener como objeto todos los componentes que se describieron anteriormente en la mediación como término genérico.

- 28 Por todo ello queda claro que la *prevención* de conflictos a través de notarios está permitida, como por ejemplo, a través de un asesoramiento elaborado para las partes con este fin, si bien aún hoy la mayoría del público jurídico desconoce la existencia de esta posibilidad, ignorancia que reina incluso entre los propios notarios. Para la *resolución* previa de conflictos con la finalidad de evitar confrontaciones judiciales o, de forma paralela, con la finalidad de llegar a una resolución de las mismas (la *prevención* se refiere a evitar un *fallo* del tribunal), ya existen desde hace tiempo principios legales que hasta ahora, incluso por parte del notariado, apenas sí se han utilizado. En Alemania, la *prevención* y *resolución* de conflictos a través de notarios como una posibilidad más económica, rápida y satisfactoria en comparación con la jurisdicción estatal, no es aún una alternativa lo suficientemente conocida por el público jurídico ni por parte del mismo notariado. La Cámara Notarial Federal y la Entidad notarial alemana están intentando acabar con esta situación de la siguiente manera:
- 29 - Con el ordenamiento de conciliación elaborado por la Cámara Notarial Federal³³ y la recomendación para un acuerdo arbitral con convenio procesal e compensatorio para tribunales de arbitraje notariales creados a tal fin³⁴, así como con el “Tribunal Arbitral Constitucional de los notarios alemanes” instaurado por la Entidad Notarial alemana³⁵ (cada uno de ellos con una fase conciliadora previa), al notariado se le ha proporcionado los *instrumentos* necesarios para poder llevar a cabo una *prevención* y *resolución* de conflictos bajo observancia del propio derecho notarial y del derecho

32 *Baden-Württemberg*: „Ley sobre el arbitraje extrajudicial obnligatorio...” del 28.06.2000, GBl. del 30.06.2000, Pág. 470; *Nordrhein-Westfalen*: AG § 15a EGZPO del 09.05.2000 GVBl. del 06.06.2000, Pág. 476;

33 *BNotK DNotZ* 2000, 1

34 *BNotK DNotZ* 2000, 421

35 *Notar vier* '99

procesal que proceda. El notariado quedó informado al respecto a través de publicaciones.

- 30 - Las particularidades *propias* del asesoramiento notarial por una parte, así como las de la mediación notarial por otra, ambos elementos bajo observancia del derecho notarial, fueron igualmente definidas y presentadas ante el notariado.
- 31 - A ello se le une la formación de notarios interesados en el tema o, como es el caso en Baviera, de notarios obligados a ello por ley, con lo que los ya mencionados requisitos propios del asesoramiento y la mediación notarial (como término genérico y por consiguiente, como término especializado) van unidos a los instrumentos disponibles a tal efecto.
- 32 - Todo este proceso concluye a través del correspondiente trabajo de publicidad (marketing orientado al gremio notarial), que pretende aclarar al público las distintas posibilidades que ofrece el notariado como alternativa a las confrontaciones judiciales en materia de
 - 33 ▶▶ prevención de conflictos,
 - ▶▶ resolución de conflictos y
 - ▶▶ jurisdicción notarial de arbitraje

2. La aportación del notariado a la resolución de conflictos en el ámbito de la actividad arbitral u otro tipo de actividad extrajudicial

- 34 Según § 8 párr. 4 del Orden Notarial Federal, los notarios están habilitados para actuar como árbitros. En este caso, no desempeñan una función pública, sino una actividad complementaria que no está sujeta a autorización de ningún tipo.³⁶
- 35 Teniendo en cuenta la duración cada vez más larga de los procesos civiles ante los tribunales estatales alemanes, la Cámara Notarial Federal también ha asumido, junto a los temas de la *prevención* y *resolución* de conflictos, el tema de la *eliminación*. Esta cámara ha manifestado una recomendación para un acuerdo arbitral con convenio procesal e

³⁶ *Baumann* en: Eylmann/Vaasen, BNotO y BeurkG, 2000, § 8 BNotO Rdn. 23; *Reithmann* en: Schippel, BNotO, 7. Ed. 2000, § 24 Rdn. 21; *Wagner* ZNotP 2000, 18, 21 (que esto se podría ver de otra forma, ver *Wagner* aaO Pág. 21 f.); *Wagner* DNotZ 2000, 412, 422

compensatorio para los notarios.³⁷ El “Tribunal arbitral constitucional de los notarios alemanes (SGH)”, iniciado por la Entidad notarial alemana, también camina en esta misma dirección. De esta forma, el notariado en Alemania ofrece como alternativa a la jurisdicción estatal los siguientes mecanismos, que van desde la prevención de los conflictos hasta la decisión final, pasando por una resolución de dichos conflictos:

36 *Prevención de conflictos y asesoramiento / escritura notarial*

Con el fin de *prevenir* conflictos, las partes pueden previamente, con la incorporación de un notario imparcial, competente y elegido por ellas de forma conjunta, dejarse asesorar con la ayuda del mismo y/o previamente lograr una disminución de riesgo en contratos, estatutos y demás acuerdos legalizados notarialmente. Esto último tiene lugar a través de una aclaración notarial de los hechos y de la voluntad de las partes, junto a una declaración concisa de la voluntad de las mismas. Todo ello debe reflejarse mediante la formulación de cláusulas apropiadas, conformes a la instancia y jurídicamente fiables, mediante una redacción del contrato completa, compensada y justa con respecto a los intereses de las partes y, por último, mediante la función fedataria de la escritura notarial.

37 *Prevención /resolución de conflictos y ordenamiento de conciliación notarial*

Con el fin de llegar a una *resolución de conflictos*, las partes pueden previamente dejar establecido, en contratos, estatutos y demás acuerdos legalizados notarialmente y con la ayuda de un notario imparcial, competente y elegido a tal efecto por ellas de forma conjunta, los distintos mecanismos para la resolución de conflictos que se deberían adoptar en caso de que surgiesen tales litigios, así como estipular quién ha de “gestionar” dichos mecanismos. Las partes pueden “someterse”, con ayuda notarial, a una resolución de conflictos extra/prejudicial previamente acordada, por lo que con el ordenamiento de conciliación alemana se está proporcionando al mismo tiempo un ordenamiento procesal.³⁸ En procesos extrajudiciales para la resolución de conflictos o en procesos judiciales de arbitraje, los convenios o bien acuerdos finales pueden ser notarialmente legalizados y, a efectos de asegurar lo acordado, ser acompañados por una cláusula de sometimiento a la ejecución forzosa de los mismos.

38 *Fallo sobre los conflictos y tribunal notarial de arbitraje*

Con el fin de llegar a un *fallo sobre los conflictos*, las partes pueden previamente dejar establecido, en contratos, estatutos y demás acuerdos legalizados notarialmente y con la

³⁷ BNotK DNotZ 2000, 401; Wagner DNotZ 2000, 421

³⁸ BNotK DNotZ 2000, 1

ayuda de un notario imparcial, competente y elegido por ellas de forma conjunta tras descartar la jurisdicción estatal, cómo se pueden resolver los conflictos a través de un tribunal notarial de arbitraje y, en caso de que los pasos anteriormente descritos no bastaran, cómo evitar un fallo de un tribunal sobre dichos conflictos. Con el acuerdo arbitral, acuerdo procesal y acuerdo sobre los gastos propuestos por la *Cámara Notarial Federal* por un lado, y con el complemento del SGH por otro, a las partes se les ahorra la organización de un proceso judicial de arbitraje.

- 39 Las partes implicadas en un proceso judicial de arbitraje pueden asegurar, de la forma ya descrita, que uno o varios árbitros notariales competentes para la materia del objeto litigioso juzguen su caso, sin tener por ello que renunciar las partes a su apoyo legal propio. No existe ningún tipo de limitación por cuestiones de competencia pero, en vez de gestionar los procesos judiciales introductorios ante los tribunales estatales por medio de caros consultores jurídicos, en procesos judiciales de arbitraje de este tipo, dichos consultores pueden ser sustituidos por un notario.
- 40 Junto a esta protección competencial del árbitro o bien del tribunal arbitral, surge también la ventaja de la confidencialidad en las negociaciones judiciales de arbitraje. Ya que: en contraposición a la publicidad de negociaciones orales en el proceso judicial de la jurisdicción estatal, en el proceso judicial de arbitraje notarial la publicidad queda excluida. Además, al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción estatal, en este caso se evitan tramitaciones largas, tediosas y caras.
- 41 Esta recomendación de la Cámara de Notarios parte de un tribunal notarial de arbitraje unipersonal como tribunal de arbitraje adecuado al fin perseguido. De forma paralela a esto, la Asociación de Notarios alemanes ha creado, a través de su sociedad limitada “Service-Gesellschaft DNotV GmbH“, un Tribunal arbitral constitucional (SGH) que sigue un sistema procesal e compensatorio parecido al de la recomendación de la Cámara Notarial Federal.³⁹
- 42 Junto al asesoramiento y la mediación notarial (como término especializado) por una parte, y la jurisdicción de arbitraje notarial por otra, existen además otros procesos extrajudiciales para la resolución de conflictos que son (también) practicables por los notarios, procesos que ya arriba⁴⁰ fueron nombrados bajo el concepto de la mediación

39 Pág. o nº 21 al margen

40 Pág. o nº .13 – 18 al margen

como término genérico: negociación/mediación cooperativa,⁴¹ conciliación,⁴² escritura pública⁴³ y resolución de conflictos contractual o convenio.⁴⁴

3. Evoluciones nacionales que hacen necesaria la resolución de conflictos

- 43 En la Ley de Reforma del proceso civil alemana (ZPO-RG)⁴⁵ se prevé, en el § 278 ZPO-E, que a la negociación oral ante los tribunales civiles ha de preceder un juicio de conciliación, siempre con el fin de llegar a una solución amistosa del conflicto y exceptuándose aquellos casos en los que un acuerdo resolutorio de dichos litigios ya se antoja estéril. Algo parecido se recoge en el § 6 de la recomendación de la *Cámara Notarial Federal* para un convenio arbitral con acuerdo procesal y compensatorio⁴⁶, así como en el § 21 de los Estatutos del Tribunal arbitral constitucional de los notarios alemanes (*SGH*)⁴⁷. Por lo tanto, cuando un juicio de conciliación es uno de los elementos preliminares del proceso judicial, es obvio que no sólo se pretende evitar el *fallo* de un tribunal estatal o de un tribunal de arbitraje notarial, sino ya la *apelación* de los mismos. Esto sólo puede suceder si ya antes de la apelación de un tribunal se intenta una resolución de conflictos por la vía extrajudicial. Para ello, la *Cámara Notarial Federal* ha proporcionado a los notarios un fundamento procesal: el ordenamiento de conciliación.⁴⁸ En otro apartado ya se ha expuesto⁴⁹ de qué manera se puede acometer esta resolución de conflictos extrajudicial a través de los notarios, si bien más adelante este tema se expone de forma aún más explícita.
- 44 Mientras que lo manifestado anteriormente aclara por qué puede ser conveniente o necesario, *desde el punto de vista procesal*, el realizar juicios de conciliación con el objetivo de evitar la *apelación* de los tribunales o el *fallo* de los mismos, ya en la

41 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 9

42 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 10

43 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 12

44 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1 Pág. 12

45 BT-Drucks. 14/3750 = NJW 2000, Anexo al cuaderno 40

46 BNotK DNotZ 2000, 401, 405

47 notar´vier 99, Pág. 124, 128

48 BNotK 2000, 1

49 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1; Wagner DNotZ 1998, 34*, 76* ff.; Wagner ZNotP 1999, 22; Wagner ZnotP 2000, 18

jurisprudencia del Tribunal Supremo se han resuelto los primeros casos, según lo cual la obligación de negociar en un deber *sustantivo*, antes de que, por ejemplo, se pueda exigir la rescisión del contrato:

Así por ejemplo, la Sala de lo Civil VII del Tribunal Supremo, competente para el derecho urbanístico, en su resolución del 23 de mayo de 1996⁵⁰ ha realizado la siguiente declaración normativa :

“El contrato de construcción como contrato a largo plazo requiere la cooperación de ambas partes. En dicha cooperación se incluyen los derechos y obligaciones de información, colaboración y observancia.”

Esta declaración no estaba limitada a un solo tipo de contrato de construcción, sino que afectó a todos los contratos de edificación de forma generalizada (incluido el contrato promotor), algo en lo que el Reglamento general de contratación de construcciones (VOB/B) estaba de acuerdo.⁵¹ Dicha declaración ha sido corroborada recientemente por el Tribunal Supremo cuando, con motivo de un contrato de construcción con el que el VOB/B estaba de acuerdo, manifestó:

“Según la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia, las partes de un contrato de VOB/B están obligadas a cooperar durante la realización del mismo. De esta relación de cooperación se desprenden derechos y obligaciones de colaboración e información recíproca (Tribunal Supremo, sentencia del 23 de mayo de 1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, 47).

Estos deberes de cooperación deben garantizar, entre otras cosas y a ser posible, una solución consensuada de conflictos o divergencias surgidos en aquellos casos en los que, en opinión de una o ambas partes, bien la celebración del contrato prevista contractualmente o bien el contenido del mismo haya de adecuarse a las circunstancias reales modificadas (Nicklisch/Weick, VOB, 2. Ed. § 2 n° al margen. 6). Estos deberes han sido recogidos en el VOB/B, más concretamente en las regulaciones del § 2 n° 5 y n° 6. Además, previamente a la celebración también se debe acordar una indemnización por prestaciones adicionales o modificadas. Estas regulaciones pretenden instar a las partes a resolver la peliaguda cuestión de las indemnizaciones con el tiempo suficiente y de forma consensuada, evitando así conflictos posteriores.

⁵⁰ BGH 23.05.1996 – VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, 47

⁵¹ *Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts (Compendio del derecho urbanístico), 6. Parte N° al margen 329 corresponde la obligación de cooperación del contrato de obra del BGB.

En caso de que, durante la celebración del contrato, surjan controversias sobre la necesidad o forma de una adecuación, cada parte está obligada, en principio, a intentar lograr una aclaración y solución de mutuo acuerdo en el curso de la negociación. Excepcionalmente, esta obligación no afectará a una de las partes en caso de que la otra, una vez dentro de la situación de conflicto concreta, se niegue de forma persistente definitiva a mostrar su predisponibilidad para alcanzar una solución consensuada.⁵²

- 45 El Tribunal Supremo establece, mediante esta declaración para la cooperación entre las partes del contrato de construcción y a través del deber de negociación que de ello se desprende, un deber *sustantivo* de las partes contractuales, si quieren éstas evitar perjuicios legales. Esto se intenta prevenir bastante antes, como por ejemplo, a través de la resolución *económica* de conflictos en la etapa prejudicial (por ejemplo, sobre la base del ordenamiento de conciliación) o con la introducción de un proceso *judicial* por medio de un juicio de conciliación. Para poder cumplir este deber de negociación sustantivo, los siguientes complejos, en los que los notarios pueden colaborar legalizando y asistiendo (por ejemplo, en un contrato promotor), son de gran importancia ya que es a este deber de negociación sustantivo a lo que se refiere el deber de información del notario (§ 17 de la Ley de escrituración), deber que ha de especificarse en la escritura pública:⁵³
- 46 - Ya en el contrato promotor se deben estipular las “reglas del juego” de cómo las partes contractuales deben tratar los intereses enfrentados que están en juego (tanto con, como sin conflicto), para poder llegar así a una compensación de intereses.
- Si estas “reglas del juego” no se estipularon en el contrato promotor porque las partes, a pesar de la correspondiente información por parte del notario (§ 17 de la Ley de Escrituración)⁵⁴, no se pusieron de acuerdo al respecto, en todo caso éstas deberán prever al menos lo que se conoce como “cláusula de mediación”.
- Y si las partes, a pesar de la correspondiente información por parte del notario, tampoco logran ponerse de acuerdo en este sentido,⁵⁵ éstas deberán, de cualquier modo, observar la jurisprudencia del Tribunal Supremo arriba citada en caso de que surjan intereses contrapuestos que puedan derivar en conflicto.

52 BGH 28.10.1999 - VII ZR 393/98, NJW 2000, 807, 808

53 Ver Wagner BB 1997, 1997, 53, 55 f.; Wagner en: FS für Vygen, 1999, Pág. 441 = ZNotP 1999, 22; Wagner ZNotP 2000, 214, 218

54 El notario no debería acusar esta información en el documento por su propia seguridad

55 El notario no debería acusar esta información en el documento por su propia seguridad

- Finalmente, sería conveniente que las partes acordaran la elección de una persona independiente e imparcial que sirviese de moderador para este tipo de negociaciones, independientemente de que los deberes juzgados por el Tribunal Supremo pudieran ser, de una u otra manera, parte del contrato promotor (aunque sólo fuese como indicación notarial a título informativo). También está especialmente cualificado para este caso el notario, pues está sometido a los deberes de independencia e imparcialidad inherentes a su cargo (§ 14 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal).
- 47 Lo anteriormente expuesto hacía referencia a un “contrato de construcción a largo plazo”, el cual postulaba, en razón al deber de cooperación juzgado por la jurisprudencia, deberes de negociación para las partes contractuales encaminados a una resolución de los conflictos. Es lógico pensar que la jurisprudencia pudiese decidir algo parecido para otros contratos a largo plazo (por ejemplo, contratos fundacionales⁵⁶). En ese caso, la negociación prejudicial y el intento de llegar a una resolución de conflictos no es sólo un asunto voluntario que convenga llevar a cabo desde el punto de vista económico, sino también un deber sustantivo obligatorio, si no quieren las partes sufrir perjuicios legales. La profesión notarial puede / debe desempeñarse por lo tanto de la siguiente manera:
- Siempre que un contrato haya de ser legalizado en razón a directrices legales o bien por decisión voluntaria de las partes, el notario debe corresponder a esta evolución del derecho dando la forma jurídica adecuada al contenido de todo aquello que legalice. Por este motivo es recomendable que ya en la escritura pública se prevea de qué forma pueden las partes luchar contra intereses enfrentados / conflictos que puedan surgir y quién ha de servir como parte imparcial.
 - Además, el notario puede actuar, de la forma que más adelante se detalla, como cargo público independiente e imparcial a la hora de celebrar negociaciones preventivas y resolutivas de conflictos de las partes implicadas.
 - De este modo, el notario también podrá estar disponible para la legalización de un acuerdo final que fije y asegure el resultado de dichas negociaciones.

