

Peter Bohnenkamp
Bocholter Straße 3
46325 Borken

Abogado y notario

Tel: 02861/907 907

Fax: 02861/907 90 90

Correo electrónico: anwaltsbuero@bohenkamp-borken.de

25 Congreso UINL Madrid 2007

Tema II

La actividad notarial en los medios rurales y urbanos

Informe de país Alemania

Informador: Abogado y Notario Peter Bohnenkamp

* Abogado desde 1969, notario desde 1972 con sede del cargo en Borken
Borken im Münsterland es una ciudad mediana de 40.000 habitantes, centro de una región
marcadamente rural

Índice

A. Introducción: Introducción al tema	3
B. El notariado en Alemania: La prestación territorial y personal de servicios notariales	6
I. Organización del notariado	6
1. El cargo del notario.....	6
2. Situación de profesional liberal del notario.....	7
3. Régimen del notariado	8
4. Designación del notario.....	9
5. Circunscripción oficial del notario.....	10
II. La actividad pública del notario	12
1. Ejercicio personal del cargo	12
2. Independencia e imparcialidad.....	13
3. Integridad del desempeño del cargo	15
4. Actividades y actos no autorizados del notario	16
5. Vínculos profesionales	16
6. La responsabilidad del notario.....	18
7. Los costes del notario.....	18
8. Competencia respecto a otras profesiones relacionadas con el asesoramiento jurídico.....	20
9. Actividad soberana del notario	22
C. Puntos centrales de las actividades públicas notariales en el ámbito de los notariados rurales y urbanos.....	24
I. Introducción a las particularidades locales de la actividad notarial	24
1. La estructura de los puntos centrales de asentamiento y las regiones rurales.....	24
2. Puntos esenciales de la actividad sobre la base de las directrices jurídicas	25
II. Transferencia y carga de bienes inmuebles.....	26
1. El catastro de bienes raíces	26
2. El registro de la propiedad.....	27
3. Tarea del notario en el registro de la propiedad.....	30
4. Derechos de prenda inmobiliaria y derechos de propiedad mueble	31
5. Derechos de uso y explotación en el registro de la propiedad.....	35
6. Extinción de derechos en el registro de la propiedad.....	38
7. Exigencias a la actividad oficial notarial en contratos sobre bienes raíces	39
III. Actividad en asuntos de derecho de familia y sucesorio.....	44
1. Acuerdos de derecho matrimonial y de familia.....	44
2. Regulaciones de derecho sucesorio	45
3. Contratos de transmisión en el transcurso de la sucesión anticipada.....	46
4. Contratos de transmisión de explotaciones agrícolas	50
IV. Ordenaciones de derecho de sociedades	54
1. Constitución de sociedades.....	54
2. Enajenación de participaciones societarias en sociedades de responsabilidad limitada	56
3. Inscripciones en el registro mercantil	57
D. Conclusión, resumen	59

A. Introducción: Introducción al tema

1. Mediante la constitución por todo el país del notariado, el legislador garantiza que los aspectos jurídicos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria que ha transferido al notario puedan ser resueltos para el público que demanda soluciones de derecho de forma próxima, rápida, no burocrática y con unas tasas económicas por parte de un profesional con una capacitación superior a la media. Sin la participación de los notarios, estas tareas deberían ser asumidas por los tribunales estatales, lo que supondría unos costes adicionales considerables para el presupuesto de la justicia de cualquier estado federado. Sin esta estructura estable del notariado no sería posible concentrar la jurisdicción estatal mediante la consolidación de tribunales y reducir la presencia de centros de servicio estatales en áreas rurales. Este desarrollo hacia la limitación de la presencia en todo el país de centros de servicio estatales comenzó con la introducción de medios electrónicos y evoluciona muy rápidamente. El contacto del ciudadano con los centros estatales se efectúa ya ampliamente a través de Internet. El registro, el procesamiento y la presentación de datos a los que puede accederse de forma electrónica ya no se realizan in situ, sino que se concentran en un centro informático. Esto significa para las respectivas instituciones un trabajo de un modo cada vez más especializado y anónimo, y que sus empleados ya no están disponibles para los ciudadanos como interlocutores. Por tanto, como intermediario entre los servicios estatales en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y de los ciudadanos que buscan soluciones jurídicas, la actuación del notario cobra cada vez más importancia. El notario actúa cada vez más en muchos ámbitos como un centro externo de los tribunales de la jurisdicción voluntaria; su ámbito de funciones y su importancia para el funcionamiento de la jurisdicción voluntaria aumentará más a medida que los tribunales y los registros se concentren en unos pocos centros.

La experiencia en la organización de servicios de la administración señala que la subcontratación de tareas de la estructura de las autoridades lleva a una ejecución más ventajosa en costes y más rápida. Una buena prueba de ello son las amplias desregulaciones producidas en los últimos años en todos los países europeos. En Alemania se considera una transferencia de tareas adicional al notario, sobre todo en el ámbito de las sucesiones, también desde el punto de vista de la concentración de las tareas estatales, por un lado, con el mantenimiento simultáneo de la atención a la población en todo el país, por otro lado.

2. El Congreso UINL 2007 en Madrid, con el lema “El notario – una institución mundial” en el tema II, se ocupa por primera vez en profundidad de la actividad profesional del notario en las regiones rurales en comparación con las regiones urbanas. La actividad profesional de un notario en estructuras urbanas se diferencia en muchos ámbitos de la que un notario que ejerce su profesión en un pequeño municipio en una región rural debe cumplir. El tema dirige la atención a la situación profesional, económica y personal particular del notario en las regiones rurales e investiga si existen grandes diferencias con la actividad profesional de los colegas en ciudades más grandes. Del conocimiento de las diferencias podrán surgir a su vez propuestas para el desarrollo continuo de la especificación de la actividad profesional y la adopción de funciones adicionales.
3. Las formas de asentamientos urbanos y rurales tienen sus particularidades específicas y sus distintos ámbitos problemáticos de densidad del asentamiento, de la ordenación del territorio, de la economía local y de la estructura sociológica de la población. De este modo, por ejemplo, las transacciones con bienes inmuebles en las áreas urbanas están más caracterizadas que en las zonas rurales por unos proyectos de construcción espaciosos, y con las configuraciones asociadas a ello del derecho de la propiedad horizontal, así como por asentamientos industriales de gran extensión y los problemas jurídicos asociados de la infraestructura y de las emisiones. El notario que desempeña su actividad en el área rural se ocupa de las particularidades de la economía agrícola, y en la configuración de contratos de compra de bienes inmuebles debe tener en cuenta los derechos de cuota del derecho agrario, las subvenciones estatales o las obligaciones fiscales, así como las particularidades de la ordenanza de haciendas agrícolas vigentes en zonas de Alemania. Estas distintas exigencias caracterizan la actividad profesional de los notarios de las áreas rurales y explican una especificación de la actividad profesional extremadamente distinta que se deduce sólo después de una consideración en mayor profundidad.
4. La investigación a continuación compara, para aspectos esenciales de las actividades notariales en el ámbito del derecho de la propiedad, del derecho de familia y sucesorio, así como del derecho de sociedades, las distintas tareas y actividades del notario en función de dónde ejerce sus funciones.

Los notarios actúan soberanamente, además de mediante la inscripción de escrituras notariales, también en el ámbito de sus otras actividades públicas. Los derechos y obligaciones que resultan de la actividad pública del notario son la base esencial para que pueda cumplir los cometidos que le son asignados por la ley. Su función como

institución de administración de justicia estatal indispensable e independiente y las actividades públicas que de ello se desprenden son sólo comprensibles cuando la prestación territorial y personal de servicios notariales se representa agrupada con relación al tema (en lo sucesivo, parte B), antes de representar las actividades públicas notariales en el ámbito de las notarias rurales y urbanas (en lo sucesivo, parte C).

B. El notariado en Alemania: La prestación territorial y personal de servicios notariales

I. Organización del notariado

1. El cargo del notario

En la República Federal de Alemania el notario se encarga como titular independiente de un cargo público de la escrituración de actos jurídicos y otras tareas en el ámbito de la administración de justicia cautelar (art. 1 del reglamento federal alemán de notarios, abreviadamente: BNotO). Ejerce un cargo personal que está asociado de forma insoluble a su persona y que se extingue con su cese.¹ Por tanto, para la oficina del notario y para su dirección de Internet no se permite la denominación como “notariado”.²

El notario es designado por la administración de justicia del estado federado (art. 12 p. 1 del BNotO)³. Por tanto, los notarios son titulares del cargo del estado federado en el que son designados. No obstante, la validez de su actividad de escrituración no se limita a las fronteras del estado federado correspondiente en el que son designados (art. 11, párr. 3 del BNotO).

El notario conserva un original de las escrituras por él inscritas y crea de ellas ejemplares y copias certificadas para los actos jurídicos. Tras su cese en el cargo, sus escrituras son conservadas normalmente por otro notario, y en menor medida por el tribunal. Las disposiciones testamentarias, siempre que no sean conservadas por el tribunal testamentario, las entrega el notario al tribunal testamentario cuando tenga conocimiento de la defunción del testador y conserva en la recopilación de sus escrituras una copia certificada. La conservación de las escrituras notariales por el notario garantiza que las escrituras originales para los actos jurídicos estén siempre disponibles y que puedan consultarse para fines de información o probatorios.

¹ Art. 47 del BNotO; más información: Frenz en Eylmann/Vaasen, Comentarios sobre el reglamento federal alemán de notarios 2ª edición 2004, art. 1 RN 18 y Bracker en Schippel/Bracker, Comentarios sobre el reglamento federal alemán de notarios 8ª edición 2006, art. 1 RN 9.