⁵⁶ La obligación de cooperación en el derecho de sociedades se contempla como vulneración de la fidelidad por ejemplo en caso de que en una toma de decisiones un socio niega su acuerdo con mala fe : BGH 26.10.1983 - II ZR 87/83, BGHZ 88, 320; BGH 23.09.1991 - II ZR 189/90, WM 1991, 1951; BGH 20.03.1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136

III. Funciones especiales

1. El asesoramiento

1.1 Legislación nacional y procedimiento en el ámbito del asesoramiento

- 48 Entre las funciones inherentes al cargo público desempeñado por el notario en el campo de la administración de justicia (§ 1 del Orden Notarial Federal), también se encuentra la de asesorar a las partes de forma imparcial (§ 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal). Hay que tener en cuenta dos aspectos:
- 49 - El notario está obligado a ofrecer asesoramiento, tanto a la hora de legalizar, según § 17 párr. 1 de la Ley de escrituración, como a la hora de prestar asistencia de cualquier otro tipo, según § 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal.
- 50 - Independientemente de esto, el notario puede llevar a cabo, por petición de los interesados,⁵⁷ un asesoramiento personalizado según § 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal, tanto si es con un “encargo de legalización público”⁵⁸ como sin él, al cual le sigue una legalización.⁵⁹ Como asesoramiento se puede entender igualmente una información de carácter jurídico⁶⁰ o el planteamiento de una consulta jurídica.⁶¹ Sin embargo, y según la jurisprudencia,⁶² no lo será un contrato de asesoramiento privado del notario, ya que el asesoramiento notarial es una función pública.
- 51 En el caso de asesoramiento para la prevención de conflictos, el así llamado por *Reithmann*⁶³ “asesoramiento compensatorio“, se trata de un asesoramiento notarial independiente como función pública recogida en el § 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden

⁵⁷ BGH 5. 11. 1992 - IX ZR 260/91, DNotZ 1993, 459; *Reithmann* en: Schippel, BNotO, § 24 n° al margen 14; *Sandkühler* en: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Orden Notarial Federal), § 24 n° al margen 20

⁵⁸ BGH 05.11.1992 - IX ZR 260/91, DNotZ 1993, 459; BGH 18.01.1996 - IX ZR 81/95, NJW 1996, 1675

⁵⁹ *Hertel* en: Eylmann/Vaasen, BNotO y BeurkG, § 24 BNotO n° al margen 13; *Reithmann* en: Schippel, BNotO, § 24 n° al margen 16

⁶⁰ *Sandkühler* en: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Orden Notarial Federal), § 24 n° al margen 24

⁶¹ *Hertel* en: Eylmann/Vaasen, BNotO y BeurkG, § 24 BNotO n° al margen 17; *Sandkühler* en: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Orden Notarial Federal), § 24 n° al margen 20

⁶² BGH 20.11.1979 - VI ZR 248/77, BGHZ 76, 9,11; *Hertel* en: Eylmann/Vaasen, BNotO y BeurkG, § 24 BNotO n° al margen. 15; *Sandkühler* en: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Orden Notarial Federal), § 24 n° al margen 21;

⁶³ *Reithmann* en: Schippel, BNotO, § 24 n° al margen 21

Notarial Federal.⁶⁴ Este asesoramiento puede tener como objeto cuestiones de carácter jurídico, así como de carácter económico.⁶⁵

1.2 Las distintas formas, actividades y funciones del asesoramiento, con especial atención a la función preventiva de conflictos

52 Es de *Reithmann*⁶⁶ de donde nace el concepto de “asesoramiento compensatorio” a través de los notarios. Por ello entiende, junto a la mediación como término especializado, todas las demás posibilidades de prevención y resolución de conflictos que tienen en la mediación su término genérico y a las que también considera asesoramiento, tal y como se recoge en el § 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal. Veamos a continuación las diferencias:

1.2.1 Negociación / mediación

53 En la negociación cooperativa, las partes (potenciales) del conflicto tratan de enfrentar opiniones con el fin de encontrar una base común que permita llegar a un acuerdo amistoso *libre de fundamentos jurídicos*. En este caso, el notario tiene la función de moderador o la de intermediario, si así se lo requieren las partes del conflicto.⁶⁷ El notario es, al igual que en la mediación, un mero moderador, ya que los objetivos de la negociación cooperativa y de la mediación son distintos. En una negociación cooperativa el “negociador”, es decir, el moderador, busca una solución que contente a ambas partes.⁶⁸ En la mediación, por el contrario, son las partes las que, bajo la dirección del moderador, encuentran por sí mismas una solución que satisfaga a todos. Esto aclara al mismo tiempo las diferencias con respecto al asesoramiento notarial “puro”:

54 - En el *asesoramiento* “puro” para la prevención de conflictos a través de un notario éste debe, por petición de uno o varios interesados, asesorar de forma imparcial sobre

64 *Reithmann* en: Schippel, BNotO, § 24 n° al margen 21; *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 94*; *Wagner* ZNotP 1998, Anexo 1, Pág. 8 f.; *Wagner* ZNotP 2000, 214, 217 f.

65 *Sandkühler* en: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Orden Notarial Federal), § 24 n° al margen 22

66 *Reithmann* en. Schippel, BNotO, § 24 n° al margen 21

67 *Wagner* ZNotP 1998, Anexo 1, Pág. 10; *Wagner* DNotZ 1998, 34*, 98*

68 *Ponschab/Schweizer*, Kooperation statt Konfrontation (Cooperación en vez de confrontación), Pág. 97

una situación y/o cuestión jurídica. Por lo tanto, este asesoramiento no está encaminado a encontrar una solución, sino a facilitar la formación de opinión de los interesados. Éstos simplemente pretenden, a partir de un asesoramiento *imparcial* (si es posible, a partir de un asesoramiento notarial *conjunto*), poder valorar tanto la posición propia como la del “enemigo”/adversario.

- 55 - Si el notario es elegido por las partes interesadas como moderador con la finalidad de una *negociación cooperativa*, es decir, para mediar, esto sólo podrá tener lugar si lo que se pretende es *prevenir* o *resolver* conflictos. En este caso los interesados eligen al notario, ya que basándose en su experiencia, competencia y aptitudes para el consenso, esperan que éste pueda encontrar una solución a lo largo de la negociación, la cual no debe estar necesariamente limitada por derechos, fundamentos jurídicos o por un “objeto litigioso”. Sin embargo, el notario no decide qué ha de ser la solución correcta.
- 56 - Si en cambio el notario es elegido por las partes implicadas como moderador en el marco de una *mediación*, esto sólo podrá tener lugar, en todo caso, con la finalidad de *resolver* un conflicto ya existente. En tal caso el notario, en base a su experiencia, competencia y aptitudes para el consenso, ha de llevar a cabo la moderación de tal forma que, bajo su dirección, sean los propios interesados los que encuentren una solución.
- 57 Al contrario de lo que ocurre en el asesoramiento notarial para la prevención de conflictos, en el caso de la negociación cooperativa o de la mediación la solución tomada se especificará por escrito en una cláusula, la cual puede (no debe) ser una escritura pública (el así llamado acuerdo final), siempre que la ley no disponga lo contrario.

1.2.2 Conciliación

- 58 El caso de la conciliación parte de una situación conflictiva ya existente. Se trata, por lo tanto, de una situación de *resolución* de conflictos y no de un caso de prevención de los mismos. La conciliación surge cuando la negociación cooperativa no ha llevado a ninguna solución.⁶⁹ Por consiguiente, si los interesados piden al notario que actúe de moderador en el marco de la negociación cooperativa, es recomendable que el notario especifique de forma concreta esta relación con los interesados, no sólo en cuanto a su

⁶⁹ Wagner ZNotP 1998, Anexo 1, Pág. 10; Wagner DNotZ 1998, 34*, 98* f.

contenido, sino también con respecto a la cuestión de si el notario debe estar ahí o no en caso de una ruptura de las negociaciones cooperativas y actuar por lo tanto también como árbitro. No obstante, también es factible que el notario sea elegido como árbitro si éste no se haya hecho cargo anteriormente de la negociación cooperativa.

59 La conciliación notarial es el intento de, tras la ruptura de una negociación cooperativa y antes de recurrir a un proceso judicial a través de un tribunal estatal o un tribunal de arbitraje, introducir una última fase intermedia. Ésta se sirve de los medios de la negociación cooperativa, pero con vistas a un posible litigio jurídico *bajo una mayor consideración de las pretensiones mutuas y de los fundamentos jurídicos.*⁷⁰ El notario como conciliador no sólo presenta una propuesta resolutoria que tenga en cuenta los intereses de ambas partes, sino también una propuesta de conciliación escrita. Ésta también tiene en consideración al objeto jurídico del litigio, al que se orientarán las pretensiones jurídicas, y no sólo económicas, de las partes interesadas tras una ruptura de la conciliación y en caso de llegar a una demanda. Esto aclara al mismo tiempo que en el proceso de conciliación, al contrario de lo que ocurre en la negociación cooperativa,

- la redacción por escrito de la declaración de ambas partes y
- la justificación jurídica de las posiciones mutuas

están presentes y constituyen el fundamento para la propuesta de conciliación escrita del notario.

1.2.3 Resolución contractual de los conflictos

60 Los casos anteriormente expuestos de asesoramiento notarial, negociación cooperativa, conciliación y mediación tienen su supuesto de hecho en la prevención y resolución personalizada de conflictos y en que previamente no se hayan acordado de forma contractual mecanismos para la resolución de dichos conflictos. La prevención (no resolución) de conflictos también puede facilitarse si las partes implicadas, ya en sus contratos, estipulan cómo han de hacer frente a los litigios que puedan surgir y quién ha de ser, en su papel como tercero imparcial, asesor, moderador, mediador o incluso árbitro

⁷⁰ Wagner ZNotP 1998, Anexo 1, Pág. 10; Wagner DNotZ 1998, 34*, 99*

en tal caso. Igualmente pueden especificar quién debe nombrar a ese tercero imparcial, qué puede costar esto y quién ha de correr con los gastos.⁷¹

- 61 El notario podrá tener en cuenta todo esto en los contratos por él formulados o legalizados. Independientemente de ello, las partes también podrán tomar al notario como tercero imparcial a la hora de redactar dichos contratos (por parte de los propios interesados, ya sea con o sin asesor legal) *a efectos de asesoramiento*, sin importar si además debe o no ser nombrado en este contrato como asesor, moderador, mediador o conciliador para un caso de (prevención de) conflicto.
- 62 Una resolución contractual de los conflictos puede ser igualmente obligatoria cuando un contrato ya celebrado comienza a mostrar fisuras.⁷² Esto puede deberse a que
- por motivo de una modificación de la ley o la jurisprudencia se ha producido un cambio en la situación jurídica;
 - las expectativas de las partes de un contrato celebrado no se han cumplido;
 - deficiencias/ruptura del contrato por parte de una de las partes contractuales.⁷³
- 63 En un caso así se recomienda no sólo adaptarse a la nueva situación, sino también, aprovechando la ocasión, fijar en la cláusula de modificación/complementación las “reglas del juego” de cómo se pueden resolver situaciones de esta índole en un futuro. El notario puede ser de utilidad en este tipo de resolución contractual de conflictos de la forma anteriormente descrita.

1.2.4 Convenio

- 64 Mientras que las posibilidades de resolución de conflictos descritas con anterioridad sirven, en primer lugar, a la compensación económica de los intereses de las partes, en el convenio extrajudicial se trata solamente de *compensar las pretensiones jurídicas*. Independientemente de que un convenio de este tipo pueda ser legalizado por un notario⁷⁴ y de que en este contexto el notario deba informar y/o aconsejar a las partes de

71 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1, Pág. 12; Wagner DNotZ 1998, 34*, 103* f.

72 Heussen, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement (Manual de negociaciones y gestiones contractuales), n° al margen 381

73 Heussen, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement (Manual de negociaciones y gestiones contractuales), n° al margen 383

74 Wagner ZNotP 1998, Anexo 1, Pág. 12; Wagner DNotZ 1998, 34*, 104* f.

manera imparcial (§ 17 párr. 1 y 2 de la Ley de escrituración), los interesados pueden tomar al notario como tercero imparcial en la celebración de un convenio extrajudicial privado para que éste les asesore de forma conjunta e imparcial. Esto es prácticamente un filtro frente a posibles engaños de una de las partes contractuales.

1.2.5 Resultado intermedio

- 65 Por todo ello es evidente que, junto al asesoramiento notarial “puro” como medio para la prevención de conflictos, existen además distintas formas de asesoramiento notarial con diferentes objetivos para la resolución de estos conflictos, formas que se separan de la legalización notarial, siendo ésta en todo caso la consecuencia de ese asesoramiento, pero no su punto de partida.
- 66 Esto explica que el asesoramiento notarial como medio para la prevención / resolución de conflictos sea un segmento autónomo de la actividad notarial equiparable en importancia a la legalización notarial, tal y como, hoy por hoy, es el caso. Sin embargo se debe:
- 67 - definir la diferencia y utilidad de estos segmentos de la actividad notarial de forma clara y concisa para el público jurídico y
- 68 - enriquecer a la profesión notarial, siendo conscientes de la utilidad que puede tener para la actividad y la imagen del notariado el aceptar el segmento de la prevención / resolución de conflictos a través de los notarios como una oferta alternativa a la jurisdicción estatal.
- 69 Esto exige un marketing hacia el interior (con respecto a los notarios) y hacia el exterior (con respecto al público jurídico).

1.3 El trabajo práctico en materia de asesoramiento (incluidos aranceles)

- 70 Un asesoramiento notarial presupone que el notario ha sido elegido a tal fin por una o varias de las partes implicadas. Hay que encomendarle, por lo tanto, un encargo adecuado a su condición.⁷⁵ El notario no está obligado a aceptar dicho encargo.⁷⁶ Sin

⁷⁵ *Hertel* en: Eylmann/Vaasen, BNotO y BeurkG, § 24 BNotO n° al margen 6; *Reithmann* en: Schippel, BNotO, § 24 n° al margen 34; *Sandkühler* en: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Orden Notarial Federal), § 24 n° al margen 10;

embargo, el notario sí que estará obligado a legalizar por petición de los interesados (§ 15 párr. 1 aptdo.1 del Orden Notarial Federal), no así a prestar asesoramiento, sino que incluso podrá rechazar una petición de asesoramiento. En caso de que la acepte, el asesoramiento notarial se convierte en una función pública.⁷⁷ El contenido y alcance del mismo con respecto a la prevención de conflictos dependen de lo que el/la/los interesado/a/os y el notario acuerden.

- 71 Mientras el notario sólo puede ejercer la actividad legalizadora dentro su jurisdicción (§ 10a párr. 2 del Orden Notarial Federal), para el asesoramiento notarial no existe ninguna regulación legal en este sentido. El notario puede por lo tanto realizar un asesoramiento como función pública en cualquier localidad de Alemania, no así en el extranjero, ya que se trata de una actividad de carácter público (argumento en contra del § 11a del Orden Notarial Federal).
- 72 En el derecho alemán no se estipulan los aranceles que puede percibir un notario por un asesoramiento en las distintas variantes de éste como instrumento preventivo de conflictos. Este aspecto se ha discutido de distintas formas. *Reithmann*⁷⁸ opina que si se devenga un arancel según lo estipulado en el § 147 del Reglamento de precios, él lo consideraría como la mitad de un arancel completo según el § 147 párr. 2 de este reglamento. Otros proponen los §§ 148 párr. 1, 116 del Reglamento de precios cuando se tratase de una discusión informal y el notario, en conformidad con todos los interesados, deba compensar sus intereses.⁷⁹ Los honorarios entonces podrían oscilar desde un cuarto del arancel completo (cuando se legaliza el acuerdo final)⁸⁰ hasta incluso el doble del arancel normal⁸¹.
- 73 El trabajo práctico en las distintas variantes de asesoramiento notarial encaminado a prevenir conflictos exige, tras la aclaración de las cuestiones previas por parte del notario y en caso de que éste quisiese aceptar un encargo de esta índole, la aclaración de otras

76 *Hertel* en: Eylmann/Vaasen, BNotO y BeurkG, § 24 BNotO n° al margen 6; *Reithmann* en: Schippel, BNotO, § 24 n° al margen 34; *Sandkühler* en: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Orden Notaria IFederal), § 24 n° al margen 10;

77 *Hertel* en: Eylmann/Vaasen, BNotO y BeurkG, § 24 BNotO n° al margen 7;

78 *Reithmann* en: Schippel, BNotO, § 24 n° al margen 21

79 Göttlich/Mümmeler, continuación de *Assenmacher/Mathias*, KostO, „Auseinandersetzung“ („Litigio“) Ziff. 2.4

80 *Reimann* en: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 13. Ed. 1995, § 148 n° al margen 14

81 *Hartmann*, KostO, § 148 n° al margen 2

cuestiones como las referentes al tipo de asesoramiento que se ha llevar a cabo. Con este objetivo tiene que presentar a las partes los distintos tipos existentes, para así explicar lo que debe ser la función propia del notario y las prestaciones que las diferentes formas de asesoramiento pueden ofrecer. Es igualmente recomendable señalar a las partes interesadas los gastos que todo esto conlleva. Por ello, el notario debe explicar que en la prevención / resolución de conflictos desempeñará la función que le sea asignada sobre el fundamento del ordenamiento de conciliación⁸² como régimen procesal. La función del notario en el desarrollo de las negociaciones, acordada por los interesados y por el mismo notario, debe estipularse por escrito. El asesoramiento notarial, con el contenido y función convenidos, debe llevarse a cabo sobre la base del ordenamiento de conciliación (siempre y cuando no se trate de un asesoramiento “puro”,⁸³ sino de una de las otras medidas preventivas ya expuestas⁸⁴) de la siguiente forma:

- 74 Ya que no se puede descartar que una medida para la prevención de conflictos no haya de resolverse por la vía judicial, el notario debe atenerse a las formalidades descritas en el ordenamiento de conciliación. Estas son, entre otras:
- 75 - Instruir el proceso *por escrito* (§ 2 del Ordenamiento de conciliación);
- 76 - Preservar la imparcialidad mediante la observancia de las prohibiciones de colaboración y de interés en la causa (§ 3 del Ordenamiento de conciliación);
- 77 - Fijar la tramitación del proceso (§ 4 del Ordenamiento de conciliación);
- 78 - Las partes pueden (no deben) comparecer personalmente y pueden (no deben) venir acompañados de un asistente (legal) (§ 5 del Ordenamiento de conciliación);
- 79 - No incurrir en morosidad (§ 6 del Ordenamiento de conciliación);
- 80 - Confidencialidad del juicio de conciliación, también con respecto a un eventual proceso judicial posterior (§ 7 del Ordenamiento de conciliación);
- 81 - Acuerdo final (§ 8 del Ordenamiento de conciliación);
- 82 - Gastos (§ 9 del Ordenamiento de conciliación).

82 *BNotK DNotZ* 2000, 1

83 Pág. o nº al margen 5 – 9

84 Pág. o nº al margen 10 – 18, 52 – 69

1.4 Otros aspectos

83 Las formas de asesoramiento notarial, anteriormente descritas como posibilidades de prevención de conflictos, partían del hecho de que el notario *individual* actuará en función pública siguiendo una de las variantes expuestas. Además de estas, hay dos posibilidades más de prevención de litigios que merece la pena mencionar:

1.4.1 Fase conciliadora en el proceso de arbitraje

84 En caso de conflictos, las partes implicadas pueden excluir la vía judicial y hacer que su litigio se resuelva ante un tribunal de arbitraje notarial unipersonal. Éste sirve como tribunal de arbitraje especial sobre la base de la recomendación de la Cámara Notarial Federal para un convenio de arbitraje con convenio procesal y compensatorio⁸⁵. Si las partes acuerdan esto último se aplicará la siguiente particularidad:

85 El proceso de arbitraje comienza (excepto en procesos referentes a una medida provisional) con una fase conciliadora ante el tribunal arbitral (§ 6 de la recomendación de la Cámara Notarial Federal para un convenio de arbitraje con convenio procesal y compensatorio, BNotK-SchiedsV). Esta fase conciliadora inherente al proceso de arbitraje puede tener lugar a través de cualquiera de las formas de asesoramiento notarial anteriormente descritas y por supuesto ante el notario, que actuará como árbitro de este proceso.⁸⁶ Sin embargo, en este sentido el notario no desempeña una función pública, puesto que esta fase conciliadora es ya, según el § 6 BNotK-SchiedsV, parte del proceso judicial de arbitraje en tanto que para dicha fase, en lo que se refiere a la persona del notario, sirven las particularidades ya expuestas.⁸⁷ Con esta fase conciliadora adjunta al proceso judicial de arbitraje, los elementos mediativos se introducirán al principio del mismo, antes del comienzo de las confrontaciones litigiosas.⁸⁸

85 BNotK 2000, 401

86 Schiffer JurBüro 2000, 188 y 235 sobre los elementos mediadores en los procedimientos arbitrarios modernos fuera del Tribunal arbitral notarial

87 Pág. y nº al margen 230 ff.

88 Sobre los elementos mediadores en los procedimientos arbitrarios Schiffer en: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios), 2.2.3.1

- 86 Además, esta incorporación de la fase conciliadora en el proceso arbitral tropieza con la opinión de *Lachmann/Lachmann*,⁸⁹ la cual defiende que la inclusión obligatoria de un proceso de conciliación *antes* de un proceso judicial de arbitraje va contra lo estipulado en Anexo n° 1 q RiLi 93/13/EG según una interpretación conforme a las directrices, por lo que no se permitiría ningún tipo de trabas para el acceso a la vía judicial.

1.4.2 Proceso de conciliación y mediación en el SGH

- 87 Las partes interesadas pueden hacer que se lleve a cabo una resolución notarial para la prevención de conflictos de forma extrajudicial y ante el ya mencionado “Tribunal arbitral constitucional de notarios alemanes” (SGH) en lugar de hacerlo mediante las formas anteriormente expuestas y ante un solo notario. Pueden recurrir al SGH y apelar expresamente una actividad conciliadora y mediadora del mismo, no así una resolución vinculante (§ 18 párr. 1 de los Estatutos del SGH), sin que esto excluya la celebración previa de un contrato de conciliación o arbitraje (§ 18 párr. 2 de los Estatutos del SGH). En este caso, el proceso conciliador tendrá lugar ante el Presidente del SGH y sobre la base del ordenamiento de conciliación (GüteO) en unión con los Estatutos del SGH (§ 19 párr. 1 de los Estatutos del SGH). Sin embargo, esta función conciliadora/mediadora del Presidente del SGH no representa ninguna función pública según el § 19 párr. 1 aptdo. 1 de los Estatutos del SGH.
- 88 Además del proceso de conciliación frente al SGH antes mencionado (§ 18 de los Estatutos del SGH), también se puede apreciar la fase de conciliación dentro de uno de los procesos de arbitraje judiciales instruidos ante el SGH (§ 21 de los Estatutos del SGH). En caso de que las partes hayan acordado, tras desechar la vía judicial normal por los tribunales estatales y en razón a un contrato judicial de arbitraje, apelar al SGH, también comenzará así el proceso judicial de arbitraje (excepto en caso de medidas provisionales) con una fase conciliadora ante el Presidente del SGH (§ 21 de los Estatutos del SGH). Por consiguiente, en este sentido sirve lo anteriormente aplicado al § 6 BNotK-SchiedsV⁹⁰.