² Tribunal Superior Federal en Deutsche Notarzeitschrift (DNotZ) 1984, 246 y 2003, 376, por última vez en NJW 2005, 2693 para un notario abogado. Se permite la denominación “despacho de abogados y notaría” cuando en la cabecera de la correspondencia se indique simultáneamente y de forma inequívoca quién es el notario titular y quiénes son sólo abogados. “Notaría y despacho de abogados” no se permite, Resolución del Tribunal Superior Federal del 20.11.2006, ZNotB 2006, 69

³ Según el art. 84 de la ley fundamental, los estados federados regulan bajo su propia responsabilidad la constitución de notarías y el procedimiento de designación del notario.

2. Situación de profesional liberal del notario

La profesión del notario no es una empresa (art. 1, inciso 3 del BNotO). No ejerce su actividad como un empresario libre y sobre la base de decisiones empresariales libres en competencia, sino que está sujeto a numerosas limitaciones en su ejercicio del cargo que resultan del carácter de su actividad pública.⁴

Pese a que el notario es el titular de un cargo concedido a él por parte del estado y lleva un distintivo oficial según las correspondientes normas jurídicas de los estados federados,⁵ no es un funcionario en el sentido de los respectivos estatutos funcionariales de los estados federados alemanes.⁶ El BNotO no caracteriza al notario como un titular de una profesión libre, sino que reglamenta el ejercicio de su profesión mediante normas de procedimiento público y jurídico que configuran su función de forma comparable a la de un juez. Tiene competencia en todos los ámbitos en los que las leyes prescriben la inscripción de escrituras públicas como requisito para su eficacia (art. 20 del BNotO). Asume, en concurrencia parcial con los tribunales, una serie de funciones originalmente judiciales, que según el entendimiento del derecho de otros ordenamientos jurídicos están reservadas exclusivamente a los tribunales. Entre estas funciones están, p.ej., la competencia amplia para la creación de escrituras ejecutables para la obtención de un título ejecutivo estatal (art. 794, párr. 1, núm. 5 del código alemán de procedimiento civil), la recepción de garantías juradas y la aceptación de juramentos conforme al art. 22 del reglamento federal de notarios, así como su implicación en la determinación de la consecuencia jurídica en caso de defunción (escrituración de repudiaciones de herencias o solicitudes de declaraciones sucesorias, art. 2356 del código civil alemán).⁷

Con relación al carácter de la actividad pública del notario y a las tareas soberanas encomendadas al notario, la profesión del notario sólo puede caracterizarse de forma limitada como “profesión independiente”.⁸ La independencia profesional y personal concedida al notario con la obligación de responder por sus propios actos económicos justifica la caracterización de su actividad profesional como “función con particularidades complementarias de ejercicio liberal de la actividad profesional”.⁹ El peso preponderante

⁴ Más información, a continuación en esta sección B

⁵ Art. 2, inciso 2 del BNotO en comparación con el art. 2, inciso 1 del reglamento para notarios (DONot)

⁶ Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal 17, 371, 379 = DNotZ 1964, 424, 427. Detalles sobre las funciones públicas y sociales del notario Baumann en comunicaciones de la cámara notarial renana 1996 p. 1 y siguientes.

⁷ Para más información: Starke en Beck'sches Notarhandbuch 4ª edición, L I RN 7

⁸ Para más información: Bohrer, Derecho laboral de los notarios 1991 p. 6 y siguiente)

⁹ Según Löwer, el notario en el área de conflicto entre la función pública y la profesión liberal, en MittRhNotK 1998, 310 y siguientes; resalta la función del cargo y pone entre paréntesis las funciones complementarias.

del carácter oficial se apreciará en la actual discusión cuando por el principio de la libertad profesional (art. 12 de la ley fundamental) se atribuyen al notario determinadas concesiones para anunciar su actividad profesional según determinados criterios que son válidos para otras profesiones relacionadas con el asesoramiento jurídico o económico. Al contrario que otros profesionales independientes, el notario no puede determinar cuántas y qué tareas quiere asumir, ya que no puede renunciar a su actividad de escrituración sin causa suficiente (art. 15, párr. 1, inciso 1 del reglamento federal de notarios). Por tanto, también tiene prohibido publicitarse y tramitar encargos fuera de su jurisdicción.¹⁰

Por tanto, existe un trato desfavorable de la función y la actividad del notario en el sistema de nuestro ordenamiento jurídico cuando su actividad profesional se equipara ampliamente con la de otras profesiones relacionadas con el asesoramiento jurídico respecto a la libertad profesional. A los abogados o los asesores fiscales no se les transfiere ninguna función soberana cuyo cumplimiento sea principalmente tarea del estado. Por tanto, el legislador puede conceder también a estas profesiones un margen mayor de actuación para su publicidad y para su actuación profesional, p.ej., mediante vínculos profesionales con otros profesionales sin que se vea mermada con ello la independencia del ejercicio de la profesión. El legislador ha garantizado la observancia de las prescripciones legales para el cumplimiento de las funciones soberanas por parte del notario mediante reglamentaciones y controles estrictos, así como mediante la organización de un derecho laboral que entra necesariamente en conflicto con los márgenes típicos de la denominada “profesión liberal”. Ésta es también una de las justificaciones para la exclusión de la actividad notarial de la competencia reguladora de la Unión Europea a través del art. 45 del Tratado de la Comunidad Europea.¹¹