89 *Lachmann/Lachmann* BB 2000, 1633, 1639

90 Pág. o n° al margen 94

1.4.3 Aspecto generales del asesoramiento notarial

- 89 Si se divide la función preventiva del notario en los dos ámbitos principales de la prevención y resolución de conflictos, en el primer caso se deberá evitar el conflicto en sí y en el último, una vez surgido el conflicto, evitar un proceso judicial (ya sea ante tribunales estatales como ante tribunales de arbitraje). En ambos casos, el objetivo verdadero de la actividad notarial no es el de evitar algo, sino el de conseguir algo, en este caso el consenso de las partes enfrentadas. En ese sentido, el consenso no es un objetivo individual, sino que precisa de una seguridad adicional. Por ello, no sólo el notario está capacitado para ser útil en la redacción de un acuerdo final o incluso en la legalización del mismo, sino también para hacer posible que se lleve a cabo lo acordado en caso de que las partes interesadas no se atengan a ello, mediante:
- 90 - Declaración notarial de sumisión a la ejecución forzosa según § 794 párr. 1 n° 5 del Código Procesal Civil;⁹¹
- 91 - Declaración de ejecución forzosa según § 794 párr. 1 n° 1 del Código Procesal Civil, siempre que el notario haya sido reconocido como conciliador por parte de una administración de justicia local, si bien una declaración de ejecución forzosa de este tipo puede, y no debe, ser legalizada.⁹²
- 92 En un sentido más amplio, las variantes de asesoramiento notarial descritas se pueden asociar a los conceptos de prevención y resolución de conflictos de la siguiente forma:

1.4.3.1 Prevención de conflictos

- 93 - Asesoramiento “puro”, oral o escrito (consulta jurídica);⁹³
- 94 - negociación/mediación cooperativa;⁹⁴
- 95 - resolución contractual de conflictos.⁹⁵

91 *Jost ZNotP 1999, 276*

92 Pág. o n° al margen 24 ff.

93 Pág. o n° al margen 5 ff.

94 Pág. o n° al margen 53 ff.

95 Pág. o n° al margen 60 ff.

1.4.3.2 Resolución de conflictos

- 96 - negociación/mediación cooperativa;⁹⁶
- 97 - conciliación;⁹⁷
- 98 - resolución contractual de los conflictos;⁹⁸
- 99 - convenio.⁹⁹

1.5 Control notarial del contrato

100 El asesoramiento notarial para la prevención de conflictos puede realizarse de una forma totalmente distinta, desconocida hasta ahora, pero que dejaría abierto un nuevo campo de actividad para los notarios.

1.5.1 Realidad actual de los contratos

101 Quién no lo ha sufrido: los contratos a menudo se elaboran de forma complicada y en muchos casos una de las partes trata, en principio, de hacer de un modelo o proyecto de contrato propio una base para contratos y de imponerlo en las distintas negociaciones contractuales. Normalmente se impone el más fuerte. En este caso, sin embargo, acechan peligros de todo tipo que después podrían provocar conflictos:

- Se atenderían siempre estos contratos a un control de adecuación y contenido en caso de surgir desavenencias de las partes contractuales?
- Qué repercusión tienen las modificaciones de ley en la efectividad de dichos contratos?
- Cómo repercute la jurisprudencia nueva o modificación de la jurisprudencia existente en la efectividad de los casos ya resueltos?

96 Pág. o n° al margen 53 ff.

97 Pág. o n° al margen 58 ff.

98 Pág. o n° al margen 60 ff.

99 Pág. o n° al margen 64

102 Generalmente, las partes del contrato no vigilan la duración de la efectividad de contratos ya celebrados. Lo importante parece ser la celebración en sí del contrato, y no tanto el controlar la duración de su efectividad. Es por ello que se pasa por alto el hecho de que los contratos tienen dos funciones:

1. Deben prácticamente servir como las auténticas “reglas del juego” de las partes, de modo que éstas sepan cómo se han de comportar durante la duración del contrato.
2. También deben ofrecer el marco regulatorio en caso de conflicto, por ejemplo, para la valoración por parte de los tribunales.

Pero, quién se haría cargo de un control de este tipo y cómo se habría de llevar a cabo?

1.5.2 Propuesta

103 Un control de la efectividad de los contratos podría ser asumido por una persona neutral que no perteneciese a la esfera de intereses de una de las partes. Asimismo, el control no se tendría que limitar exclusivamente al aspecto de la efectividad, por ejemplo, debido a modificaciones de ley, nueva jurisprudencia o modificación de la existente. El control es algo más que eso: con estas indicaciones, las propuestas podrían estar encaminadas a encontrar una adecuación contractual que supusiese un freno para las partes del contrato. Este control podría estar ya previsto en los contratos, siempre que las partes acordaran de forma contractual en qué manera se habría de llevar a cabo y qué persona neutral debería nombrarse para ello.

1.5.3 Control notarial del contrato

104 Mientras los abogados son asesores de sus clientes y, por lo tanto, asesores *parciales*, el notario no podrá ser asesor parcial de ninguna de las partes. No obstante, podrá ser nombrado por uno o varios de los interesados como asesor *imparcial* (§ 24 párr. 1 aptdo. 1 del Orden Notarial Federal). El asesoramiento imparcial a las partes a través de un notario es una función pública.

105 De este modo, las partes contractuales pueden acordar en un contrato, que podrá ser privado o legalizado y en conformidad con un notario designado por ellos de forma

conjunta, que el notario las mantenga continuamente informadas con respecto al contrato celebrado y a lo largo de una duración a convenir, sobre los siguientes temas:

- 106 - Modificaciones de ley, nueva jurisprudencia o modificación de la existente que pudieran repercutir de modo alguno sobre dicho contrato.
- Indicaciones del modo en que las partes del contrato han de actuar para adecuar estas repercusiones al contrato o a una situación concreta.

1.5.4 Ejemplos

- 107 - El Tribunal Supremo (BGH), en sus resoluciones del 23 de mayo de 1996¹⁰⁰ ha resuelto un deber de cooperación de las partes para un contrato de construcción. En caso de diversidad de opiniones, el contrato no se podría rescindir de forma inmediata, sino que más bien se insta a las partes a que busquen una solución consensuada durante la negociación. Una indicación a ambas partes sobre esta jurisprudencia, que se está asentando en el marco del control notarial del contrato, podría ir unida a una segunda indicación de cómo se puede tener en cuenta dicho control de forma contractual o con vistas a una situación concreta.
- 108 - El Tribunal Supremo ha adoptado en sus resoluciones del 29 de mayo del 2000¹⁰¹ una modificación de la jurisprudencia. Según dicha modificación, en una sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima alemana los repartos de beneficios se deben devolver, años más tarde, a dicha sociedad y de nuevo por parte del beneficiario, si se llegase a descubrir que el balance que sirvió de base para tomar la decisión del reparto de beneficios era defectuoso y no justificaba dicho reparto. Una indicación sobre esta modificación de jurisprudencia en el marco de un control notarial del contrato, por ejemplo, a la administración de una sociedad, podría hacer que dicha administración tuviese en consideración posibles problemas de balance posteriores y si éstos pudiesen tener consecuencias para la reclamación de los repartos de beneficios asumidos en el pasado, que después serían reclamables por parte de la administración.

¹⁰⁰ BGH 23.05.1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133,44, 47 y BGH 28.10.1999 - VII ZR 393/98, NJW 2000, 807, 808

¹⁰¹ BGH 29.05.2000 - II ZR 347/97, ZIP 2000, 1256 „Balsam/Procedo“ II; 75/98, n.V. „Balsam/Procedo III“; 118/98, ZIP 2000, 1251 „Balsam/Procedo“ I

2. La mediación

109 A lo largo de este apartado trataremos a la mediación como un término especializado.¹⁰²
103

2.1 Legislación nacional y procedimiento en el ámbito de la mediación

110 El legislador alemán no ha utilizado hasta el día de hoy ni el término de mediación ni el de mediador. En el régimen profesional de los abogados (concretamente en § 18 párr. 1) se habla del abogado como de mediador. Sin embargo, no se da una definición del término. Las regulaciones legales sobre el derecho profesional notarial tampoco conocen hasta ahora el concepto de mediador. El notario como mediador tiene que atenerse, sin prestar atención a lo anteriormente dicho, a las siguientes regulaciones (legales):

111 - Al derecho notarial tal y como se deduce del Orden Notarial Federal (BnotO), de los reglamentos que se desprenden de su fundamento, de sus directrices profesionales acordadas y aprobadas como Estatutos de la Cámara de Notarios (§ 67 párr. 2 BNotO) y (siempre y cuando sea pertinente) de la Ley de escrituración.¹⁰⁴

112 - Mientras el notario actúe como mediador en su función como conciliador reconocido por ley o por la administración de justicia local,¹⁰⁵ éste tendrá además que atenerse a regulaciones legales de carácter local, allí donde existan directrices de este tipo.

113 - Como recomendación no vinculante, el notario debería asimismo hacer uso del ordenamiento de conciliación de la Cámara Notarial Federal.¹⁰⁶

114 Si el notario actúa como mediador entonces, al tratarse de una función pública (§ 24 párr. 1 aptdo.1 del Orden Notarial Federal), estará al servicio de las partes en el marco de una relación procesal pública.¹⁰⁷ Independientemente de los criterios esbozados que resulten de una mediación, el notario, como mediador, tiene que observar los siguientes deberes

102 Según definición de la pág. o nº al margen 13 y 17

103 Según mediación como concepto de marketing pág. o nº al margen 11 y mediación como término general pág. o nº al margen 12

104 *Rieger/Mihm, Der Notar als Mediator (El notario como mediador)*

105 Pág. o nº al margen 24 ff.

106 Ver Anexo1

107 *Bohrer, Das Berufsrecht der Notare (El derecho profesional de los notarios), nº al margen 25; Rieger/Mihm, Der Notar als Mediator (El notario como mediador)*

profesionales inherentes a su cargo, los cuales, debido a dicha relación procesal pública, no están sometidos a ninguna disposición de derecho privado:

- 115 - Independencia (§ 14 párr. 1 aptdo. 2 Orden Notarial Federal);
- 116 - Imparcialidad (§ 14 párr. 1 aptdo. 2 Orden Notarial Federal);
- 117 - Integridad/rectitud (§ 14 párr. 2 y 3 Orden Notarial Federal);
- 118 - Confidencialidad (§ 18 Orden Notarial Federal).

Trataremos los siguientes procesos en el ámbito de la mediación:

2.1.1 Mediación familiar¹⁰⁸

Die Anfang 1992 gegründete Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) hat Richtlinien für die Familien-Mediation erarbeitet.^{fn)} Diese richtet sich u.a. an Anwälte, nicht jedoch an Notare,¹⁾ ohne daß dafür eine Erklärung gegeben wird. La Comunidad Federal de Trabajo para la Mediación Familiar alemana (BAFM), fundada a principios de 1992, ha elaborado una serie de directrices para la mediación familiar.¹⁰⁹ Estas se dirigen, entre otros, a abogados, pero no así a notarios,¹¹⁰ sin que se haya dado una explicación en este sentido. Der Mediator klärt zu Beginn der Mediation die Beteiligten über die Unterschiede zwischen einer Mediation und anderen Konfliktbereinungsverfahren auf und legt sodann mit den Beteiligten in einem schriftlichen Mediationsvertrag das Mediationsverfahren fest.^{fn)} Dieses wird von folgenden Grundsätzen geprägt: Al comienzo de la mediación, el mediador aclara a las partes las diferencias entre una mediación y otro proceso de resolución de conflictos, estableciendo así con los interesados el proceso de mediación en un contrato escrito.¹¹¹ Este proceso se caracteriza por los siguientes principios:

- 119 - Voluntariedad de las partes,
- 121 - neutralidad del mediador,

¹⁰⁸ *Dietrich/Theml/Ueberschär* en: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios), 5.2.5.2

¹⁰⁹ *De Mähler/Mähler* en: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen (Mediación para juristas), Pág. 123 ff.

¹¹⁰ I. de las directrices: ver *Mähler/Mähler* en: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen (Mediación para juristas), Pág. 124

¹¹¹ *Mähler/Mähler* en: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen (Mediación para juristas), Pág. 129

- 122 - responsabilidad propia de las partes,
- 123 - información a las partes,
- 124 - confidencialidad del proceso.¹¹²
- 125 El objeto de la mediación es el de crear una llamada “situación win-win”, en la que cada una de las partes obtiene beneficio.

2.1.2 Mediación en el derecho administrativo,¹¹³ especialmente en el derecho ambiental¹¹⁴

- 126 Las instalaciones no deseadas por la población (por ejemplo, centros de tratamiento de desechos radioactivos, centrales nucleares, polígonos industriales, autopistas, vías de ferrocarril, aeropuertos o sus ampliaciones,¹¹⁵ etc.)¹¹⁶ traen consigo el tener que hacer frente a un proceso de mediación antes de introducirse en un proceso administrativo formal.¹¹⁷ En este caso no se trata tanto de una mediación individual de unas pocas partes implicadas, sino más bien de una mediación colectiva de muchas partes implicadas. Ya que el proceso de mediación tiene lugar en la etapa preliminar y por lo tanto fuera del proceso administrativo, tiene sentido que ya aquí se incluya al que ha de tomar las decisiones.¹¹⁸ También es posible realizar un proceso de mediación de este tipo de forma paralela o independiente a un proceso administrativo, con el fin de aclarar cuestiones aisladas.¹¹⁹ Entre los requisitos mínimos de un proceso se incluyen:

- 127 - Justicia procesal,
- 128 - transparencia procesal,

112 *Mähler/Mähler* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen (Mediación para juristas)*, Pág. 125; *Buchholz-Graf* ZMK 2000, 118

113 *Kostka* en: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios)*, 5.2.17

114 *Zilleßen* en: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios)*, 5.2.15

115 *Niethammer* ZMK 2000, 136

116 *Zieher* ZMK 2000, 113

117 *Ramsauer* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen (Mediación para juristas)*, Pág. 161 ff. *Zur Verkehrsplanung und Mediation (Planteamiento de relaciones y mediación)* *Weber* ZMK 2000, 16 y *Sellnow* ZMK 2000, 18

118 *Ramsauer* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen (Mediación para juristas)*, Pág. 165

119 *Ramsauer* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen (Mediación para juristas)*, Pág. 166 f.

- 129 - mandato de paridad,
- 130 - ningún tipo de molestia por parte de terceros que no participen en el proceso de mediación,
- 131 - negociación por parte de los representantes de los grupos,
- 132 - aceptación a través de los grupos de intereses,
- 133 - orientación del resultado de la mediación a una aplicación jurídico-pública,
- 134 - ninguna vinculación jurídica, pero sí una vinculación de hecho del proceso administrativo posterior al resultado de la mediación.¹²⁰
- 135 En el caso de un proceso de mediación colectivo del tipo anteriormente expuesto se distinguirán las siguientes fases:
 - 136 - *Preparación* del proceso de mediación: esta fase sirve, entre otras cosas, para analizar los intereses en juego y para la creación de una estructura organizativa para el proceso de mediación.¹²¹ Aquí se incluye la fijación del objeto de la negociación, la duración del proceso, lugar donde se llevará a cabo dicha negociación, citas, protocolo, confidencialidad de los intereses, trabajo de publicidad y aclaración de los gastos.¹²²
 - 137 - *Fase de realización*: negociación de una solución cooperativa del problema.¹²³
 - 138 - *Fase de implementación*: aplicación del resultado de la negociación, o en todo caso, partes del mismo.¹²⁴

2.1.3 Mediación en el derecho económico

- 139 Mientras que el desarrollo de un proceso de mediación económica¹²⁵ se asemeja a la mediación familiar, en la mediación económica no participan (al contrario que en el caso de la mediación familiar) aspectos emocionales.¹²⁶ En su lugar surgen:

120 *Ramsauer* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 165

121 *Ramsauer* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 167

122 *Ramsauer* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 168

123 *Ramsauer* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 168

124 *Ramsauer* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 169

125 *Siegmann* en: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare* (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios), 5.2.1 (Responsabilidad de médicos); *Boysen/Plett* (aaO), 5.2.3.1 (Arbitraje de construcción); *Nordmann*

- 140 - aspectos de rapidez y así como
- 141 - aspectos de consenso.¹²⁷
- 142 Después de todo, estos también son los motivos por los que *Casper/Risse* propone resolver conflictos de carácter societario que estén faltos de acuerdo por medio de una mediación orientada a ellos en lugar de a través de demandas de impugnación.¹²⁸ Como campos de aplicación adecuados se recomiendan la reestructuración de empresas, conflictos en la financiación de proyectos y fondos inmobiliarios en crisis.¹²⁹

2.1.4 Mediación en el derecho de vecindad, arrendamiento¹³⁰ y del consumidor

- 143 El desarrollo de este proceso de mediación se asemeja al ya descrito en la mediación familiar.¹³¹

2.1.5 Mediación en la renegociación de contratos civiles

- 144 Dichos contratos pueden desprenderse de contratos complejos o a largo plazo (contratos de alquiler, de arrendamiento, fundacionales, renovables, etc.) cuando las renegociaciones fracasan y amenazan procesos judiciales que permitan la adecuación al contrato.¹³² Aquí vale, como cuestión previa, el poner jurídicamente de relieve si un contrato es adecuado y, en caso afirmativo, a qué nivel. Consecuentemente el proceso de mediación se puede adaptar a un doble nivel.¹³³ Si la mediación no conduce a un

(aaO), 5.5.3.2 (Arbitraje de construcción); *van Raden* (aaO), 5.2.6 (Protección de la propiedad comercial); *Steinbrück GmbH* 1999, R 165; *Steinbrück AnwB1* 1999, 574; *Risse BB* 1999, Anexo 9, Pág. 1; *Risse WM* 1999, 1864; *Risse NJW* 2000, 1614

126 *Schneider* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 174 f.

127 *Schneider* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 177 f.. *Zur Wirtschaftsmediation im Wohnungseigentum* (Mediación económica en la propiedad horizontal) ver *Allmayer-Beck/Auer ZMK* 2000, 9

128 *Casper/Risse ZIP* 2000, 437

129 *Risse WM* 1999, 1864, 1869 f.

130 *Plett/Boysen* en: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, *Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare* (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios), 5.2.19.1; *Stehle* (aaO), 5.2.19.2

131 Pág. o n° al margen 119 ff.

132 *Nelle* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 196 ff.

133 *Nelle* en: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen* (Mediación para juristas), Pág. 199

resultado en ninguno de los dos niveles se podría intentar que, por mediación de las partes, éstas acordaran una regulación futura y consensuada sobre la cuestión de la adecuación.¹³⁴

2.1.6 Compensación penal agente productor-víctima¹³⁵

145 Esta se define legalmente como el “esfuerzo (refundido) de alcanzar una compensación (del agente productor) con el lesionado“ (§§ 10 párr. 1 n° 7 JGG, 46a n° 1 del Código Penal). La toma de contacto de las partes se hace a menudo a través del Ministerio Fiscal o del tribunal, a lo cual le puede seguir un proceso de mediación. Este proceso, sin embargo, no ofrece esperanzas de obtener resultado alguno, como es el caso en los procesos de mediación previamente expuestos, debido a la proximidad “provocada” de la justicia.

2.1.7 Conclusión

146 La mediación bajo la participación de un notario como mediador surge generalmente en casos de mediación familiar, en derecho económico y en renegociaciones de contratos civiles. También se puede extender a otros supuestos de hecho, si pensamos por ejemplo en las resoluciones de conflictos de derecho hereditario¹³⁶ y de derecho de protección al consumidor¹³⁷. En referencia a este último, no hay que olvidar que la Comisión Europea ha publicado una hoja de trabajo, en marzo del 2000, que pretende aportar el marco para la creación de una Red Europea encargada de la resolución extrajudicial de conflictos pertenecientes al derecho de protección al consumidor.¹³⁸ Los elementos esenciales de esta “Extra-Judicial Network-EEJ-NET“ deberían ser:

134 *Nelle* en: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen (Mediación para juristas), Pág. 200

135 *Delattre* en: Gottwald/Stempel/Beckedorff/Linke, Außergerichtliche Konfliktbewältigung für Rechtsanwälte und Notare (Regulación extrajudicial de conflictos para abogados y notarios), 5.2.13.1; *Hölzer* (aaO), 5.2.13.2. Para una compensación productor-víctima en beneficio de personas jurídicas véase BGH 18.11.1999 – 4 StR 435/99, NStZ 2000, 205 junto con *Dierlamm* en NStZ 2000, 536

136 *Risse* ZEV 1999, 205

137 Uno de los temas de la conferencia de la Academia Jurídica Europea que tuvo lugar en Bruselas el 20.09.2000 sobre las exigencias futuras al notariado europeo: „Notariat und Verbraucherschutz“ („Notariado y protección de consumidores“)

138 *mediations-report 4/2000* (Informe de mediación), Pág. 1; Documentación en WM 2000, 1170

- 147 - Se deben crear oficinas de compensación como instituciones centrales nacionales en cada país miembro.
- 148 - Las oficinas de compensación deben ser tanto centros de control nacionales para los consumidores nativos así como centros de control europeos de oficinas de compensación de otros estados miembros. También deben ser centros de información y asesoramiento en materia de derecho de protección al consumidor.
- 149 - Las quejas de consumidores privados serán transmitidas a través de estos centros de control al centro de resolución de conflictos extrajudicial, el cual se hará cargo de la empresa en la que se comprara el objeto de la queja.¹³⁹
- 150 La profesión notarial se deberá enfrentar internamente con la cuestión de si es necesario, y de qué forma, interesarse también por el tema del derecho de protección al consumidor y desempeñar un papel compensatorio en todo lo anteriormente descrito.