3. Régimen del notariado

En la mayor parte de Alemania, el notario actúa principalmente como tal (art. 3, párr. 1 del reglamento federal de notarios), en los estados federados de Berlín, Bremen, Hesse, Baja Sajonia, Schleswig-Holstein y en una parte de Renania de Norte-Westfalia se designan abogados como notarios para la duración de su permiso para ejercer (notarios abogados,

¹⁰ Tribunal Superior Federal NJW 2004, 2974; la publicación del número de teléfono de un notario en un listín telefónico que no comprenda en su lugar del cargo no se considera una publicidad contraria a su ejercicio del cargo, Resolución del Tribunal Constitucional Federal en ZNotP 2006, 36

¹¹ La Comisión de la UE ha proseguido el procedimiento de infracción del tratado contra Alemania por la reserva de la nacionalidad y por la no implementación de la directiva de convalidación de títulos para el ámbito del notariado. El procedimiento está pendiente. Desde la perspectiva de la cámara notarial federal, el criterio jurídico de la comisión no está justificado, ya que los notarios alemanes actúan de forma exclusivamente soberana y el art. 45 del Tratado de la Comunidad Europea sigue siendo válido.

art. 3, párr. 2 del reglamento federal de notarios). Una forma especial del notariado son las notarias estatales en Baden-Württemberg; para éstas no es de aplicación el reglamento federal de notarios (art. 114, párr. 1 del reglamento federal de notarios).

Entre los notarios que actúan principalmente como tales y los notarios abogados no existen diferencias jurídico-profesionales básicas¹²; las siguientes declaraciones sobre sus funciones y problemas particulares de su actividad en el cargo son validas para ambas formas de notariado. El legislador ha regulado de forma precisa las particularidades del ejercicio de la profesión como abogado además del cargo de notario para garantizar la independencia y la imparcialidad (p.ej., la prohibición de concurrencia del art. 3, párr. 1 p. 1, núm. 7 de la ley alemana sobre escrituraciones), la publicidad (art. 29, párr. 2 del reglamento federal de notarios), el acceso al notariado (art. 6, párr. 2 del reglamento federal de notarios) y la extinción del cargo de notario (art. 47, núm. 3, art. 50, párr. 1, núm. 5 del reglamento federal de notarios). Estos distintos regímenes del notariado no han sido infringidos por la nueva estructuración de la división de funciones entre el estado y los estados federados en Alemania en la realización de una reforma estructural en el año 2006, y se han consolidado de forma duradera en virtud de un régimen general. Ambos regímenes del notariado se han probado como eficaces para el cumplimiento de las tareas transferidas a ellos en partes de Alemania en las que existen tradicionalmente.

Independientemente del régimen del notariado, los notarios están organizados en cámaras notariales que vinculan básicamente la división espacial de la jurisdicción ordinaria y agrupan a los notarios de cualquier jurisdicción de un tribunal regional superior en una cámara notarial.¹³

4. Designación del notario

El cargo de notario es convocado por la administración de justicia regional (art. 6b del reglamento federal de notarios). El requisito es una pasantía de tres años como asesor de notario para el ejercicio del cargo como actividad principal, y, para la solicitud del puesto como notario abogado, una formación preparatoria que concluirá previsiblemente en un futuro próximo con un examen. Según la prescripción legal de la selección óptima

¹² Compárese Starke en Beck'sches Notarhandbuch L I RN 17 y 18

¹³ En Bavaria, las jurisdicciones del tribunal regional superior de Múnich, Núremberg y Bamberg están agrupadas en la cámara notarial regional de Bavaria, en Renania del Norte-Westfalia, las jurisdicciones del tribunal regional superior de Colonia en la cámara notarial renana. Baden-Württemberg y Hesse también tienen una reglamentación especial (art. 65 del reglamento federal de notarios)

(art. 6 del reglamento federal de notarios) se elegirá al candidato más adecuado técnica y personalmente.

El número de notarios es limitado; se designan tantos notarios según las necesidades de una adecuada administración de justicia (art. 4, inciso 1 del reglamento federal de notarios). El criterio es la necesidad de una atención adecuada de las personas que buscan soluciones jurídicas con servicios notariales. La estructura de edad adecuada de la profesión del notario puede salvaguardarse mediante puestos de trabajo adicionales según la estructura de edad. Con ello, el legislador satisface el principio de que el alcance de las funciones soberanas asignadas al notario es limitado y que su cumplimiento correcto sólo puede garantizarse mediante la agrupación de las tareas. Las crecientes exigencias de dotación técnica y de personal de la organización de la oficina, es decir el gasto mediante la introducción de actos jurídicos electrónicos con el registro mercantil y la exclusión de la posibilidad de presentar escrituras en papel¹⁴, así como la mayor complejidad de la actividad pública del notario favorecen la tendencia de reducir el número de notarias en el ámbito del notariado de abogados y favorecen con ello un aumento de la actividad notarial de los notarios abogados en comparación con su actividad de abogados.¹⁵

5. Circunscripción oficial del notario

Mediante la comprobación de las necesidades y la asignación del lugar del cargo se garantiza que los notarios estén disponibles en toda Alemania de forma cercana para el cumplimiento de las obligaciones de su cargo¹⁶. La presencia local del notario también queda garantizada por el hecho de que éste normalmente sólo puede ejercer su actividad de escrituración en su circunscripción oficial, esto es en la jurisdicción del tribunal municipal en el que tiene su lugar en el cargo (art. 10 a del reglamento federal de notarios). Su proximidad local es por tanto una obligación del cargo, con la que se garantiza que existan disponibles notarios en las zonas rurales con una población baja para el público que busca soluciones jurídicas.

Sobre todo en comarcas estructuradas económicamente de forma deficiente, los ingresos de la actividad notarial no son suficientes en ocasiones para garantizar la independencia de los notarios. Esto se garantiza en partes del notariado exclusivo mediante la caja de

¹⁴ Obligatorio desde el 01.01.2007

¹⁵ Por el momento el número estimado para el cálculo de notarias en el notariado de abogados es aproximadamente una cuarta parte en comparación con el número aproximado de notarias exclusivas.

¹⁶ Lerch en Arndt/Lerch/Sandkühler, Comentarios sobre el reglamento federal de notarios, art. 10 Rnr. 24

notarios¹⁷ y la caja de notarios regional¹⁸. Bajo exposición de sus relaciones económicas, el notario recibe un complemento de sus ingresos que es soportado por la totalidad de los notarios incluidos como miembros obligatorios en las cajas, de modo que los notarios económicamente más débiles disponen de unos ingresos garantizados. De este modo, se reduce el riesgo económico de un notario que solicite trabajo en una notaría recién constituida o en una notaria de una comarca estructuralmente débil. En el notariado de abogados no existe una garantía semejante de los ingresos; en este sentido, el legislador parte de que los ingresos adicionales de la actividad como notario son una base suficiente para garantizar la existencia económica, ya que el notario recién designado normalmente suele haber pasado muchos años como abogado en la localidad y solicita un cargo de notario desde una existencia profesional asegurada.

Esta seguridad económica básica de los notarios se corresponde con la prohibición de constituir sucursales y con la obligación de mantener abierto el centro durante los horarios comerciales habituales (art. 10, párr. 3 del reglamento federal de notarios) y realizar actos públicos fuera del centro cuando existan razones sustanciales para ello.¹⁹

El desarrollo de la comunicación electrónica hace posible gestionar y ofrecer de forma centralizada los servicios estatales. Por tanto, en los programas gubernamentales tanto del gobierno federal y como de los gobiernos regionales se ha establecido la eliminación de la burocracia como objetivo esencial de las reformas de la administración. Esto también afecta a la justicia. La reducción de instituciones de la justicia sólo es posible porque para el ámbito de la jurisdicción voluntaria los notarios garantizan de forma próxima la prestación de los servicios soberanos. Mientras que en zonas con alta densidad de población y ciudades grandes, las instituciones habituales de la justicia están normalmente presentes de forma próxima y pueden ser visitadas por los ciudadanos de una forma más sencilla, los notarios en las regiones rurales reducen a los ciudadanos los desplazamientos hasta los tribunales y se presentan prácticamente como el centro externo del registro respectivo con el que están vinculados electrónicamente, y los centros de la jurisprudencia voluntaria.

¹⁷ La caja de notarios como institución con capacidad jurídica del derecho público del estado libre de Bavaria conforme al art. 113 del reglamento federal de notarios, competente para los notarios en Bavaria y en la jurisdicción del tribunal superior regional palatino de Zweibrücken en Renania-Palatinado.

¹⁸ Constituida conforme al art. 113 a del reglamento federal de notarios con institución con capacidad jurídica de derecho público, competente para los notarios en Brandenburgo, Mecklenburgo-Pomerania occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia

¹⁹ Recomendación de la directiva de la cámara notarial federal IX, 2

II. La actividad pública del notario

1. Ejercicio personal del cargo

El notario deje ejercer su cargo de forma personal y con responsabilidad propia.²⁰ Este principio es de aplicación sin restricciones para todas las funciones del notario que sean de naturaleza soberana, esto es para su actividad de escrituración. Una escritura aceptada sin propiedad de representación oficial, esto es sin la designación del representante por parte de la autoridad supervisora (art. 39, párr. 1 del reglamento federal de notarios), por un empleado del notario no es eficaz, ya que no es una escritura pública.²¹ El notario sólo puede recurrir de forma limitada a los empleados para que le asistan en su actividad, la obligación del ejercicio del cargo reside de forma limitada en su persona y resulta de la delegación del cargo de notario a través del estado como autorización y obligación estrictamente personal.²² El notario asume siempre la responsabilidad personal total por la actividad del cargo.