2.2 Definición y repercusiones de la mediación en la práctica notarial y en otros ámbitos profesionales

2.2.1 Mediación notarial

- 151 En cuanto a la mediación, puede tratarse de una mediación por conflicto o de una mediación por contrato.¹⁴⁰
- 152 La *mediación por conflicto* consiste en "un proceso voluntario y extrajudicial de tramitación del conflicto, en el que las partes del conflicto toman decisiones comunes que afectan a ambos, con el apoyo de un tercero neutral sin facultad decisoria (del mediador) en su contenido. Estas decisiones abarcan en la medida de lo posible los intereses de los intervinientes, se ajustan a la creación de valor y se basan en el entendimiento de uno mismo, del otro y de su respectiva visión de la realidad".¹⁴¹
- 153 La *mediación por contrato* consiste en un proceso voluntario y extrajudicial que, sin existir un conflicto, en caso de aparecer una contraposición de intereses busca una avenencia que quede fijada en un contrato. El proceso sigue unos principios similares a los de la mediación por conflicto.

139 Ver documentación WM 2000, 1170

140 Pág. o nº al margen : 13, 17

141 *Mädler/Mädler* en : Breidenbach/Henssler, Mediación para juristas, págs. 13,15

- 154 La *mediación por conflicto* parte de las contraposiciones de intereses *con* conflicto y tiene como objetivo la avenencia, sin que sea necesario fijarla por escrito o en un acuerdo protocolizado (solución del litigio). La *mediación por contrato* parte en cambio de contraposiciones de intereses dadas *sin* que haya tenido lugar un conflicto y tiene como objetivo la avenencia regularizada en un acuerdo quirografario o protocolizado.
- 155 Por otra parte, hay que distinguir entre (1) el hecho de que los mismos intrevinientes logren – bajo moderación del mediador- una solución en favor de sus intereses, (2) que esta solución se ajuste a datos jurídicos y (3) que se lleve a cabo una conversión contractual de la misma en un acuerdo final. Lo primero tiene como objeto la gestión de negociación del mediador y en consecuencia por norma no es un asesoramiento jurídico. En cambio, lo que se esboza en (2) y en (3) afecta al complejo del ajuste jurídico, a la configuración contractual y a la garantía del acuerdo, y cuenta por tanto positivamente para el asesoramiento jurídico imparcial.
- 156 Mientras se representa la opinión en general, el mediador no es responsable del resultado¹⁴², y esto debe relativizarse por motivos de derecho profesional, en el supuesto de que un notario actúe como mediador : El notario como mediador no es responsable del resultado cuando los intervinientes encuentren bajo su moderación una solución propia (económica) que favorecerá sus intereses. Sin embargo, esto es diferente si al notario como mediador se le pide que realice una conversión de esta solución en un acuerdo final, ya sea en forma quirografaria o protocolizada. Ya que en el marco de la escrituración de un acuerdo final el notario debe informar a los intervinientes acerca del alcance de lo acordado y observar que no se discrimine a ningún interviniente (§ 17, párr. 1, Ley de Escrituración) y que lo acordado tiene eficacia jurídica (§ 17, párr. 2, Ley de Escrituración). Asimismo, dado que su cargo de mediador es oficial (§ 24, párr. 1, aptdo. 1, Orden Notarial Federal), en la redacción de un acuerdo final quirografario tiene obligaciones¹⁴³ similares.
- 157 Esta responsabilidad jurídica del notario como mediador comienza ya con anterioridad al acuerdo y deriva de las obligaciones de indicación y prevención del notario como resultado de la ampliada obligación de asistencia (§ 14, párr. 1, aptdo. 2, Orden Notarial

¹⁴² *Schlieffen ZMK* 2000, 52 (Revista sobre gestión de conflictos): “...se deberá preservar la autonomía de las partes. Es autónomo, aquél que se autolegisla. Por ello, en la mediación las partes...son en su conjunto legisladoras de su propio asunto”.

¹⁴³ *Rieger/Mihm*, El notario como mediador ; *Schippel* en : Schippel, Orden Notarial Federal, parágrafo 1 n° marginal 5.

Federal), ¹⁴⁴ mediante la cual queda obligatoriamente ligado a los intervinientes¹⁴⁵. Esto se describe en los siguientes puntos :

- 158 - Debe vigilar que el futuro acuerdo no sólo presente una avenencia justa, sino que además tenga eficacia jurídica (*eficacia jurídica*) en el fundamento de las leyes vigentes y de la jurisprudencia. Ya que en la escrituración de un acuerdo no válido el notario puede no cooperar¹⁴⁶ y debe manifestar sus dudas en cuanto a la validez, y dejar constancia de dichas dudas en el documento (§ 17, párr. 2, aptdo. 2, Orden Notarial Federal).
- 159 - Además deberá asegurarse de que lo acordado también es negociable (*practicabilidad*).
- 160 - Y finalmente debe vigilar que lo acordado constituye una garantía también para los intervinientes. Además debe incluir un título notarial ejecutable (*Ejecutividad*)¹⁴⁷.
- 161 Esta responsabilidad jurídica del notario como mediador con las correspondientes obligaciones de indicación y prevención comienza, en consecuencia, después de que bajo su moderación las partes hayan logrado una avenencia (económica), y antes de que se alcance un acuerdo quirografario o la escrituración del acuerdo final, en el cual debe quedar fijado lo acordado¹⁴⁸. La actuación jurídica de las partes no debe por tanto comenzar antes de la protocolización del acuerdo final, dado que en base a datos jurídicos debe existir una necesidad de avenencia adicional de las partes¹⁴⁹. Si se quiere ver de otro modo, según lo dispuesto en el parágrafo 17, párrafos 1 y 2 de la Ley de Escrituración, con motivo de la protocolización, el notario debería informar a las partes sobre cuestiones de eficacia y observar que no se discrimine a ninguna de las partes, lo que conduciría al fracaso del acuerdo. Además, el notario debería repreguntar a las partes, el motivo por el que no hayan llamado su atención sobre dichas cuestiones para extenderse asimismo sobre su necesidad de avenencia. En consecuencia el notario como mediador también debe encargarse de que el consenso alcanzado por las partes pueda

144 *Rieger/Mihm*, El notario como mediador

145 *Rieger/Mihm*, El notario como mediador.

146 Tribunal Supremo, 20/06/2000 – IX ZR 434/98, WM 2000, 1600 (Revista sobre derecho económico y bancario, Comunicación de inversiones IV)

147 Ver números al margen 205 y 209

148 Como el autor *Rieger/Mihm*, El notario como mediador

149 También *Wiedermann ZMK* (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 22, 24, explica que las informaciones jurídicas pueden conducir a tensiones adicionales y por ello deberán referirse a ellas en el proceso de avenencia

medirse según los puntos básicos mencionados en el supuesto de su negociación contractual. Las mismas partes podrán juzgar lo que adicionalmente requiere una avenencia, sólo si se observan estos puntos básicos y antes de alcanzar un acuerdo final. Antes de alcanzar un acuerdo final, el notario también deberá informar a las partes sobre las posibilidades de garantía, ya que la avenencia de las partes también deberá referirse a las mismas¹⁵⁰.

Dado que la avenencia no es un fin en sí, sino que estará acompañada de la eficacia, la negociabilidad y la garantía de lo acordado.

162 Sólo una vez superadas estas fases de la mediación con la participación del notario se podrá pasar a la protocolización del acuerdo final por el notario o a la celebración de un acuerdo final quirografario con participación del notario, que puede ser el mismo que ha participado en el proceso de mediación¹⁵¹, pero no es imprescindible. Y en el supuesto de que en la fase de protocolización, a pesar de un informe correspondiente del notario las partes acepten una ordenación cuya eficacia considere el notario dudosa, el notario deberá hacer constar en el documento su informe y las declaraciones emitidas al respecto por las partes (§ 17, párr. 2, aptdo. 2 de la Ley de Escrituración).

163 Aparte de la cuestión mencionada con anterioridad sobre la responsabilidad *jurídica* del resultado que recaerá sobre el notario mediador, hay que considerar la cuestión sobre si el notario como mediador estará obligado a participar en la investigación de los hechos. El Tribunal Superior de Justicia (Hamm)¹⁵² defendió para la mediación por un abogado el siguiente criterio:

"El abogado que actúe como mediador deberá apreciar exclusivamente, con motivo de su obligación de neutralidad, los hechos presentados por ambas partes, pero no *investigará*¹⁵³ como representante unilateral de los intereses aquéllos hechos que aunque posiblemente sean favorables a una de las partes, no hayan sido expresamente comunicados por las partes contratantes. El mediador tampoco estará obligado a

150 Jost (Práctica notarial, Revista sobre práctica notarial) 2000, 276, 281.

151 Rieger/ Mihm, El Notario como Mediador

152 Tribunal Superior de Justicia (Hamm) 20/10/1998 – 28 U 79/97, Tribunal Superior de Justicia 1999, 129

153 Escrito en cursiva por el autor.

averiguar las circunstancias especiales que pudieran constituir un peligro de detrimento inminente para una de las partes".¹⁵⁴

- 164 El derecho profesional notarial impondrá restricciones al notario como mediador. Dado que el ejercicio de una mediación por parte de un notario es oficial (§ 24, párr. 1, aptdo. 1, Orden Notarial Federal), al aceptar el encargo de mediación, tiene el deber oficial de facilitar asesoramiento adecuado y competente¹⁵⁵. En el supuesto de protocolización de un acuerdo final, el notario tiene, según el párrafo 17, párr. 1, aptdo. 1 de la Ley de Escrituración el deber legal de,
- 165 - indagar sobre la voluntad de los intervinientes.
- 166 - depurar la narración de los hechos (no investigarlos).
- 167 Dado que una mediación debe conducir a un resultado, que por norma debe ser el objeto de un acuerdo final que además debe ser protocolizado – al admitir un título ejecutivo según lo dispuesto en el párrafo 794, párr. 1, número 5 del Código Procesal Civil -, se considera propicio adelantar la declaración coercitiva posterior de los hechos. Por ello se considera propicio que el notario no investigue los hechos al comenzar la mediación, pero sí que los depure con las partes. Esto no sólo lo defiende el derecho profesional notarial, sino también el hecho de que sólo así podrá comprender el notario como mediador, el motivo por el cual se ha llegado a una contraposición de intereses entre las partes.
- 168 Asimismo, cuando el ejercicio del notario como mediador es oficial, se recomienda llevar a término un acuerdo de mediación entre las partes y el notario como mediador¹⁵⁶. La relación jurídica entre las partes del acuerdo de mediación es de naturaleza privada. Por el contrario, la relación jurídica entre el notario como mediador y las partes es, dado el

154 Tasas orientativas de JURIS

155 *Ganter WM* (Revista sobre derecho económico y bancario, comunicación de inversiones IV) 2000, 641, 645

156 Para llevar a cabo una comparación con una versión de un acuerdo de mediación sin la regulación de conciliación del Orden Notarial Federal de un abogado mediador, ver *Schmidt ZMK* (Revista sobre gestión de conflictos) 2000, 71

carácter oficial de su ejercicio según lo dispuesto en el párrafo 24, párr. 1, aptdo. 1 del Orden Notarial Federal, de naturaleza pública.¹⁵⁷

2.2.2 Repercusiones de la mediación notarial en la profesión notarial

- 169 Puede tener repercusiones positivas para la profesión notarial el hecho de que el notario se ocupe del tema de la mediación, cuando
- 170 - no restrinja este tema a la mediación como término¹⁵⁸.
- 171 - posicione la mediación ante el público como concepto de marketing¹⁵⁹ para la profesión notarial.
- 172 - prolongue la oferta de ejecución notarial a la mediación como término genérico¹⁶⁰.
- 173 Esto requiere además, intensificar el interés por un reconocimiento estatal del ejercicio como conciliador a los efectos del párrafo 794, párr. 1, n° 1 del Código Procesal Civil (independiente del tema mencionado arriba sobre el párrafo 15a de la Ley Introdutora del Código Procesal Civil¹⁶¹), para así contrarrestar la siguiente impresión que predomina en el público : Solamente la protocolización es competencia de los notarios, y además lo es sólo cuando la Ley así lo dicte. Sin embargo, este prejuicio del público es objetivamente falso –como todos los prejuicios-, pero existe. Por otra parte, es inútil querer describir al público la situación jurídica real, lo cual pueden hacer y de hecho hacen los notarios, ya que no cambiaría en nada dicho prejuicio.
- 174 En lugar de esto, el mencionado prejuicio podría encontrarse con un modo de proceder previamente esbozado en un campo, en el que la frustración invade al público, y así al mismo tiempo aclarar la utilidad del ejercicio notarial también cuando no se trate de una protocolización y la Ley no prescriba una acción notarial. Se pretende contraponer una

157 Análogo al Tribunal Supremo 19/03/1998 – IX ZR 242/97, Revista del Tribunal Supremo 138, 180, 181

158 Ver n° marginal 13 ss

159 Ver n° marginal 11

160 Ver n° marginal 12

161 Ver n° marginal 24 ss

alternativa a la frustración del público frente a la jurisdicción estatal¹⁶², que defienda la utilidad del postulante de justicia y así del mismo como sujeto. De este modo podría quedar claro, en qué ámbitos sería de utilidad la profesión notarial a empresas y particulares.

Una comparación entre la oferta judicial estatal y los temas de la *prevención del conflicto* y la *solución del conflicto* haría más transparente dicha utilidad:

175	Prestaciones estatales	Notarios	Tribunales
	Asesoramiento imparcial como actuación	+	--
	Asistencia imparcial como actuación	+	--
	Asesoramiento/Asistencia imparcial económico/a	+	--
	Contraposición de intereses/Avenencia sin conflicto	+	--
	Contraposición de intereses/Avenencia con conflicto	+	+/-
	Propuesta de conciliación sin competencia decisoria	+	--
	Mediación/Negociación cooperadora	+	--

¹⁶² Se entenderá hasta qué punto la justicia se encuentra alejada de la realidad en su torre de marfil, si se tienen en cuenta las declaraciones de la jueza *Jaeger* del Tribunal Constitucional Federal en el boletín de abogados 2000, 475 : “ Sólo el 2% de los recursos de amparo (de la media más de 4.500 al año) tienen éxito... A pesar del bajo porcentaje de éxito, el Tribunal Constitucional Federal es una institución reconocida y valorada en todos los círculos de la población, desde los especialistas hasta los legos ”. Uno se inclina a permitir la comparación con la lotería, que goza de gran aceptación, a pesar de que las probabilidades de ganar el premio gordo son muy pocas. La realidad parece otra, y el Tribunal Constitucional Federal también participa de esta frustración con su bajo porcentaje de éxito, sobre todo si –como todo práctico sabe- a la hora de tomar decisiones de no aceptación, no actúa según su jurisdicción publicada. Pongamos por ejemplo lotes, que se refieren a todas las decisiones contenidas en la base de datos (estado de la base de datos JURIS: 03/09/2000) y que muestran la realidad jurídica :

Reprensión de la denegación de una audiencia judicial (Derecho Fundamental según el Artículo 103, párr. 1, Ley de Tribunales, 6 párr. 1 Convención Europea de Derechos Humanos): Lote 11.812

Reprensión de parcialidad (Derecho Fundamental de jueces imparciales/legítimos según el artículo 101, párr. 1, aptdo. 2 de la Ley de Tribunales, 6 párr. 1, aptdo. 1 Convención Europea de Derechos Humanos): Lote 3.595

Reprensión de procedimientos injustos o arbitrarios (Derecho Fundamental sobre procedimientos justos según el artículo 3, párr. 1 de la Ley de Tribunales, 6 párr. 1 Convención Europea de Derechos Humanos): Lote 1.904

El público está frustrado en relación con esta realidad vital de los Tribunales Estatales: No existe garantía de imparcialidad, interrupción de la audiencia judicial y diversos quebrantamientos del principio fundamental de un procedimiento justo. No es motivo de orgullo el hecho de poner tan altas las miras de una apreciación jurídica de este sentimiento, que ante el Tribunal Constitucional Federal descubre un porcentaje de éxito muy por debajo del 2% sólo para estos 3 derechos fundamentales.

Superación del conflicto contractual	+	--
Anteposición de un procedimiento conciliatorio	+	+
Estipulación conjunta del juez/Tribunal	+	--
Sin obligaciones de competencia	+	--
Proceso judicial económico	+	--
Tramitación a convenir libremente	+	--
Jueces especializados	+	+/-
Sin obligaciones de admisión para los abogados	+	+/-
Confidencialidad de la negociación judicial	+	--
Corta duración del proceso	+	--
Comparación con reclamaciones jurídicas	+	+
Decisión judicial	+	+
Título ejecutivo	+	+
Configuración imparcial del contrato	+	--
Administración imparcial del contrato	+	--

176 La mediación notarial como concepto de marketing, como término genérico y como término especializado permite por tanto una oferta de prestación de servicios de la profesión notarial en un sentido amplio, que se puede desarrollar como una segunda posibilidad, junto con la protocolización notarial.

177 Además, se situará en primer plano la utilidad para el público, y no como en la actuación¹⁶³ soberana de los Tribunales Estatales. En todos aquéllos casos, en que fuera significativa una asistencia imparcial e independiente en relación con datos jurídicos, la profesión notarial podría posicionarse y, acentuando la independencia e imparcialidad de los notarios, ofrecer un asesoramiento sobre moderación, negociación, conciliación, mediación, configuración del contrato, protocolización y arbitraje. Esto tendría además una serie de repercusiones

- para un mayor entendimiento por parte del público jurídico respecto a la utilidad de las protocolizaciones notariales y
- para una dilatación del coste de los documentos.

163 Wagner ZNotP (Práctica notarial, Revista sobre la práctica notarial) 2000, 214

- 178 (1) La profesión notarial mantendría la posibilidad de aclarar a las partes con más detalle que hasta el día de hoy, la utilidad del notario en relación con el ejercicio de protocolización del mismo, tanto si existe una necesidad jurídica para que se lleve a cabo una protocolización notarial, como si no. Ya que en la profesión notarial es en realidad sabido, que una protocolización notarial no sólo tiene como objeto un contrato que sea eficaz, sino también ponderado, el notario tiene los deberes de aclaración, información, advertencia y prevención para con las partes. El público jurídico desconoce con mucho la utilidad que de aquí se desprende, por lo que únicamente solicita la protocolización notarial cuando la Ley así lo dicta, y no porque reconozca que sea útil aunque la Ley no lo prescriba.
- 179 (2) En el supuesto de que el público jurídico reconozca la utilidad de la protocolización notarial también fuera de suposiciones jurídicas, entonces aumentaría la disposición de hacer uso de la protocolización notarial aun cuando no exista una obligación de protocolización prescrita por la Ley.

2.2.3. Repercusiones de la mediación notarial en otros ámbitos profesionales

- 180 La mediación notarial como término genérico¹⁶⁴ es una alternativa a la jurisdicción estatal, en cuanto que su objetivo consiste en evitar que los procesos judiciales lleguen a los Tribunales Estatales o a Tribunales arbitrales. Por ejemplo, consecuentemente no implica a los abogados, aunque éstos estén motivados hacia un cambio de mentalidad. La mayoría de los abogados se ven a sí mismos como abogados litigantes, gracias a que el público de derecho está francamente motivado a hacer prevalecer su propio derecho en un proceso judicial, en tanto que dispone de seguros de protección jurídica, financieros procesales y exhaustiva información por parte de los medios en relación con los procesos. La última tendencia en las posibilidades de actuación abogadil que se está extendiendo en Alemania es el llamado proceso de demanda colectiva, que está subvencionado por financieros procesales y así el demandante no debe pagar ningún coste. Mientras hasta ahora los agraviados recurrían a un abogado para hacer prevalecer sus propios derechos, en las demandas colectivas iniciadas por abogados se busca a estos “agraviados”.