De este modo, la actividad profesional del notario se diferencia esencialmente de la de un abogado o un asesor fiscal que está acostumbrado a tratar las cuestiones jurídicas que se deriven de problemas jurídicos corrientes, también en equipo frente a la clientela y bajo la responsabilidad de todo el despacho (despacho de abogados, sociedad de asesores fiscales). El notario sólo puede aceptar de forma limitada informaciones a través de empleados que necesite para la preparación de escrituras públicas. El notario sólo puede indagar la voluntad de las partes y sólo puede aclarar las circunstancias (art. 17, párr. 1 p. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones) cuando habla personalmente con las partes, las escucha, tiene la impresión de la descripción de las circunstancias y desarrolla así una aclaración con las circunstancias que le parecen relevantes para el acto oficial a efectuar, realizando preguntas y solicitando informaciones o documentos complementarios. La experiencia muestra que las partes solicitan actividades notariales y quieren cerrar contratos que se basan en informaciones mal interpretadas o incompletas de su asesor fiscal, que se recogieron, p.ej., en Internet, o que se atribuyen a otras valoraciones incorrectas o consejos bienintencionados de terceros. En este sentido, la tarea del notario es instruir sobre la trascendencia jurídica del acto, mostrar alternativas y sugerir soluciones a las partes que sólo pueden desarrollarse por el conocimiento amplio

²⁰ Recomendación de la directiva IV núm. 1 de la cámara federal notarial, adoptada por todas las cámaras notariales en sus directivas.

²¹ Tribunal Superior Federal DNotZ 1972, 549; Schäfer en Schippel/Bracker, BNotO art. 39 RN 1

²² Starke en Eylmann/Vaasen, RL-E IV RN 1 - 4

del derecho y por la experiencia personal del notario, pero no mediante la colaboración de empleados.

Por otra parte, el ejercicio personal del cargo hace del notario un interlocutor para sus clientes, no existiendo una figura similar para el público que busca soluciones jurídicas. Por tanto, el cargo de notario en las regiones rurales está asociado a un gran respeto entre el público. Gracias a su ejercicio personal del cargo, después de una prolongada actividad profesional, el notario está mucho mejor informado que cualquier tercero sobre los problemas personales de sus clientes, sobre las dificultades jurídicas o económicas en las familias o la situación económica y jurídica de una empresa. Se le considera y se recurre a él como consejero estrictamente personal y es, en este sentido, único y no tiene competencia.

2. Independencia e imparcialidad

Con su nombramiento, el notario es personal y materialmente independiente frente al estado federado donde ejerce su jurisdicción. La supervisión a la que está sujeto es una supervisión jurídica pura, para su ejercicio del cargo no está sujeto a ninguna instrucción.²³ Los actos públicos del notario no son comprobados respecto a su conveniencia y sólo son comprobados de forma limitada respecto a su legitimidad sobre si se observan o no las normas jurídico-profesionales. De este modo, la supervisión oficial sólo tiene que valorar con relación a la interpretación de los términos jurídicos del derecho material por parte del notario si la decisión del notario se tomó de forma escrupulosa y era razonable, y, en efecto, de forma independiente de si también se aprobará en el resultado de la supervisión oficial.²⁴ Un cargo profesional independiente comparable sólo lo tienen los jueces.

Por otra parte, el notario también es independiente de las partes, esto es de los clientes, que solicitan su actuación; no es representante de una parte, sino mentor independiente e imparcial de las partes (art. 14, párr. 1, inciso 2 del reglamento federal de notarios). Está obligado a ejercer la actividad de certificación encomendada, pero también puede rechazarla por motivos materiales que puedan residir en su persona y en el contenido de la actividad en el cargo a él solicitado.

²³ Lemke en Schippel/Bracker, BNotO, art. 93 RN 10

²⁴ Baumann en Eylmann/Vaasen, reglamento federal de notarios, art. 93 RN 9

La imparcialidad diferencia al notario claramente del abogado, cuya tarea central es la defensa de los intereses de una parte (art. 3, párr. 1 del estatuto alemán de la abogacía). Asimismo, también le diferencia de las demás profesiones de asesoramiento jurídico y económico. No puede defender unilateralmente los intereses de una parte frente a los de otra. Su neutralidad es protegida por la prohibición de concurrencia (art. 3 de la ley alemana sobre escrituraciones). No sólo está excluido de toda concurrencia en asuntos de los cuales él o allegados tengan ventajas jurídicas o económicas, sino también cuando él o un tercero vinculado a él en el ejercicio conjunto de la actividad profesional actuaron en el mismo asunto de forma unilateral bajo encargo de una parte. Por otro lado, el notario también puede renunciar al ejercicio del cargo por parcialidad (art. 16, párr. 2 del reglamento federal de notarios). Esta obligación de imparcialidad no existe sólo frente a las partes formales de la actividad pública, esto es, los clientes y las personas presentes en la escrituración, sino también frente a aquellos que estén significativamente afectados por la actividad oficial, cuyos derechos también se vean afectados, sin que conocieran en el momento de la actividad oficial del notario las circunstancias y su designación.

De aquí también se deriva la regulación estricta para la observancia de la obligación de neutralidad por parte del notario cuando surgen posteriormente entre las partes, incluidas las partes sólo materiales, diferencias de opinión. Si las partes litigan sobre el contenido de una escritura, el notario no puede tomar ninguna posición y sólo puede intermediar bajo solicitud de todas las partes. Siempre que el notario haya formulado propuestas al tribunal, sólo puede representar a las partes como si éstas tuvieran una voluntad coincidente e intereses equivalentes; en cuando surjan diferencias de opinión, tendrá prohibido seguir concurriendo. Cuando el notario deba declarar como testigo sobre lo ocurrido según su conocimiento, sólo puede hacerlo con la aprobación de todas las partes del acto oficial, en caso contrario infringiría su obligación de secreto.

La obligación de independencia e imparcialidad tiene preferencia frente a toda actividad del notario abogado como abogado. Las prohibiciones de concurrencia (art. 3 de la ley alemana sobre escrituraciones) le excluyen a él y a los posibles socios abogados de toda actividad de abogacía cuando en el mismo asunto se concedió un mandato notarial. Los mandatos de abogacía aceptados son ineficaces y no dan lugar a ningún derecho de honorarios como abogado, incluidos los socios abogados.²⁵

²⁵ más información sobre esta cuestión: Eylmann en Hensler/Prütting, Comentarios sobre el estatuto alemán de la abogacía, 2ª edición 2004, art. 45, RN 13 y siguientes.; Sandkühler en Arndt/Lerch/Sandkühler, Comentarios sobre el reglamento federal de notarios, 5ª edición 2003, art. 14 RN 58

El notario debe mencionar su obligación de imparcialidad. Antes de cualquier escrituración, debe preguntar a las partes y debe obtener la confirmación de éstas en su presencia de que él o un tercero con el que se ha asociado para el ejercicio conjunto de la actividad o con quién tenga una oficina conjunta, no ha tratado previamente este asunto. Si el notario o una persona asociada a él para una colaboración profesional han prestado asesoramiento jurídico de forma unilateral a una parte del procedimiento de escrituración, el notario estará excluido de cualquier actividad oficial posterior. El hecho de la instrucción y de la confirmación de las partes en la escrituración debe documentarse en la escritura (art. 3, párr. 1 p. 2 de la ley alemana sobre escrituraciones).

La imparcialidad notarial exige del notario un comportamiento que vaya más allá de la neutralidad pasiva y de evitar tomar parte de forma unilateral en caso de intereses contrapuestos. Conforme al art. 17, párr. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones está obligado a indagar voluntad de las partes, aclarar las circunstancias,²⁶ informar a las partes sobre la trascendencia jurídica del acto y reproducir en la transcripción sus declaraciones de forma clara e inequívoca. Debe encargarse de que no se vean perjudicadas partes inexpertas e incapaces.²⁷ Esta obligación sólo puede valorar de forma limitada en el procedimiento jurídico y de vigilancia de la actividad, esto es, con relación a la utilización escrupulosa de su margen de valoración, en qué sirve a la imparcialidad.²⁸

3. Integridad del desempeño del cargo

El notario ha de mostrar de forma escrupulosa mediante su conducta dentro y fuera de su oficina la cautela y la confianza que se atribuye al cargo de notario (art. 14, párr. 3, inciso 1 del reglamento federal de notarios). En este sentido tiene obligaciones que pueden entrar en conflicto con los intereses de la generalidad y con los deseos de sus mandantes. Debe renunciar a su actividad oficial cuando se le encargue la participación en transacciones que puedan perseguir fines no lícitos o fraudulentos reconocibles. Su obligación de atestiguación conforme a la verdad²⁹ garantiza que sólo pueda realizar escrituraciones de lo que haya reconocido como correcto después de una comprobación escrupulosa.³⁰

²⁶ véase arriba la parte B, II, 1

²⁷ Art. 17, párr. 1 p. 2 de la ley alemana sobre escrituraciones).

²⁸ más información: Hauk, La responsabilidad del cargo del notario, 2ª edición, Editorial Beck, RN 419 y siguientes.

²⁹ deberes profesionales sancionados penalmente por el art. 348 del código penal alemán (la denominada escrituración falsa en el cargo, también el intento es punible)

³⁰ Tribunal Federal Supremo, DNotZ 1992, 819

Un sistema jurídico con un funcionamiento correcto exige una observancia escrupulosa de esta integridad del ejercicio del cargo para todos los titulares del cargo. En este sentido, al someter al notario a las mismas obligaciones que tiene también el juez o el oficial de justicia encargado de la gestión del registro de la propiedad o del registro mercantil, las escrituras notariales pueden reconocerse al mismo nivel que los documentos judiciales, también para la documentación de circunstancias y relaciones jurídicas. En la práctica esto no sólo afecta a la escrituración de resoluciones de juntas o la escrituración de hechos efectuada oficialmente por el notario (art. 20, párr. 1 del reglamento federal de notarios), sino también a la certificación sobre autorizaciones de representación, modificaciones jurídicas en sociedades (art. 21 párr. 1 del reglamento federal de notarios) o la aclaración y la determinación del estado patrimonial conyugal.