164 Ver nº marginal 12

- 181 Los procesos ante Tribunales Estatales sin embargo, teniendo en cuenta la incalculabilidad de su desenlace y puesto que cada vez duran más tiempo, económicamente ya no son un objetivo deseable para los interesados ni para sus abogados. En consecuencia, los abogados (serios) proceden cada vez más a intentar evitar el proceso y tratan de buscar una solución extrajudicial, independientemente de que, según dispone el parágrafo 23, párr. 1, aptdo. 1 de la Tarifa General de la Abogacía, el abogado cobra una gratificación mayor por un convenio extrajudicial que cuando se alcanza dicho convenio ante un Tribunal (§ 23, párr. 1, aptdo. 3 de la Tarifa General de la Abogacía). En este sentido, los abogados como representantes *parciales* de los intereses de sus clientes, en la negociación con la otra parte respectiva no siempre consiguen llegar a una avenencia o a un acuerdo sobre las reclamaciones jurídicas, de forma que en dichos casos puede ser de utilidad una institución independiente e *imparcial*. En estos casos los notarios se encuentran disponibles en la proporción descrita hasta ahora, siendo posible que los abogados conserven su función de representantes parciales de sus clientes. Por tanto, en este ámbito de la mediación como término genérico¹⁶⁵, los notarios y los abogados *no* se hacen la competencia.
- 182 Una relación de competencia puede darse solamente en aquéllos casos, en que los abogados no sean representantes parciales de los intereses de sus clientes, sino que actúen de forma imparcial en calidad de negociador, conciliador o mediador, tal como permite el parágrafo 18 del Ordenamiento Profesional de Abogacía. Sin embargo, esta relación de competencia debe relativizarse por los siguientes motivos :
- 183 En los casos en que los abogados actúen de forma imparcial, no podrán hacerlo como representantes parciales de los intereses de los clientes. En consecuencia, los abogados solamente se pondrán a disposición para una actuación imparcial cuando consideren que, fuera del círculo de sus clientes, podrán organizar un campo de negocios adicional pertinente. Sin embargo, ¿quién acudiría a los abogados en casos de actuación imparcial? Otros abogados casi nunca lo harían. Esto ha hecho patente quizás la falta de aceptación del Tribunal Arbitral establecido por el Colegio de Abogados de Frankfurt, que está ocupado por abogados, en tanto en cuanto que éstos no ponen de buena gana a sus propios clientes y encargos en manos de otros abogados. Por lo tanto, en primer lugar los abogados pueden aspirar a participar en casos relacionados con una actuación imparcial, en los que las partes del conflicto cuentan con que van a recibir apoyo sin asistencia

165 Ver nº 12 al margen

abogadil. Y en primer lugar dichos casos serán los contenidos en el párrafo 15a de la Ley Introdutora del Código Procesal Civil.¹⁶⁶ Económicamente, esta sería una competencia que tendrían que soportar los notarios.

- 184 Otra situación de competencia relacionada con la actuación imparcial de los abogados tendría lugar, si se reclamase a los abogados en calidad de negociadores, conciliadores o mediadores por poseer una competencia especial, en los ámbitos (jurídicos) en los que sucede el conflicto. La profesión notarial tendrá que aceptar dicha situación de competencia.
- 185 Sin embargo, en aquéllos casos en que los abogados actuaran imparcialmente como negociadores, conciliadores o mediadores, naturalmente no podrían actuar en nombre ni con plenos poderes de las partes representadas. En consecuencia, según el párrafo 796a, párr. 1 del Código Procesal Civil, no podrían cerrar ningún acuerdo abogadil en su calidad de abogados imparciales. Por tanto, si un acuerdo final de las partes fuera ejecutable, entonces o bien sólo los abogados que representen parcialmente a las partes podrán cerrar en conjunto un acuerdo abogadil declarativo, o bien dicho acuerdo final con título ejecutivo deberá ser protocolizado por un notario (§ 794, párr. 1, n° 5 del Código Procesal Civil).
- 186 La cuestión sería distinta si los abogados actuaran imparcialmente como negociadores, conciliadores o mediadores, en la función de conciliadores reconocida por la Administración Nacional de Justicia según el párrafo 794, párr.1, n° 1 del Código Procesal Civil. Esto ocurriría siempre y cuando lo hubieran solicitado y se les hubiera reconocido tal función de conciliadores. En tal caso, el abogado que actúe imparcialmente podría redactar un acuerdo final quirografario con un título ejecutivo, según el párrafo 794, párr. 1, n° 1 del Código Procesal Civil.
- 187 Mientras la opinión pública tiende a relacionar la imparcialidad con el ejercicio notarial, la representación parcial de intereses se asocia a la actuación abogadil. La abogacía por tanto, deberá por de pronto hacer entender a la opinión pública el hecho, de que los abogados también pueden llevar a cabo una actuación imparcial dado el caso, y explicar cómo se procederá a la delimitación de una representación parcial. Esta influencia en la opinión pública llevará su tiempo, lo cual resultará una ventaja de competencia para la profesión notarial.

¹⁶⁶ Cuantía litigiosa hasta 1.500 marcos alemanes (128.000 pts.) y conflictos de derecho de vecindad

- 188 En tanto en cuanto otros profesionales se hagan cargo de la mediación (por ejemplo pedagogos (sociales), psicólogos, psicoterapeutas, consultores de empresas, profesores, etc¹⁶⁷), éstos podrán actuar en la primera fase de la mediación, siempre que se trate de moderar la negociación para llegar a un acuerdo de intereses. No obstante, la Ley de asesoramiento jurídico no les permite ejercer un asesoramiento jurídico. Por tanto, no pueden participar en un asesoramiento jurídico que aspire a un ajuste jurídico del resultado alcanzado, ni pueden tomar parte en la configuración del acuerdo final. Por tanto, si una mediación precisara de una persona imparcial para llevar a cabo el ajuste jurídico del resultado alcanzado y/o si la configuración de un acuerdo final quirografario o la protocolización de tal acuerdo hicieran necesaria una persona imparcial, no existiría ninguna situación de competencia para el notario, sino que estos profesionales y el notario se podrían complementar en una mediación. Esto también es posible en el sentido contrario, es decir, cuando en la primera fase de la mediación sea necesaria una técnica de negociación o unos conocimientos que distingan a los profesionales arriba mencionados, el notario podrá recomendar que se incluya a dichas personas en la primera fase de la mediación, y él mantendrá su competencia en lo que al asesoramiento jurídico imparcial y a la configuración del contrato/protocolización se refiere.
- 189 Esta cooperación entre el notario mediador y una persona perteneciente a otra profesión debería verse no tanto desde el punto de vista de la competencia, sino más bien como una "cooperación interprofesional"¹⁶⁸. Desde el punto de vista del derecho profesional es inofensiva, siempre y cuando el notario tenga en cuenta sus propias ventajas de derecho profesional y evite convenios de honorarios ilícitos (§ 17 del Orden Notarial Federal).

2.3. Particularidades de la mediación notarial, procesos, medidas prácticas, honorarios, relación con otras actividades notariales

2.3.1. Particularidades de la mediación notarial – procesos

- 190 Dado que la profesión notarial en Alemania comienza ahora a interesarse por el tema de la mediación, todavía no se conoce en profundidad. Por ello, en este momento sólo se podrían describir supuestos, sobre cómo sería una mediación notarial según el derecho profesional notarial.

¹⁶⁷ Pruebas en *Ewig*, Guía de mediación, 2000

¹⁶⁸ *Henssler/Kilian ZMK* (Revista sobre gestión de conflictos) 2000, 55 ; *Wagner ZNotP* (Práctica notarial, Revista sobre práctica notarial) 2000, 214, 222 s

- 191 El ordenamiento de conciliación¹⁶⁹ se aplicará con carácter *voluntario* en un proceso de mediación con un notario como mediador, cuando
- el proceso se instruya por escrito (§ 2, párr. 1 del ordenamiento de conciliación) y
 - todas las partes estén de acuerdo (§ 1, párr. 3, n° 1 del ordenamiento de conciliación).
- 192 El ordenamiento de conciliación o un reglamento de procedimiento similar se aplicará con carácter *obligatorio* en un proceso de mediación con notario cuando
- el proceso se instruya por escrito (§ 2, párr. 1 del ordenamiento de conciliación)
 - el notario mediador actúe en su función de cargo de conciliador reconocido, según dispone el parágrafo 794, párr. 1, n° 1 del Código Procesal Civil y
 - la administración nacional de justicia o el legislador de los Länder haya puesto como condición para el reconocimiento del cargo de conciliador el ordenamiento de conciliación o un reglamento de procedimiento similar.
- 193 En cualquier caso, el objetivo de la mediación notarial consiste en lograr una avenencia de intereses entre las partes. Pero el punto de partida no es necesariamente el conflicto, sino la contraposición de intereses, tanto si ha desembocado en conflicto como si no. En el primer caso se presenta una solución del conflicto y en el último caso se presenta una prevención del conflicto. En el caso de que se dé una contraposición de intereses sin conflicto, con frecuencia se habla de la denominada *mediación por contrato*, mientras que en caso de controversia de intereses con conflicto se emplea el término *mediación por conflicto*.
- 194 *Mediación por contrato*
Las contraposiciones de intereses – sin situación de conflicto – se conducirán hacia una avenencia de intereses mediante un contrato¹⁷⁰.

¹⁶⁹ BNotK (Cámara Notarial Federal), DNotZ 2000, 1 (Revista notarial alemana) 2000, 1

¹⁷⁰ Si las partes solicitan la intervención de un notario como moderador en el marco de una mediación, por norma será con el objetivo de alcanzar una avenencia ante una contraposición de intereses – y no necesariamente un conflicto - ya existente. En este caso, el notario deberá hacer uso de su experiencia, competencia y habilidad para conducir la moderación en el marco de la mediación, de forma que las mismas partes alcancen una solución propia bajo su coordinación.

195 *Mediación por conflicto*

Definición :

“ un proceso voluntario y extrajudicial de tramitación del conflicto, en el que las partes del conflicto toman decisiones comunes que afectan a ambos, con el apoyo de un tercero neutral sin facultad decisoria (del mediador) en su contenido. Estas decisiones abarcan en la medida de lo posible los intereses de los intervinientes, se ajustan a la creación de valor y se basan en el entendimiento de uno mismo, del otro y de su respectiva visión de la realidad ”¹⁷¹.

2.3.1.1. Mediación notarial: Contenidos y derecho profesional

196 (1) *Objetivos de la mediación*

Determinar los objetivos con las partes:

- Crear una situación ventajosa para ambas partes, en la que se les promete asesoramiento jurídico y garantía, o
- Alcanzar una solución de compromiso, o
- Menos (sólo/en cualquier caso resultados intermedios).

197 (2) Fundamento del proceso¹⁷²: Ordenamiento de conciliación.

198 (3) Principios del derecho profesional en la mediación notarial

Independencia (§ 14, párr. 1, aptdo. 2 del Orden Notarial Federal)

Imparcialidad (§ 14, párr. 1, aptdo. 2 del Orden Notarial Federal)

Integridad/juridicidad (§ 14, párr. 1, aptdo. 3 del Orden Notarial Federal)

Confidencialidad (§ 18 del Orden Notarial Federal)

199 (4) Principios generales de la mediación

Voluntad de las partes,

Neutralidad del mediador,

Propia responsabilidad de las partes,

En la mediación por contrato puede plantearse además la cuestión conflictiva, sobre cuál de las partes hará prevalecer "su" contrato o modelo de contrato. El "monopolio de formulación" y el monopolio de administración contractual se pueden trasladar al notario como persona neutral.

¹⁷¹ *Mädler/Mädler* en: Breidenbach/Henssler, *Mediación para juristas*, 1997, páginas 13, 15

¹⁷² Para conocer la estructura base de un proceso de mediación sin mediación notarial ver *Casper/Risse ZIP* (Revista sobre derecho económico e insolvencia) 2000, 437, 438 ss; *Risse ZEV* (Revista sobre derecho sucesorio y sucesión del patrimonio) 1999, 205, 206 ss.

Información a las partes,
Confidencialidad del proceso

200 (5) Particularidades de la mediación notarial: modelo de 3 fases

a) Gestión de la negociación¹⁷³:

Actuación (= Asesoramiento según dispone el parágrafo 24 del Orden Notarial Federal¹⁷⁴) pero sin asesoramiento jurídico. Declaración del estado de cosas.¹⁷⁵

b) Asesoramiento jurídico en relación con el resultado alcanzado por las partes¹⁷⁶.

Las partes y el notario declaran, hasta qué punto en el resultado alcanzado por las partes es necesaria una condición adicional de avenencia, con motivo de datos *jurídicos* (deberes notariales de indicación y prevención = § 24, párr. 1, aptdo. 1 del Orden Notarial Federal, "Asesoramiento")

Responsabilidad del resultado por parte del notario en cuanto a la *negociabilidad jurídica* del *resultado de la avenencia* del notario

c) Configuración del contrato notarial del acuerdo final

Responsabilidad del resultado por parte del notario en cuanto a

c1) La eficacia jurídica de lo acordado ;

c2) La practicabilidad de lo acordado ;

c3) Garantía de lo acordado (responsabilidad ejecutiva) mediante

- un acuerdo quirografario sin título ejecutivo;

- un acuerdo quirografario con título ejecutivo, paralelo al cargo de conciliación del notario (§ 794, párr. 1, n° 1 del Código Procesal Civil);

Documentos notariales con título ejecutivo;

Cuando el notario actúa como conciliador, según el parágrafo 794, párr. 1, n° 1 del ZPO (Código Procesal Civil).

¹⁷³ Las partes desean alcanzar su propio resultado por la vía de la negociación

¹⁷⁴ *Reithmann* en Schippel, Orden Notarial Federal, 7. Edición 2000, § 24, n° marginal 21.

¹⁷⁵ Ver n° 163 – 167 al margen

¹⁷⁶ El notario debe observar que lo que se va a acordar no sólo represente una avenencia justa, sino también que tenga eficacia jurídica según los fundamentos de las leyes y la jurisprudencia vigentes. Además tendrá en cuenta, que lo que se va a acordar deberá ser también negociable. Finalmente, deberá observar que se garantice lo acordado y además que se negocie lo negociable, para lo que es aplicable un título ejecutivo notarial.

Cuando el notario no actúa como conciliador, según el párrafo 794, párr. 1, n° 5 del ZPO (Código Procesal Civil).

Posibilidades adicionales de garantía mediante un acuerdo en caso de disputas posteriores en relación con lo acordado.

Exclusión de la vía jurídica ordinaria y acuerdo de un Tribunal notarial arbitral ad-hoc¹⁷⁷ (Dado el caso con el acuerdo del Tribunal de mediación y arbitraje como instancia de apelación) *o bien*

Exclusión de la vía jurídica ordinaria y acuerdo del Tribunal de mediación y arbitraje como Tribunal de arbitraje institucional.

2.3.1.2. El proceso de la mediación notarial

201 El proceso de mediación notarial sería el siguiente:

202 Fase de preparación

(1) Declaración sobre la función que tendrá el notario como mediador:

- Notario como mediador, o bien

- Notario como mediador en función de conciliador reconocido (por la administración de justicia)¹⁷⁸.

Investigación de todas las partes relevantes y declaración de los objetivos, así como "factibilidad" de una mediación.

Alcanzar un acuerdo de mediación de las partes entre sí y de éstas con el notario como mediador.

203 (2) Fase preambular

a) Introducción, determinación y aclaración del proceso de la mediación por el notario¹⁷⁹ ante las partes.

¹⁷⁷ BNotK (Cámara Notarial Federal), DNotZ 2000, 401 (Revista sobre la notaría alemana).

¹⁷⁸ En Baviera todos los notarios están reconocidos por la Ley como conciliadores. Fuera de Baviera sólo lo están en aquellos casos en que la Administración de justicia del Land correspondiente conceda dicho reconocimiento a petición de un notario en ámbitos jurídicos determinados

¹⁷⁹ Por ejemplo, se debe aclarar con las partes si el notario podrá hablar individualmente con cada parte respectivamente en sesiones separadas, para formarse una idea de los intereses respectivos de las partes, sin que pueda transmitir lo que se le ha informado en dichas sesiones. El notario además

- b) Descripción de las posibilidades, riesgos y objetivos de la mediación.¹⁸⁰
- 204 (3) Fase informativa
- c) Descripción objetiva de las declaraciones de las partes.¹⁸¹
- d) El mediador declara el estado de cosas.
- 205 (4) Fase de intereses
- e) Declaración de los intereses y preferencias de las partes¹⁸².
- f) El notario como mediador esboza posibles soluciones creativas.¹⁸³
- 206 (5) Fase de negociación
- g) Ronda conjunta de negociación entre las partes y el notario como mediador.¹⁸⁴
- h) Según la situación, negociación por separado del notario como mediador con las partes ("shuttle Diplomatie")¹⁸⁵ con los siguientes objetivos :
- Declaración sobre la situación de intereses real respectiva de cada parte;
 - Confección de un informe relativo al estado de cosas y a la situación de los intereses;
 - Confección de una disposición de compromiso de las partes y elaboración de las "bases del acuerdo".¹⁸⁶
-
- deberá informar sobre cuándo y hasta qué punto interviene (en primer lugar el mediador dirigirá la conversación con preguntas, seguidamente dado el caso con advertencias, etc.)
- 180 Orientación de futuro y avenencia contra orientación de pasado y situación de fundamentos de derecho jurídicos. Las partes no deben convencer al mediador, sino a la otra parte respectivamente.
- 181 Éstas pueden, no deben, estar preparadas por escrito. Las partes pueden solicitar que las expongan los abogados que les acompañan. Es recomendable que en primer lugar las mismas partes describan su punto de vista, también con independencia de consideraciones jurídicas.
- 182 También puede ocurrir que el notario como mediador lleve a cabo dicha declaración en reuniones separadas con las partes respectivamente. Es condición indispensable que el notario haya acordado previamente con las partes este modo de proceder, y que además haya aclarado a las partes, que no transmitirá a la otra parte respectiva los conocimientos adquiridos en dichas reuniones sin consentimiento de la parte correspondiente.
- 183 El objetivo de la mediación no es tanto la aclaración de un estado de cosas perteneciente al pasado, sino la cuestión sobre cómo se puede mejorar en el futuro una situación dada de contraposición de intereses (con o sin conflicto). Para ello las partes pueden ahorrarse declarar el estado de cosas, lo cual sería beneficioso para la salvaguardia de sus intereses. En lugar de eso se esbozarán las posibilidades de una solución y sus alternativas para el futuro.
- 184 Sirve para el restablecimiento de la comunicación entre las partes
- 185 Consideración del principio de confidencialidad de estas reuniones individuales
- 186 En este aspecto es necesaria una mejora del entendimiento mutuo, siempre que se pueda expresar también el punto de vista de la otra parte respectivamente

- Prevención de pérdidas y declaración sobre cómo sería una situación ventajosa para ambas partes.¹⁸⁷

i) Ronda de negociación conjunta entre las partes y el notario como mediador.

207 (6) Asesoramiento jurídico

j) Clarificar el resultado de la negociación según datos jurídicos y avenencia al respecto.

208 (7) Fase de avenencia

k) Configuración jurídica de la avenencia (acuerdo final) mediante

- Documento notarial, o bien

- Acuerdo quirografario

209 (8) Fase de garantía¹⁸⁸

l) Garantía de lo acordado mediante título ejecutivo notarial¹⁸⁹

- según el párrafo 794, párr. 1, n° 5 del Código Procesal Civil,¹⁹⁰ o bien

- según el párrafo 794, párr. 1, n° 1 del Código Procesal Civil.¹⁹¹

- Garantía de lo acordado contra nuevas contraposiciones de intereses/conflictos, mediante

- Una cláusula de mediación,¹⁹²

187 En primer lugar es necesario que el mediador aclare que el resultado no puede consistir en una solución de “ todo o nada ”.

188 Responsabilidad de aplicación referente a la ejecutoriedad de lo acordado como responsabilidad de practicabilidad del notario.

189 Esto lo omite *Lörcher DB (El negocio) 1999, 789*, cuando afirma que la garantía de un acuerdo final con un título de ejecución exige acudir a un Tribunal estatal o a un Tribunal arbitral. El hecho de omitir el título de ejecución notarial y por el contrario remitir al demandante a un proceso judicial puede clasificarse como un error abogadil.

190 Para ver los deberes de información del notario según el párrafo 17 de la Ley de Escrituración en el proceso de sumisión ejecutiva ver *Jost ZnotP (Práctica notarial, Revista sobre la práctica notarial) 1999, 276, 282*.

191 Esto solamente en caso de que el notario esté reconocido por el Estado como conciliador para el campo jurídico que atañe a la mediación y de que haya conducido la mediación en su calidad de conciliador

192 Citando una proposición de *Casper/Risse ZIP (Revista sobre derecho económico e insolvencia) 2000, 437, 444*, una cláusula contractual de mediación podría presentar las siguientes características :

Las partes se obligan a zanjar de forma amistosa su disputa en el contexto de una mediación. El proceso de mediación se rige según el ordenamiento de conciliación (*Revista notarial alemana 2000, 1*). Las partes acudirán a las reuniones de mediación o enviarán a un representante apoderado.

- Una cláusula del Tribunal arbitral.

m) En el caso de que no sea posible la avenencia, declarar si se desea llevar la disputa judicial ante un Tribunal estatal o ante un Tribunal arbitral notarial (Tribunal arbitral ad-hoc o Tribunal arbitral institucional [SGH])

2.3.2. Honorarios

210 Siempre y cuando los notarios tomen como base el ordenamiento de conciliación en lo referente a la mediación dirigida con el consentimiento de las partes, rige la remuneración de las partes al notario según el párrafo 9, párr. 1 del ordenamiento de conciliación. Los deberes de pago de las partes en relación con el proceso de mediación está regulado en el párrafo 9, párr. 2 y 3 del Ordenamiento de conciliación.

2.3.3. La mediación notarial en relación con otras funciones notariales

211 Si el notario lleva a cabo una protocolización, debe investigar la voluntad de las partes y declarar el estado de cosas. (§ 17, párr. 1, aptdo. 1 de la Ley de Escrituración). La investigación de la voluntad de las partes y la declaración del estado de cosas son en este caso actividades que ayudan a la preparación.¹⁹³ Así, por norma el notario puede partir de datos reales de las partes, sin tener que llevar a cabo indagaciones personales, a menos que descubra que las partes no entienden o no tienen en cuenta aspectos que influyen en el contrato, que registran un estado de cosas incierto o proceden a una clasificación jurídica injusta.¹⁹⁴

212 El notario también debe informar en la protocolización sobre las repercusiones jurídicas de la misma (§ 17, párr. 1, aptdo. 1 de la Ley de Escrituración).¹⁹⁵ Y deberá también

Para la duración del proceso de mediación es improcedente presentar una demanda, excepto si se solicita con el fin de interrumpir la prescripción. La presentación de la demanda es por lo demás lícita, cuando una de las partes del proceso de mediación declara que no hay avenencia o cuando hayan pasado X semanas desde la entrada de la solicitud de mediación, sin que se haya alcanzado un acuerdo final.

Para ver la cláusula de mediación ver con más detalle *Risse ZEV* (Revista sobre derecho sucesorio y sucesión del patrimonio) 2000, 205, 209.

193 *Ganter WM* (Revista sobre derecho económico y bancario, comunicación de inversiones IV) 2000, 641, 642

194 *Ganter WM* (Revista sobre derecho económico y bancario, comunicación de inversiones IV) 2000, 641, 642; sobre la declaración del estado de cosas, ver n° marginal 163 ss.

195 *Ganter WM* 2000, 641, 643.

informar sobre las consecuencias jurídicas inmediatas del acuerdo,¹⁹⁶ pero no sobre las consecuencias *económicas* del mismo¹⁹⁷.

- 213 Y finalmente, en la protocolización el notario se encargará de interpretar en el documento las declaraciones de las partes de un modo claro e inequívoco (§ 17, párr. 1, aptdo. 1 de la Ley de Escrituración). Asimismo, evitará la existencia de errores y dudas, o que las partes inexpertas o torpes se vean perjudicadas (§ 17, párr. 1, aptdo. 1 de la Ley de Escrituración). El notario también debe asegurar la redacción de un documento eficaz. Si el notario dudara de la eficacia de un acuerdo, deberá informar de ello a las partes, y si dicha duda perdurase en la protocolización del acuerdo, se ocupará de que su aviso conste en el documento (§ 17, párr. 2 de la Ley de Escrituración).
- 214 El notario también debe observar estos principios, si en el marco de una mediación protocoliza un acuerdo final.
- 215 Como ya se ha descrito, la dirección de una mediación por un notario es un cargo según el parágrafo 24, párr. 1, aptdo. 1 del Orden Notarial Federal, pero no es una parte estable del proceso de protocolización, ni tampoco lo es cuando la mediación se cierra con un acuerdo final protocolizado. Al notario como mediador le corresponden por tanto los ya mencionados deberes autónomos de asistencia y asesoramiento, según el parágrafo 24, párr. 1, aptdo. 1 del Orden Notarial Federal. En lo referente a la mediación que precede al acuerdo final protocolizado por un notario, no se trata en consecuencia de actividades que ayuden a la preparación de la protocolización de dicho acuerdo. Por tanto, los deberes de asistencia y asesoramiento del notario como mediador durante el proceso de mediación no están contemplados en el parágrafo 17, párrafos 1 y 2 de la Ley de Escrituración.

3. El arbitraje y otras funciones notariales preventivas en relación con disputas judiciales.

3.1. La legislación nacional y la jurisdicción (jurisprudencia) en el ámbito del arbitraje.

- 216 El derecho del procedimiento arbitral está regulado en el parágrafo 1025 ss del Código Procesal Civil. Nace en sustancia del derecho mercantil internacional (UNCITRAL)

¹⁹⁶ *Ganter* WM 2000, 641, 644.

¹⁹⁷ *Ganter* DNotZ (Revista sobre notaría alemana) 1998, 851, 856 ; *Ganter* WM 2000, 641, 645

elaborado por la comisión de las Naciones Unidas, y de la Ley UNCITRAL que la Asamblea General recomendó en 1985 a los Estados miembros como modelo de derecho intraestatal para los procesos arbitrales nacionales e internacionales.¹⁹⁸ Entró en vigor el 01/01/1998.

- 217 Según el parágrafo 1062, párr. 1 del Código Procesal Civil, es competencia del Tribunal Superior de Justicia la decisión en cuanto a diversas solicitudes relacionadas con procesos arbitrales. En los casos que se describen a continuación, en contra de las decisiones del Tribunal Superior de Justicia es lícito llevar las reclamaciones jurídicas ante el Tribunal Supremo,¹⁹⁹ si en el caso de una sentencia final de un Tribunal estatal se interpusiera una revisión (§ 1065, párr. 1, aptdo. 1 del Código Procesal Civil):²⁰⁰
- 218 - cuando el Tribunal Superior de Justicia constata la admisibilidad o inadmisibilidad de un proceso arbitral o la decisión de un Tribunal arbitral, en la que éste aprueba su competencia en una contestación provisional (§ 1062, párr. 1, n° 2 del Código Procesal Civil) ;
- 219 - cuando el Tribunal Superior de Justicia decide sobre la anulación o la declaración de ejecutabilidad del arbitraje, o que se cancele el auto de ejecución (§ 1062, párr. 1, n° 4 del Código Procesal Civil).²⁰¹
- 220 Queda claro por tanto, que en la jurisdicción estatal el proceso de arbitraje tiene una tramitación modificada según ciertas condiciones.
- 221 En el supuesto de que el proceso de arbitraje tenga lugar en el extranjero, el notario alemán puede asimismo actuar en ese lugar como árbitro/tribunal arbitral, dado que su actuación al respecto no es un cargo, sino una actividad adicional exenta de licencia. En efecto, también en los casos en que el proceso de arbitraje tenga lugar en el extranjero, los tribunales estatales alemanes tendrán competencia para determinadas funciones :²⁰² Si la disputa jurídica comienza ante los tribunales estatales alemanes, éstos deberán tener en cuenta la excepción arbitral (§§ 1035, párr. 2, 1032 del Código Procesal Civil). Se

198 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Código Procesal Civil margen, croquis § 1025, n° 2 al margen ; *Lachmann*, Manual sobre la práctica de arbitraje, n° 64 – 65 ; *Schiffer* JurBüro 2000, 188.

199 *Lachmann*, Manual sobre la práctica del arbitraje, n° 633 al margen ss.

200 Con este fin el Tribunal Supremo 15/07/1999 – III ZB 21/98, BGHZ (Revista del Tribunal Supremo) 142,204

201 *Lachmann*, Manual sobre la práctica notarial, n° 550 al margen ss., 589 ss.

202 *Lachmann*, Manual sobre la práctica arbitral, n° 69/71 al margen.

puede apelar a los tribunales estatales alemanes para que tomen medidas judiciales provisionales (§§ 1025, párr. 2, 1033 del Código Procesal Civil). Y los tribunales estatales alemanes deberán respaldar a instancias al tribunal domiciliado en el extranjero durante la recepción de pruebas o la ejecución de otros actos judiciales para los que no estuviera autorizado el tribunal arbitral (§§ 1025, párr. 2, 1050 del Código Procesal Civil). Si aún no se ha determinado el lugar donde tendrá lugar el proceso arbitral, los tribunales estatales alemanes estarán obligados a llevar a cabo otras acciones²⁰³ de apoyo, siempre y cuando una de las partes tenga su domicilio o lugar de permanencia en Alemania (§ 1025, párr. 3 del Código Procesal Civil). Y finalmente quedan regulados el reconocimiento y la ejecución de arbitrajes en el extranjero. (§§ 1025, párr. 4, 1061 – 1065 del Código Procesal Civil).

- 222 La conexión entre la función de conciliación y el arbitraje ha atraído también el interés de la abogacía. Así, el Colegio de Abogados de Frankfurt/Main se encarga en la actualidad de establecer, en colaboración con la Cámara de Industria y de Comercio de Frankfurt/Main, un órgano común de conciliación y arbitraje. En Stuttgart ya ha ocurrido algo parecido.²⁰⁴ Además, el Colegio de Abogados de Frankfurt/Main posee ya desde 1995 el denominado “Tribunal de Arbitraje Permanente”,²⁰⁵ que como tribunal arbitral institucional es comparable al ya mencionado “Tribunal de mediación y arbitraje” de la entidad notarial alemana.

3.2. El arbitraje y la profesión de los notarios²⁰⁶

- 223 Una vez que la Cámara Notarial Federal ha propuesto un ordenamiento de conciliación para el ejercicio extrajudicial notarial de solución de divergencias,²⁰⁷ ha preservado desde ahora la posibilidad de actuación arbitral de los notarios. Según el párrafo 8,

203 § 1034 : Composición del tribunal arbitral.
§ 1035 : Solicitud del juez árbitro.
§ 1037 : Procedimiento de desestimación.
§ 1038 : Incapacidad o imposibilidad de realización de la misión.

204 *Kopp ZMK* (Revista sobre gestión de conflictos) 2000, 87, 88.

205 *Kopp ZMK* (Revista sobre gestión de conflictos) 2000, 87.

206 Lo que sigue reproduce en extracto la publicación del autor en *Wagner DNotZ* (Revista notarial alemana) 2000, 421.

207 *DNotZ* (Revista notarial alemana) 2000, 1 ; y también *Wagner ZNotP* (Práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 18, 22 s.

párr. 4 del Orden Notarial Federal, el notario tiene permitido actuar como juez árbitro.²⁰⁸ Esto ha obligado a la profesión notarial, a ocuparse de este tema de dos modos diferentes :

- 224 La Cámara Notarial Federal (BNotK), en su asamblea general del 28/04/2000 ha firmado un convenio de arbitraje²⁰⁹ con acuerdo de procedimiento y de costes, que haría posible que el notario actuara como tribunal arbitral unipersonal o como miembro de un tribunal arbitral compuesto por tres miembros.²¹⁰
- 225 Por ejemplo, en los documentos los notarios pueden prever, mediante cláusulas de arbitraje²¹¹ protocolizadas en los mismos o el mencionado acuerdo arbitral, la actuación de un denominado tribunal arbitral ad-hoc, cuando las partes al comienzo del proceso arbitral, en la formación del tribunal arbitral y en la dirección del proceso arbitral no deseen la participación de una organización arbitral.²¹² El convenio arbitral con el acuerdo de procedimiento y costes propuesto por la Cámara Notarial Federal debería ahorrar a las partes el tener que organizar personalmente el proceso arbitral.
- 226 En un momento en que la jurisdicción estatal defiende la existencia del juez unipersonal, el juez arbitral unipersonal será un caso ordinario con el paso del tiempo.
- 227 La entidad notarial alemana como unión de todas las asociaciones notariales en exclusiva, ha fundado en su sociedad de servicios DNotV GmbH (entidad notarial alemana S.R.L.) un tribunal de mediación y arbitraje, que sólo está abierto para notarios y notarios abogados.²¹³

208 Para conocer la función de arbitraje como una prestación de servicio ver *Wagner ZNotP* (Práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 214, 220.

209 *Trittmann, ZGR* (Revista sobre el derecho de sociedades) 1999, 340, 345 : El acuerdo de un tribunal de arbitraje en un contrato nombra al legislador en §1029 del Código Procesal Civil “ convenio de arbitraje ”. “ Este es el término genérico de "compromiso arbitral", con el que se concerta la competencia de un tribunal de arbitraje en un acuerdo independiente, al igual que en una "cláusula de arbitraje", que presupone un compromiso correspondiente en un convenio dependiente”.

210 *BnotK* (Cámara Notarial Federal) *DNotZ* (Revista notarial alemana) 2000, 401 ; ver también *BnotK DNotZ* 2000, 81, 82.

211 Se encontrará un ejemplo de *Wagner* en : leer *Heymann/Wagner/Rösler, MaBV* (Reglamento de corredores y promotores) para notarios e institutos de crédito, 2000, apéndice, D.I. 1º § 13.

212 *Raeschke-Kessler/Berger*, Derecho y práctica del proceso arbitral, 3ª Edición 1999, nº 61 al margen ; *Trittmann ZGR* (Revista sobre el derecho de sociedades) 1999, 340, 359 ss.

213 Anexo 1/200 de *ZNotP* (Práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) : *Eylmann*, “ Ein muttiger Schritt ! ” (“ ¡Un valiente paso! ”) pág. 1 ; *Wolfsteiner*, El tribunal de mediación y arbitraje de los notarios alemanes (SGH), pág. 2 ; Estatuto, pág. 6 ; Reglamento de precios, pág. 10 ;

- 228 El tribunal de mediación y arbitraje es una organización institucional de mediación y arbitraje²¹⁴, que ahorra a las partes la organización de un gremio de mediación y arbitraje y la organización de la dirección de este proceso.
- 229 Mientras que un tribunal arbitral ad-hoc podría ser apropiado si las partes dispuestas a cooperar dieran importancia al acercamiento como objetivo de una disputa eventual con un juez arbitral determinado, un tribunal arbitral institucional sería recomendable, si las partes no han conseguido (por ejemplo, porque pertenecen a círculos jurídicos diferentes²¹⁵) o no desean dicho acercamiento. A esto hay que añadir el hecho, de que las distintas ofertas tienen en cuenta las diferentes situaciones eventuales que pueden surgir, cuando los notarios (abogados) quieren hacer uso de las posibilidades del ejercicio arbitral notarial, con independencia de la oferta de la entidad notarial alemana. Las dos ofertas de arbitraje notarial esbozadas anteriormente no están en situación de competencia recíproca, sino que se presentan como alternativas que deben tener en cuenta diferentes datos y ambas – cada una en sí – representan una alternativa digna de consideración para la jurisdicción estatal. A esto hay que añadir el hecho de que las partes – cuando así lo deseen – pueden disponer por ejemplo, si convienen sobre un fundamento voluntario, del tribunal de mediación y arbitraje como instancia de apelación para el tribunal arbitral unipersonal notarial según la propuesta de la Cámara Notarial Federal, tanto si se trata de demandas arbitrales como de procedimientos arbitrales en procesos de reconvencción ejecutiva.

3.2.1. El notario en calidad de juez árbitro

- 230 El notario en calidad de tribunal arbitral o de juez árbitro no lleva a cabo un cargo.²¹⁶ Pero como es sabido, el ejercicio del arbitraje no es exclusivo de los notarios. Contra una clasificación del ejercicio del arbitraje exclusivo para los notarios como responsables del

Wegmann, La idea de conciliación en el estatuto del tribunal de mediación y arbitraje, pág. 11 ; DNotZ (Revista notarial alemana) 2000, 81.

214 *Raeschke-Kessler/Berger*, Derecho y práctica del proceso arbitral, 3ª edición 1999, nº 70 al margen.

215 *Raeschke-Kessler/Berger*, Derecho y práctica del proceso arbitral, 3ª Edición 1999, nº 74 al margen ; *Trittmann ZGR* (Revista sobre el derecho de sociedades) 1999, 340, 359 ss.

216 *Baumann* en : *Eylmann/Vaasen*, Orden Notarial Federal y Ley de Escrituración, § 8, Orden Notarial Federal, nº 23 al margen; *Reithmann* en : *Schippel*, Orden Notarial Federal, 7ª edición 2000, § 24, nº 21 al margen ; *Wagner ZNotP* (revista sobre la práctica notarial) 2000, 18, 21 columna derecha ; para conocer la actuación arbitral notarial como una prestación de servicios ver *Wagner ZNotP* (revista sobre la práctica notarial) 2000, 214. *Wagner* en *ZNotP* (revista sobre la práctica notarial) 2000, 18, 20 s., añade que esto también se podría entender de otro modo.

cargo y la clasificación realizada por los notarios del ejercicio arbitral notarial, se habla de una comparación internacional donde el arbitraje internacional – y ahora también nacional – no estará coordinado por una profesión exclusiva ni estará clasificado por la soberanía. Una determinación de este tipo, considerando el aspecto de la libertad de residencia, pondría en duda la actuación de los notarios alemanes en calidad de jueces árbitros en el extranjero. Aunque no hay una opinión oficial al respecto por parte de la Cámara Notarial Federal, la comisión para la solución extrajudicial de los litigios de la Cámara Notarial Federal se ha puesto de acuerdo para no clasificar como cargo la actuación arbitral de los notarios, en contraste con la actuación²¹⁷ 217) en la solución extrajudicial de litigios.²¹⁸ Para la actuación arbitral de los notarios esto significa que:

- 231- La protección notarial de seguro incluye también esta actuación.²¹⁹
- 232- Según el párrafo 19 del Orden Notarial Federal no hay responsabilidad oficial sino responsabilidad contractual,²²⁰ por lo que el notario que lleve a cabo una actividad de arbitraje puede limitar su responsabilidad contractual.
- 233 Las remuneraciones arbitrales se fijan cuando no se admite un cargo, no según el ordenamiento de costes,²²¹ de forma que el notario puede acordar libremente su gratificación.
- 234 El notario está sujeto al poder jerárquico en relación con una actuación arbitral, sólo mientras deba ajustar su conducta fuera de su cargo al criterio del párrafo 14, párr. 3 del Orden Notarial Federal.
- 235 Una actuación arbitral tiene lugar por orden o por un contrato entre varias personas, de forma que según el párrafo 3, párr. 1, n° 1 de la Ley de Escrituración, el notario no esté sujeto a una prohibición de participación en lo que a una protocolización asociada se refiere.²²² Dado que podría ser dudoso que según el párrafo 3 de la Ley de

217 Este es un acto oficial : *Reithmann* en : *Schippel*, BNotO, 7ª edición 2000, § 24, n° 21 al margen.

218 En este sentido *Wagner* ZNotP (revista sobre la práctica notarial) 2000, 18, 21, columna derecha.

219 Nuevas condiciones generales del seguro. DNotZ (revista notarial alemana) 1995, 721, 733 ; como autor *Reithmann* en : *Schippel*, Orden Notarial Federal, 7ª edición 2000, § 24, n° 21 al margen.

220 *Reithmann* en : *Schippel*, Orden Notarial Federal, 7ª edición 2000, § 24, n° 21 al margen.

221 *Reithmann* en : *Schippel*, Orden Notarial Federal, 7ª edición 2000, § 24, n° 21 al margen

222 *Wagner* ZNotP (Práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 18, 21.

Escrituración, fuese aplicable a actuaciones imparciales (§ 3, párr. 1, aptdo. 1, n° 7 de la última oración de la Ley de Escrituración).

3.2.2. El uso de la actuación arbitral notarial – Ejemplos

- 236 Los tribunales arbitrales son oportunos en aquéllos casos en que sea necesaria una competencia especial.²²³ Requieren un convenio de arbitraje, según el cual quede expresamente excluida la vía judicial ordinaria.²²⁴ Además, debe integrarse un contrato arbitral de las partes con el juez o jueces árbitros,²²⁵ en tanto que aún no lo esté en el convenio de arbitraje.
- 237 Se pueden presentar varios ejemplos de arbitraje notarial :

3.2.2.1. Arbitraje económico

- 238 Schiffer²²⁶ señala las posibilidades relacionadas con la misma. Este es un amplio campo de actividades, del cual se puede ocupar la profesión notarial, con la oferta del arbitraje notarial. Un segmento del mismo es entre otros el derecho urbanístico privado. Sobre la actuación del notario como juez árbitro en la normalización de disputas urbanísticas ya se habló anteriormente.²²⁷

3.2.2.2. Derecho de sociedades

- 239 La facultad de arbitraje se da también en disputas de derecho de sociedades. Es válida para entidades y sociedades personales y podría serlo para sociedades de capital :

²²³ *Schütze*, Tribunal arbitral y proceso arbitral, 3ª edición, 1999, n° 9 al margen ; *Schütze/Tscherning/Wais*, Manual sobre el proceso arbitral, 2ª edición, 1990, n° 3 del margen.

²²⁴ Ver § 1 sobre la recomendación de la Cámara Notarial Federal de firmar un convenio de arbitraje con convenio de procedimiento y de remuneración.

²²⁵ *Ahlers* Boletín notarial, 1999, 308, 310.

²²⁶ *Schiffer*, Jurisdicción arbitral económica, 1999 ; más detalles en *Lachmann* Boletín notarial 1999, 241.

²²⁷ *Wagner*, Libro-homenaje s. Vygen, 1999, pág. 441 = ZNotP (Práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 1999, 22 ; *Wagner*, Asesor de empresas 1997, 58 s. ; Para profundizar en la actuación de los tribunales arbitrales en temas urbanísticos, ver también *Mandelkow*, Oportunidades y problemas del proceso arbitral en temas urbanísticos, 1995. Para profundizar en la solución extrajudicial de litigios urbanísticos por el tribunal arbitral urbanístico de Munich, ver *Frikell* ZMK (Revista sobre gestión de conflictos) 2000, 158.

- 240 Así, el II Senado del Tribunal Supremo ha juzgado en su decisión del 29/03/1996²²⁸ según el derecho de arbitraje tradicional, que los párrafos 248 y 249, párr. 1, aptdo. 1 respectivamente de la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, no son aplicables a las sociedades de capital²²⁹ en las decisiones de los tribunales arbitrales privados.²³⁰ En su día se trataba de una impugnación del acuerdo en una pequeña sociedad de responsabilidad limitada. El Tribunal Supremo²³¹ negó la facultad de arbitraje en sustancia con la argumentación consecutiva. Sin embargo, si se comparan en esta jurisprudencia del Tribunal Supremo las “ofertas” del arbitraje notarial según el convenio de arbitraje propuesto por la Cámara Notarial Federal con la oferta del Tribunal arbitral, llamará la atención lo siguiente :
- 241 Una decisión sobre disputas por falta de acuerdo rige también contra todos los socios y órganos sociales, aunque no hubieran participado en el proceso. Mediante la *concentración* ante una audiencia provincial (§ 246, párr. 2, aptdo. 3 de la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas), se evitarán decisiones contradictorias.²³²
- 242 Sin embargo, esto también se asegura cuando en el contrato social se nombra un determinado notario nominal como juez árbitro²³³ o la institución del tribunal arbitral.

228 Tribunal Supremo 29/03/1996 – II ZR 124/95, BGHZ (Revista del tribunal Supremo) 132, 278 ; también *Lüke/Blenske ZGR* (Revista sobre derecho de sociedades) 1998, 253 m. w. N.

229 Para profundizar en la facultad arbitral en disputas por falta de acuerdo en la forma jurídica de la sociedad. BGH (Tribunal Supremo) 28/05/1979 – III ZR 18/77, NJW (nueva revista jurídica semanal) 1979, 2567 ; *Trittmann ZGR* (Revista sobre derecho de sociedades) 1999, 340, 350.

230 Por tanto *Casper/Risse ZIP* 2000, 437 proponen incluir cláusulas de mediación que consideren inofensivas en los estatutos notariales.

231 Tribunal Supremo 29/03/1996 – II ZR 124/95, BGHZ (Revista del tribunal Supremo) 132, 278.

232 Tribunal Supremo 29/03/1996 – II ZR 124/95, BGHZ (Revista del tribunal Supremo) 132, 278, 285.

233 Según el párrafo 7, n° 1 de la Ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, *Eylmann* defiende en : *Eylmann/Vaasen*, Orden Notarial Federal y Ley de Escrituración 2000, § 7 de la Ley de Escrituración, n° 8 al margen, la concepción del autonombramiento del notario en "su" acta como juez árbitro, por la cual dicho autonombramiento será ilegítimo dado que conlleva una "ventaja jurídica" para el notario. *Staudinger/Reimann*, BGB (Código Civil), Libro 5º, 1996, § 2198, n° 3 al margen, ha defendido el término empleado en el § 2198, párr. 1, aptdo. 1 del Código Civil de "tercero", esta persona no podría ser el mismo notario fedatario ; por tanto, en tal caso no debería existir una heteronomía de derecho del notario fedatario. (*Stockebrand* habla en términos similares en : *Bengel/Reimann*, Manual de ejecución testamentaria, 2ª edición, 1998, capítulo 11, n° 36 al margen). Esta particularidad representada en el párrafo 2198, párr. 1, aptdo. 1 del Código Civil está relacionada con el término de "tercero" que aparece en dicho párrafo, pero no es susceptible de generalización, por tanto el notario no podría ejercer con vistas a un convenio arbitral un derecho de denominación por cuenta ajena en favor de otro notario como juez arbitral. Para dicha generalización es necesario cada fundamento legal.

- 243 El reglamento de los párr. 248 y 249, párr. 1, aptdo. 1 respectivamente de la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, se basa en la confianza del legislador, en que la decisión se tomará “ por el juez estatal independiente e imparcial de las partes en un proceso estrictamente formal y exclusivamente desde el punto de vista de una legalidad objetiva del acuerdo litigioso²³⁴”.
- 244 Esto sin embargo también se asegura en el Tribunal arbitral notarial, tanto en el Tribunal arbitral notarial unipersonal como en el tribunal arbitral notarial colegiado, como por ejemplo del Tribunal de mediación y arbitraje. De hecho, no se puede recurrir directamente a los deberes oficiales de independencia e imparcialidad del notario (§ 14, párr. 1, aptdo. 2 del Orden Notarial Federal), dado que la actuación arbitral no es un cargo, pero “ debe mostrarse digno... (también) con independencia de su función, mediante una conducta de respeto y confianza... debe evitar sobre todo la apariencia de dependencia o de parcialidad ” (§ 14, párr. 3 del Orden Notarial Federal). El argumento de que un juez árbitro nombrado y remunerado por una de las partes pudiera sentirse, en contraposición con un juez independiente, obligado para con la parte que le ha nombrado²³⁵ no es aceptable en el Tribunal arbitral notarial por dos motivos : En primer lugar por el ya mencionado deber de imparcialidad del notario también fuera de su cargo, y en segundo lugar porque el juez arbitral unipersonal - a diferencia de un tribunal privado compuesto de tres miembros – no es nombrado por una parte, sino que o bien ya está nombrado en el estatuto, o bien lo hacen las partes litigantes en común, o el presidente de una cámara notarial (de una corporación del derecho público).²³⁶ También en cuanto a los miembros de un tribunal arbitral colegiado del tribunal de mediación y arbitraje, las partes previamente pueden renunciar a un juez arbitral unipersonal en su cláusula de arbitraje, haciendo uso del derecho de nombramiento respectivamente. Por tanto, las partes de un tribunal arbitral notarial no deben someterse a una decisión de un tribunal arbitral, cuya composición se debe a la voluntad de una sola parte de las personas afectadas.²³⁷ En este sentido se da una situación diferente a la de un tribunal arbitral privado con derecho de las partes de nombrar al tribunal arbitral. Al respecto *Lüke/Blenske* afirman, que sería inimaginable la existencia de un juez árbitro neutral

234 Tribunal Supremo 29/03/1996 – II ZR 124/95, BGHZ (Revista del tribunal Supremo) 132, 278, 286.

235 *Lüke/Blenske* ZGR (revista sobre derecho de sociedades) 1998, 253, 268.

236 También *Trittmann* tiene una opinión similar en ZGR (revista sobre derecho de sociedades) 1999, 340, 353 y 354.

237 *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 268.

propriadamente dicho, nombrado por las partes.²³⁸ Sin embargo, *Lüke/Blenske* no tuvieron presentes en su declaración las concepciones del tribunal arbitral notarial aquí presentado a propuesta de la Cámara Notarial Federal o de la asociación notarial alemana.

- 245 Sin embargo, en cuanto a la mencionada decisión del Tribunal Supremo, *Lüke/Blenske* afirman que no sería arriesgado considerar que en un proceso de arbitraje, si en virtud de una conformidad universal entre los socios y la sociedad también se podría llegar a un acuerdo sobre la composición del tribunal arbitral,²³⁹ entonces se tendrá en cuenta el derecho de nombramiento del tribunal arbitral notarial no unilateral de *una* parte. *Trittmann* también estima que sería lícita una facultad de arbitraje en disputas por falta de acuerdo entre sociedades de capital, cuando se diera una ocupación neutral del tribunal arbitral.²⁴⁰
- 246 El arbitraje de un tribunal arbitral privado tiene la eficacia de una sentencia firme sólo entre las partes (§ 140 del Código Procesal Civil a. F. = § 1055 del Código Procesal Civil n. F.), lo cual no se ha modificado tampoco en la Ley de reorganización del procedimiento arbitral.²⁴¹
- 247 En primer lugar, el mismo Tribunal Supremo señala que el legislador de la Ley de reorganización del procedimiento arbitral ha querido ceder la ampliación con efectos jurídicos de arbitrajes privados a terceros de la jurisprudencia no participantes en el proceso.²⁴² Además, la jurisprudencia aún no se ha decidido en cuanto a la Ley de reorganización del procedimiento arbitral. Hay que añadir que el Tribunal Supremo ha negado la facultad de arbitraje en disputas por falta de acuerdo a un tribunal arbitral privado de tres miembros, en el que cada parte tenía el derecho de nombramiento de un juez árbitro propio. Se ha referido a problemas en la elección del juez árbitro para el proceso venidero y el principio que de ahí derive de no-discriminación en la constitución del tribunal arbitral.²⁴³ Este problema no se presenta en un tribunal arbitral notarial

238 *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 279.

239 *Lüke/Blenske* ZGR 1998, 253, 299.

240 *Trittmann* ZGR 1999, 340, 349.

241 Tribunal Supremo 29/03/1996 – II ZR 124/95, BGHZ (Revista del Tribunal Supremo) 132, 278, 286.

242 Tribunal Supremo 29/03/1996 – II ZR 124/95, BGHZ (Revista del Tribunal Supremo) 132, 278, 286.

243 Tribunal Supremo 29/03/1996 – II ZR 124/95, BGHZ (Revista del Tribunal Supremo) 132, 278, 287.

unilateral, si la persona que será juez árbitro notarial ya está nombrada en el estatuto. Este problema tampoco surge en un tribunal arbitral del tribunal de mediación y arbitraje compuesto de tres notarios, si una sala de justicia del Tribunal de mediación y arbitraje desempeña la facultad de arbitraje,²⁴⁴ sin que se salvaguarde el derecho de las partes de nombrar un juez árbitro único²⁴⁵.

- 248 En el tribunal arbitral notarial de la Cámara Notarial Federal aquí presentado – de un modo similar es válido para la facultad de arbitraje de una sala de justicia del Tribunal Supremo con la exclusión de la posibilidad del socio de nombrar un juez árbitro – es intransferible la decisión del tribunal de mediación y arbitraje²⁴⁶, que niega la facultad de arbitraje en disputas por falta de acuerdo.

3.2.2.3. Derecho sucesorio y de familia

- 249 Si se hubiera concertado un tribunal arbitral para disputas en vida, en caso de muerte su efecto se transmite a los herederos del difunto.²⁴⁷ Pero también independientemente de ello los afectados pueden convenir voluntariamente en común, que un tribunal arbitral decida sobre disputas de derecho sucesorio – tanto si ha tenido lugar una solución extrajudicial precedente de la disputa como si no. En consecuencia, éste puede ser también un tribunal arbitral notarial.
- 250 También podrían llevarse a cabo las cargas matrimoniales jurídico-familiares²⁴⁸ o un acuerdo sobre derechos²⁴⁹ patrimoniales o económico-matrimoniales, por ejemplo como objeto de un acuerdo arbitral y de un tribunal arbitral, y en consecuencia, de un tribunal

244 Este es un caso ordinario en § 7, párr. 2 estatuto del tribunal de mediación y arbitraje.

245 Según § 7, párr. 2, estatuto del tribunal de mediación y arbitraje, esta posibilidad imaginable puede excluirse en el estatuto de una sociedad de capital, si en el mismo se llega a un acuerdo por ejemplo sobre un tribunal arbitral del Tribunal de mediación y arbitraje.

246 Tribunal Supremo 29/03/1996 – II ZR 124/95, BGHZ (Revista del Tribunal Supremo) 132, 278.

247 Tribunal Supremo 28/05/1979 – III ZR 18/77, NJW (nueva revista jurídica semanal) 1979, 2567 ; Wegmann ZMK (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 154.

248 Tribunal Supremo 03/12/1986 – IVb ZR 80/85, NJW (nueva revista jurídica semanal) 1987, 651 ; por ejemplo también consta en el estatuto para BFH 09/05/1996 – III R 224/96, NJW 1997, 542.

249 Tribunal Supremo 03/12/1986 – IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651 ; contra la facultad de arbitraje en disputas sobre compensación de pensiones, Tribunal Supremo 01/06/1988 – IV b ZB 132/85, NJW-RR 1988, 1090.

arbitral notarial. En consecuencia también se pueden llevar a cabo demandas de adaptación ante dicho tribunal arbitral.²⁵⁰

3.2.3. Ventajas del arbitraje notarial en comparación con la jurisdicción estatal

- 251 La discusión sobre la reforma jurídica no es nada alentadora para el público jurídico. El juez único debe convertirse en un caso ordinario, sin que sea perceptible cómo repercutirá en la activación de procesos y en la competencia del juez que decide. La rutina y la competencia objetiva de jueces y tribunales especializados no aparecen en las propuestas para la reforma jurídica. Las diferencias con la jurisdicción estatal se ven claramente cuando se observan las ventajas de la actuación notarial arriba mencionada²⁵¹, que no sólo suponen una alternativa atractiva a la jurisdicción ordinaria, sino que además son inmediatamente negociables, sin tener que esperar otras medidas legislativas, ni mucho menos de la reforma jurídica.
- 252 El arbitraje notarial se adhiere sin fisuras a la prevención y a la solución extrajudicial notarial de las disputas. Los tres componentes (Prevención, solución y decisión de la disputa) son una oferta de prestación de servicio notarial²⁵², en la cual se encuentran oportunamente ligadas la protocolización y la asistencia notarial. El arbitraje notarial es inmediatamente negociable y no depende de discusiones ni resultados de la reforma judicial. Pero no sólo es una alternativa a la jurisdicción estatal, sino que al mismo tiempo supone una contribución a la exención de la práctica judicial.²⁵³

3.3. Otras repercusiones relacionadas con el tema

- 253 A este apartado corresponde la cuestión de la mediación en la presentación externa de la profesión. La Asamblea de Representantes de la Cámara Notarial Federal²⁵⁴ parte de lo siguiente : Es inadmisibles que el notario reciba la denominación de mediador, ya que con

250 Tribunal Supremo 03/12/1986 – IVb ZR 80/85, NJW 1987, 651

251 Página o nº 175 al margen.

252 Wagner ZNnotP (práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 214.

253 Wagner DNotZ (revista notarial alemana) 1998, 34*, 76*.

254 Del 28/04/2000

ello se despertará la impresión errónea de que ejerce dos cargos²⁵⁵ - el de notario y el de mediador -, y el de mediador sin que sea un cargo oficial.

No está libre de dudas²⁵⁶ el hecho de que esta opinión tenga una estabilidad jurídica, sobre todo mientras la evolución jurídica esté encauzada en los límites y el perímetro de la presentación externa permitida al notario²⁵⁷. Por tanto el derecho de la presentación externa según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal²⁵⁸ pertenece al derecho fundamental del ejercicio de una profesión del notario según el artículo 12, párr. 1 de la Ley Fundamental, en el que sólo se puede intervenir mediante ley, en consideración con el principio de proporcionalidad constitucional. “Mediador” es sin embargo tan sólo una denominación que se refiere al ejercicio de la actuación de la mediación²⁵⁹. Cuando la referencia a esta actuación también es admisible desde el punto de vista de la Cámara Notarial Federal, también debería serlo el uso de la denominación de “mediador”. Finalmente, en virtud del fundamento jurídico el notario podrá incluso instruir con eficacia pública sobre tareas, competencias y campos de actuación y, dado que la mediación es un cargo, surge la cuestión sobre el origen del fundamento jurídico que delimite el derecho fundamental del ejercicio de una profesión, para poder referirse a la actividad de mediador con eficacia pública, pero sin poder adoptar la denominación de “mediador”. Tampoco el argumento del supuesto engaño (¿¡dos empleos!?) es concluyente, sin embargo el notario cuando a petición propia la Administración de Justicia Estatal, según el parágrafo 794, párr. 1, n° 1 del Código Procesal Civil le conceda el cargo de conciliador, podrá referirse al mismo, sin que en tal caso se le pueda reprochar engaño.

255 Para ver una discusión comparable, sobre si los notarios podrían adoptar la denominación de “mediador”, ver *Römermann*, ZMK (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 83.

256 *Römermann* acierta al afirmar en ZMK (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 83, que el Consejo General de los Colegios de Abogados y los colegios de abogados individuales no son órganos legislativos sino ejecutivos, y que no tienen competencia para prohibir la adopción de la denominación de “mediador”. Para la Cámara Notarial Federal y las cámaras notariales regionales individuales debe regir exactamente lo mismo. Similar *Ewig* ZMK (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 85.

257 También *Wagner* DNotZ (revista notarial alemana) 1998, 34*, 114* ss. ; *Wagner* ZNotP (práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 214, 224 s.

258 Tribunal Constitucional Federal 22/05/1996 – 1 BvR 744/88, 60/89, 1519/9, Tribunal Constitucional Federal 94, 372, 389 ; *Wagner* DNotZ (revista notarial alemana) 1998, 34*, 119*.

259 También el Tribunal de abogados de Renania del Norte-Westfalia 19/11/1999 – 1 ZU 50/99, ZMK (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 141 ; *Römermann* ZMK (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 83.

- 254 La discusión que en la actualidad tiene lugar en Alemania aún está muy ensombrecida por el hecho de que hasta la decisión del Tribunal Constitucional Federal del 24/07/1997,²⁶⁰ la profesión notarial partió de una prohibición de publicidad, por lo que el Tribunal Constitucional Federal ha creado un derecho de información, aunque ésta tenga eficacia publicitaria. Esta inversión de las circunstancias y de la referencia básica del derecho fundamental se asimilará ahora con lentitud, así como las oportunidades de la profesión notarial aún muy poco conocidas. Ya que de qué sirven todas las reflexiones sobre nuevos campos de actuación imaginables para los notarios, cuando es muy difícil acceder al público jurídico en las relaciones públicas del notario individual, cuando existe la duda de la preferencia ante la consideración de oportunidades.²⁶¹
- 255 Respecto a las indicaciones de que los notarios lleven a cabo una formación para poder ejercer como mediadores y sobre el ejercicio de la mediación en medios de información y publicidad (folletos del despacho, dípticos, homepage) la Cámara Notarial Federal no levantará ninguna duda, pero sí lo hará respecto a aquéllas indicaciones referentes al rótulo del cargo, del nombre, del documento o de las cubiertas del documento.
- 256 Mientras que el notario como mediador de oficio es independiente e imparcial, otras profesiones deben esforzarse primero por crearse unos principios de independencia e imparcialidad. Por tanto es interesante que al redactarlos se proponga tomar como modelo/escala el derecho profesional y de protocolización notarial y aplicar sus normas de forma análoga.²⁶²

IV. Consideraciones adicionales

1. Evolución potencial de la profesión notarial teniendo en cuenta la mediación y otros medios para resolver conflictos

- 257 La opinión pública percibe la figura del notario y su actividad en primer lugar como se detalla a continuación :
- 258 Se recurre a los notarios fundamentalmente cuando las suposiciones *legales* así lo exigen.

²⁶⁰ Tribunal Constitucional Federal 24/07/1997 – 1 BvR 1863/96, DNotZ (revista notarial alemana) 1998, 69.

²⁶¹ En el mismo sentido respecto a los abogados, *Römermann ZMK* (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 83, 84.

²⁶² *Stumpp ZMK* (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 34.

- 259 En primer lugar no se observa la competencia especial del notario individual, sino su independencia y su imparcialidad. Dado que esto es propio de todos los notarios, y su remuneración se deduce y se recauda según la misma base legal, se considera en el fondo que la prestación notarial es intercambiable entre distintas personas. De ahí también la evasiva cada vez más frecuente de efectuar la protocolización notarial en Suiza, ya que es comparable pero más económica.
- 260 Los notarios intentan prevenirlo realizando su servicio con rapidez. Esto refuerza la impresión en la opinión pública de que entonces, cuando se envía un proyecto de contrato más extenso con rapidez, no hay un servicio individual relacionado con dicha gestión, por lo que se considera que los honorarios notariales son demasiado altos.
- 261 Esta sensación cada vez más presente del público jurídico es sin embargo objetivamente falsa, pero existe y conduce continuamente a originar reflexiones, como por ejemplo que se pueden eludir las obligaciones de protocolización para “ahorrar en costes notariales”.
- 262 Así las cosas, para la profesión notarial es forzosamente necesario tomar medidas para que por un lado se observe la competencia individual propia y que el público jurídico reconozca la utilidad de la actividad notarial, con independencia de obligaciones de protocolización prescritas por la ley. Esto podría comenzar del siguiente modo :
- 263 (1) Dado que el público jurídico relaciona al notario con el documento notarial, es necesario conseguir que el objetivo de los documentos notariales tenga una eficacia pública más fuerte y que la profesión aclare la utilidad de la protocolización notarial a través del marketing.²⁶³
- Declaración del estado de cosas y de la voluntad de las partes con una reproducción inequívoca de la voluntad de las partes.
 - Función probatoria del documento.
 - Configuración correspondiente al pedido, oportuna y jurídicamente fiable, de los acuerdos.
 - Configuración del contrato completa, equilibrada y en favor de los intereses.
 - Documento con eficacia para evitar la disputa, con función de garantizar mediante título ejecutivo, para que no tengan que intervenir los tribunales.

²⁶³ Wagner DNotZ (revista notarial alemana) 2000, 13, 16.

- 264 (2) Los notarios deben saber cuáles son las tareas de asistencia que tienen asignadas legalmente y que deben salvaguardar.²⁶⁴ Esto no lo sabe el público jurídico. En este sentido también sería recomendable hacer que la profesión notarial a través del marketing tuviera eficacia pública e informara sobre su utilidad relacionada con la misma.
- 265 (3) Ni los notarios ni el público saben cuáles son las tareas de asesoramiento y asistencia que pueden ofrecer, que no estén prescritas legalmente. A esto hay que añadir el complejo conjunto aquí presentado del asesoramiento notarial y otras actividades para la prevención y solución de disputas. En este contexto sería importante poner de relieve las ventajas de la actividad *notarial* en este campo, para así al mismo tiempo aclarar justamente porqué los notarios están predestinados y cuál es el beneficio que el público jurídico obtiene cuando acepta la oferta de prestación de servicios, precisamente de *notarios*.
- 266 (4) El reparto tradicional de papeles, por el cual el abogado tiene competencia en la disputa y el notario en el documento, supondría por sí solo una ventaja para la profesión notarial, siempre que se pudiera aclarar que el notario independiente e imparcial podría poner a disposición una oferta de asistencia jurídica completa. Por un lado el público jurídico cobraría consciencia de la utilidad propia de funciones legales de protocolización y asistencia que sigan existiendo. Y por otro lado se reconocería la utilidad si voluntariamente se hiciera uso de posibilidades de protocolización y asesoramiento. En este contexto, la profesión notarial podría también ocuparse del tema “conflicto”, si respecto a la utilidad y las posibilidades de la actividad notarial en el asesoramiento notarial se hubiera informado sobre la mediación como término genérico²⁶⁵ (con asesoramiento legal imparcial, con o sin título ejecutivo) y sobre el arbitraje notarial, así como de sus ventajas. La “mediación” como concepto de marketing²⁶⁶ podría servir como introducción.
- 267 (5) Sin embargo, teniendo en cuenta un campo de actividades cada vez más amplio de la profesión notarial, el notario individual debería poder informar con más eficacia pública que hasta ahora sobre las especializaciones (“tener competencia para hacer propaganda”).

264 Ver nota al pie 2.

265 Ver nº marginal 12

266 Ver nº marginal 13 ss.

268 El principio estratégico previamente esbozado tendría como objetivo no sólo ampliar la oferta de la profesión notarial, sino también modificar y reforzar la necesidad de demanda del público jurídico de la prestación (de servicios) notarial mediante la aclaración reforzada y completa de la utilidad. De este modo la profesión notarial podría tener más peso que hasta ahora, en un mercado cada vez más complejo de asesoramiento jurídico y asistencia jurídica. La mediación como concepto de marketing podría motivar dicha orientación. Una estrategia de marketing referente a la mediación debería tener en cuenta los siguientes aspectos²⁶⁷ :

- Definición de un segmento del mercado para la prestación de servicios notarial descrita.
- Formulación de un mensaje para todos los grupos objetivo de este segmento del mercado.
- Preparación y colocación de este mensaje para todos los grupos objetivo.
- Presentación de ejemplos de casos culminados con éxito por la profesión.

2. Utilización y consideración general de la actividad notarial preventiva practicada por notarios, en relación con disputas jurídicas.

269 La realidad jurídica está marcada por el hecho de que las disputas jurídicas se dirimen ante tribunales estatales – en algunos casos también ante tribunales arbitrales. El Estado intenta prevenir la abundancia de disputas jurídicas minimizando o dificultando la protección jurídica :

270 Según el parágrafo 15a de la Ley Introdutora del Código Procesal Civil en relación con las leyes de ejecución de los Länder, las disputas con un coste de hasta 1.500 marcos alemanes (aprox. 127.500 pts.) y las disputas de derecho vecinal deben pasar por una solución obligatoria judicial; se confía en que habrá una acción de filtrado, también dada la molestia que supone un proceso de este tipo.

271 Según el parágrafo 495a del Código Procesal Civil, los jueces civiles pueden organizar el proceso de las disputas con un coste de 1.200 marcos alemanes (aprox. 102.000 pts.) según sus propias consideraciones. No existe una protección jurídica contra sus decisiones.

²⁶⁷ Eyer mediations-report 3/2000, páginas 2, 3.

- 272 En el marco de la reforma jurídica, la disputa jurídica deberá tener lugar en gran parte ante jueces unilaterales, que no necesariamente deben estar especializados en los temas de la disputa.
- 273 El Tribunal Constitucional Federal indica, que los recursos de amparo que se le presenten no logran superar un porcentaje de éxito sustancial por encima del 2%, y no hay recursos de amparo en la mayoría de las resoluciones de no aceptación, ni mucho menos en las escalas que se derivan de las decisiones independientes publicadas.
- 274 Entre todos los aspectos existe sin embargo uno del que no se habla : el origen de las disputas jurídicas. Se ha demostrado que las disputas jurídicas no sólo se pueden resolver, sino también evitar, cuando ya en la contraposición de intereses se aplica una avenencia de intereses. Y en esta prevención de las disputas jurídicas los notarios pueden actuar de forma preventiva en una medida mucho mayor que hasta ahora. Si esto se intensifica, la profesión notarial puede alcanzar una posición de mucho peso en el mercado de la asistencia jurídica. En este sentido, hay que diferenciar entre
- nuevos campos de actuación,
 - la adquisición de nuevos contenidos en estos campos de actuación y
 - el marketing necesario para ello.
- 275 La consideración no debería limitarse a la cuestión sobre cómo se puede evitar que al final las disputas jurídicas lleguen a los tribunales, sino que habría que ocuparse del punto de partida : La contraposición de intereses de las partes, aunque aún no se haya convertido en conflicto. Por tanto la cuestión debería tratar sobre cómo se puede pasar de una contraposición de intereses a una avenencia de intereses, tanto si la contraposición de intereses se ha convertido en conflicto como si no, y sobre la prestación que el notario puede ofrecer en tal caso.
- 276 El asesoramiento notarial imparcial y la mediación por contrato ya pueden ser de ayuda en una contraposición de intereses *sin* conflicto para alcanzar una avenencia de intereses.
- 277 Si la contraposición de intereses ha desembocado en conflicto, entonces es posible llevar a cabo una avenencia de intereses orientada hacia el futuro, que es más que el reconocimiento relacionado con el pasado de fundamentos de derecho con motivo de una comparación. La mediación (como término especializado) de los notarios puede ser aquí de gran ayuda para las partes – tal como se ha demostrado -, ya que el derecho profesional notarial y el derecho de protocolización, en el supuesto de existir un acuerdo

final a protocolizar, dan más garantía a las partes con la ejecutabilidad del acuerdo, que si tan sólo se alcanza una solución que no se sabe cuánto tiempo perdurará.

- 278 Además, los notarios ya están familiarizados con la gestión de contraposiciones de intereses entre las partes, aunque aún deben aprender nuevas técnicas de negociación.
- 279 En las disputas jurídicas ante los tribunales estatales se distingue : Si uno se pregunta cómo evitar que los tribunales estatales dicten sentencia debería reflexionar sobre hasta qué punto los tribunales estatales deben hacer uso de la mediación notarial no en el marco del modelo de cooperación presentado, en especial cuando el notario mediador es un especialista reconocido precisamente en el campo en el que se desarrolla el conflicto. Por lo demás podría interesar a las partes, precisamente en relación con una materia especial, presentar su conflicto a un tribunal arbitral notarial en lugar de hacerlo en los tribunales estatales, con un notario como juez árbitro, que esté especializado en la materia del conflicto.
- 280 Las disputas jurídicas ante los tribunales pueden evitarse también, si previamente las partes hacen uso de una de las posibilidades arriba descritas en relación con la mediación como término genérico.
- 281 La propia profesión notarial tiene en su mano poner en marcha este desarrollo, sin necesidad de una nueva ley o de una enmienda de la ley. Por un lado, esto puede suceder mediante unas relaciones públicas profesionales con el siguiente eslogan :

Evitar el conflicto en lugar de resolverlo.

- 282 Por otro lado se puede lograr la comprensión del público jurídico previendo en los documentos notariales cláusulas de mediación y acuerdos arbitrales o cláusulas de arbitraje reforzados y comunicando a las partes la importancia de los mismos.

3. Otras declaraciones relacionadas con el futuro de la profesión notarial referente a la prevención, la enmienda de la ley y la práctica.

- 283 El EuGH²⁶⁸ regula la actividad de los notarios, que se lleva a cabo bajo responsabilidad jurídica propia, como actividad económica : Esto a pesar del hecho de que los notarios,

²⁶⁸ EuGH 26/03/1987 – C-Rs 235/87, Slg. 1987, 1485, 1489. Añade que el concepto de la prestación de servicios notariales tampoco requiere en Alemania la derivación de la transferencia de tareas públicas, cosa que sino hubiera salvaguardado el mismo Estado, ver *Wagner, ZNotP* (práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 214.

por tener un nombramiento público llevan a cabo trámites oficiales y gracias a las competencias que se le asignan ejercen una potestad pública. Esta prestación notarial también comprende la protocolización notarial.²⁶⁹ La protocolización notarial, el asesoramiento y la asistencia son por tanto subconceptos de esta prestación notarial uniforme. Pero entonces es recomendable para la profesión notarial, que también se vea a sí misma como una prestación de servicios y que obre según tal entendimiento. En consecuencia, el cargo público y la prestación de servicios no son opuestos.²⁷⁰

- 284 También es beneficiosa dicha modificación de la concepción de uno mismo, cuando la profesión notarial no se cuestiona tanto el futuro de su situación en un mercado de asesoramiento jurídico cada vez más incierto, sino más bien cómo puede conquistar más sectores del mismo. En este sentido no es suficiente una focalización repetida del documento notarial por sí sólo. “El documento notarial por sí sólo no es nuestro futuro”.²⁷¹ La asistencia y el asesoramiento notariales voluntarios y no asignados por la ley, a los que además pertenece la mediación como término genérico, deben introducirse, establecerse y darse a conocer de forma activa. Para ello no es necesario realizar enmiendas de la ley, sino una concepción personal modificada de los notarios para aquello que el público relaciona con la prestación de servicios. Los notarios deben ajustarse a estos requisitos y no pueden esperar que el público se ajuste a la concepción personal notarial del notario fundamentalmente protocolizador.
- 285 Sin embargo, esto no significa que la profesión notarial deba desatender el documento, dada que este segmento también se puede ampliar. Así, *Hellge*²⁷² en un artículo digno de lectura defiende – como él lo llama - "el punto de vista optimista, de que el desarrollo europeo puede llevar a una renovación y dinamización de la profesión de los notarios". También enfatiza la utilidad de la profesión notarial, que debe ir acompañada de una fuerte acentuación en la idea de la prestación del servicio, cuando se trate de ocupar el mercado de actuación jurídica. Para ello cuenta también con una intensificación de las posibilidades de asesoramiento jurídico notarial, mediación y actuación arbitral.²⁷³ Así, cuando el notario tope en estos ámbitos con la competencia de abogados, asesores

²⁶⁹ EuGH 26/03/1987 – C-Rs 235/87, Slg. 1987, 1485, 1486.

²⁷⁰ *Wagner* ZNotP (práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 214.

²⁷¹ Ya así *Wagner*, *notar eins'99*, pág. 17.

²⁷² *Hellge* ZNotP (práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 306, 308.

²⁷³ *Hellge* ZNotP (práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 306, 308.

fiscales y censores jurados de cuentas, entre otros, podrá destacar entre ellos, ya que adicionalmente puede ofrecer el documento notarial ejecutable público o privado logrado bajo su control y asesoramiento.²⁷⁴

286 Mientras *Hellge* considera en su artículo que un objetivo estratégico para el futuro de la profesión notarial es reforzar la posición del documento notarial público y del documento privado, ha quedado claro aquí, en qué modo podría posicionarse estratégicamente la prestación notarial en el ámbito de la superación preventiva de contraposiciones de intereses – con o sin conflicto. Este no es un segmento preliminar del documento notarial, más bien dicho documento o documento privado completa esta prestación.

287 En este sentido se ha divulgado la propuesta de ampliar una enmienda de la ley según el párrafo 279, párr. 1, aptdo. 2 del Código Procesal Civil, para que en el transcurso de un proceso judicial ante un tribunal estatal, las partes puedan recurrir a un mediador (notario) para un intento de conciliación.²⁷⁵ *Duve* ²⁷⁶ afirma que esta propuesta es nueva para el círculo jurídico alemán, pero que en los Estados Unidos ya se practica, especialmente en relación con procesos de demanda de masas para lograr una avenencia. Y también hay ya casos en Alemania sin la enmienda de la ley, en los que los jueces durante el transcurso de un proceso consultan a un mediador.²⁷⁷ Por lo tanto se puede considerar que la profesión notarial debería esforzarse por una quasi cooperación interprofesional entre la jurisdicción estatal y la mediación notarial : El punto de partida de la disputa jurídica ante los tribunales estatales es entonces respectivamente la reivindicación de derechos jurídicos, en cambio con motivo de dicha cooperación el punto final no sólo sería una avenencia jurídica, sino un acuerdo final ampliado con intereses ampliados incluidos.

Esto significa, que la mediación notarial como término genérico y el arbitraje notarial no sólo podrían ser una alternativa a la jurisdicción estatal, sino también el objeto de un modelo de cooperación con la jurisdicción estatal.

274 *Hellge* ZNotP (práctica notarial, revista sobre la práctica notarial) 2000, 306, 309.

275 *Wagner* DNotZ (revista notarial alemana) 1998, 34*, 68* f.

276 *Duve*, Mediación y avenencia en el proceso, pág. 1 ss. ; sobre la solución judicial de disputas en los Estados Unidos, *Duve* en : *Gottwald/Stempel/Beckendorff/Linke*, Regulación de conflictos extrajudicial para abogados y notarios, 3.3.3.3.

277 *Kempf/Trossen* ZMK (revista sobre gestión de conflictos) 2000, 166.

Para ello el §§ 278 párr. 4 de la Ley de reforma del proceso civil ofrece una base legal, en la que el legislador hace suya la propuesta divulgada en la Jornada Notarial Alemana de 1998. Así, desde ahora el tribunal estatal “ puede sugerir a las partes una conciliación extrajudicial... en los casos oportunos ”, de forma que al mismo tiempo se den las posibilidades para el modelo de cooperación propuesto anteriormente.

V. Conclusión final en 10 tesis y resultados

- 288 1. La actuación notarial (asesoramiento, asistencia, protocolización, arbitraje) es una prestación de servicios.
- 289 2. La decisión de la disputa en los tribunales estatales puede evitarse, si a voluntad de las partes un notario se encarga de la fase previa. En este caso es necesario conducir la contraposición de intereses (con o sin conflicto) hacia una avenencia de intereses. Esto puede ocurrir a voluntad de las partes
- en una fase previa al juicio,
 - a propuesta adicional del tribunal estatal durante el transcurso del proceso y
 - en la fase de avenencia iniciada en un proceso de arbitraje.

Un tribunal arbitral notarial también es apropiado para evitar decisiones de tribunales estatales.

- 290 3. Los notarios como personas imparciales de oficio, deben asesorar de forma imparcial a personas o empresas con intereses opuestos. Por tanto el § 14, párr. 1, aptdo. 2 y el § 24, párr. 1, aptdo. 1 del Orden Notarial Federal contemplan el asesoramiento imparcial de las partes. El asesoramiento imparcial es oportuno en la fase previa al conflicto, cuando las partes con intereses opuestos admiten que un notario les muestre que la situación jurídica es objetiva o cuáles son sus posibilidades y sus riesgos. Puede realizarse oralmente o por escrito, por ejemplo como dictamen, y puede terminar incluso con una concepción o una conclusión de contrato. En consecuencia, el asesoramiento imparcial es oportuno también para la *prevención* de disputas y para la *solución* extrajudicial e incluso judicial de las mismas.
- 291 4. La mediación puede entenderse como concepto de marketing (para cualquier tipo de solución extrajudicial de contraposición de intereses), como término genérico (para asesoramiento, negociación cooperativa / interposición, conciliación, superación de

la contraposición de intereses con contrato, avenencia, mediación) y como término especializado (para mediación de contrato y mediación de conflicto).

- 292 5. La mediación notarial como término genérico y el arbitraje notarial no sólo pueden ser una alternativa a la jurisdicción estatal, sino también objeto de un modelo de cooperación con la jurisdicción estatal.
- 293 6. En los casos de asesoramiento notarial, negociación cooperativa, conciliación y mediación sirve de base el hecho, de que debe evitarse o solucionarse la disputa ad hoc de forma preventiva y que los mecanismos de solución de disputas no estaban previamente acordados en el contrato. También es posible la prevención – no la solución- de disputas, si las partes ya en sus contratos determinan cómo deben actuar en caso de conflicto pendiente o sobrevenido y quién debe ser la tercera persona imparcial que actúe en calidad de asesor, moderador, mediador o incluso juez árbitro, quién debe decidir cuál será dicha tercera persona, la cantidad que costará el proceso y quién se hará cargo de dichos costes.
- 294 7. La mediación notarial como término genérico no es una parte estable del procedimiento de protocolización notarial, sino un cargo independiente del asesoramiento/asistencia notarial. Esto también es válido entonces, si como parte estable de la mediación notarial como término genérico, el notario debe protocolizar un acuerdo final. Las particularidades de la protocolización notarial (por ejemplo, § 17, párrafos 1 y 2 de la Ley de Escrituración) se refieren entonces solamente a la protocolización del acuerdo final en sí.
- 295 8. La mediación notarial como término genérico y el arbitraje notarial requieren un marketing interno (para los notarios) y externo (para el público jurídico).
- 296 9. El notario puede salvaguardar la mediación notarial como término genérico, pero también puede rechazarla. Puede ejercerla en cualquier parte de Alemania, y no tiene porqué ejercerla en su despacho. No puede ejercerla en el extranjero –por tratarse de un cargo oficial. Debe protocolizar un acuerdo final si así lo desean las partes (§ 15 del Orden Notarial Federal), y no puede rehusar. Debe llevar a cabo la protocolización en su despacho (§ 10 a del Orden Notarial Federal). El notario puede ejercer la actuación arbitral notarial también en el extranjero, puesto que no es oficial.

- 297 10. En la mediación como término genérico, el notario – no ya/sólo en el acuerdo final que haya protocolizado- por realizar un cargo oficial tiene una responsabilidad *jurídica* del resultado para con las partes, de la que no se puede desligar. Para ello cuentan la eficacia jurídica, la negociabilidad y la garantía de lo acordado, y el impedimento de que las partes se vean inconvenientemente perjudicadas.
- 298 La profesión notarial debería aprovechar además, la oportunidad de posicionarse en las discusiones con fuerza pública actuales referentes a la mediación por un lado, y a la poco apreciada reforma jurídica alemana del proceso civil por otro. Por un lado podría destacar el hecho de que el notario, con motivo de su independencia e imparcialidad y de un derecho profesional acreditado, está especialmente preparado para ayudar al público jurídico a lograr una avenencia partiendo de una contraposición de intereses, con o sin conflicto.
- 299 Y por otro lado, podría señalar la utilidad del procedimiento arbitral notarial como alternativa a la jurisdicción estatal. En efecto, esto hace presuponer que la profesión notarial en la actualidad se ocupa intensamente de los contenidos de la mediación notarial (como término genérico) y del arbitraje.