4. Actividades y actos no autorizados del notario

De las obligaciones profesionales arriba indicadas del notario, especialmente su obligación de independencia e imparcialidad como titular de un cargo público, resulta la prohibición de intervenir en operaciones de préstamo o de propiedad o participar en cualquier tipo de mediación en dichas operaciones (art. 14, párr. 4, p. 1 del reglamento federal de notarios). Debe vigilar que sus empleados tampoco participen en dichas operaciones. La aceptación de fianzas o garantías por parte del notario en conexión con su actividad profesional va en contra de la distancia que se le impone respecto a las partes y a la actividad encomendada, y por tanto, no se le permite.³¹

En este sentido, el notario alemán está sujeto a normas significativamente más estrictas que a las que están sujetos algunos notarios en el extranjero. Las partes son asesoradas con frecuencia por asesores fiscales, bancos y agentes, estos terceros entregan parcialmente al notario informaciones directas por orden de sus clientes para la preparación y la ejecución del acto público. La distancia estricta del notario respecto a los actos de estos asesores es una base esencial para que pueda desarrollar de forma neutral e independiente su cargo y para que exista la relación de confianza de las partes respecto al notario sin reservas ni restricciones.

5. Vínculos profesionales

Para el mantenimiento y la garantía de independencia e imparcialidad del notario son también válidas las limitaciones para los vínculos profesionales con otros notarios o

³¹ Sandkühler en Arndt/Lerch/Sandkühler art. 14, RN 203 y siguientes, 210, 212

profesionales. El ejercicio del cargo notarial como obligación de actividad estrictamente personal en el marco del cargo concedido por el estado no puede ser un fin común de un acuerdo de derecho privado con terceros con el objetivo de que el cumplimiento de las obligaciones del cargo sea realizado a través de los profesionales asociados entre sí. Por tanto, los vínculos permitidos regulados en el art. 9 del reglamento federal de notarios para el ejercicio conjunto de la profesión hacen sólo referencia a la organización conjunta de la oficina, esto es a la utilización de ayudantes y medios auxiliares, no al contenido de la actividad del cargo.

Los notarios que actúan principalmente como tales sólo pueden asociarse o constituir despachos profesionales conjuntos para el ejercicio conjunto de la profesión con notarios designados con el mismo lugar del cargo. Los vínculos profesionales están sujetos asimismo a la aprobación de la autoridad de vigilancia y están limitados a dos notarios por vínculo profesional. Esto no entra en conflicto con la garantía de libre ejercicio profesional conforme al art. 12 de la ley fundamental.³²

Los notarios abogados tienen una posibilidad adicional para el ejercicio conjunto de la profesión con socios de una cámara de abogados, abogados de patentes, asesores fiscales, gestores tributarios, auditores de cuentas y revisores de cuentas jurados (art. 9, párr. 2 del reglamento federal de notarios). Estos vínculos profesionales deben comunicarse a la autoridad de supervisión y a la cámara de notarios, no existe ninguna obligación de autorización; en caso de amenaza de las obligaciones profesionales a observar por el notario, especialmente la independencia y la imparcialidad, así como, sobre todo, la garantía del secreto (art. 18 del reglamento federal de notarios), puede negarse la vinculación profesional.³³ Con relación a todos los miembros del vínculo profesional es de validez la prohibición de concurrencia conforme al art. 3 de la ley alemana sobre escrituraciones para el notario. Por otra parte, los miembros de la sociedad no pueden seguir desempeñando ninguna actividad profesional propia en el mismo asunto debido a la actividad profesional precedente del notario.

Con la limitación de la colaboración profesional frente a otras profesiones liberales, y, de hecho, también aquellas con las que el notario abogado puede asociarse para el ejercicio conjunto de la actividad profesional,³⁴ el legislador garantiza el cumplimiento independiente y competente de las funciones jurisdiccionales estatales asignadas al

³² Tribunal Constitucional Federal, resolución del 24.10.1994, 1 BvR 1793/94

³³ Para más información: Starke en Beck'sches Notarhandbuch L I Rnr. 38 y siguientes.

³⁴ p.ej., con propietarios de empresas industriales, incluso empresas artesanales, compárese el borrador de la ley de prestación de servicios jurídicos art. 59 a del estatuto alemán de la abogacía.

notario. Los despachos entre notarías exclusivas son habituales en las ciudades grandes, porque en las zonas rurales y en las pequeñas ciudades faltan normalmente profesionales para un ejercicio conjunto de la actividad profesional. Los notarios abogados están principalmente vinculados profesionalmente en sociedades de derecho público con relación a su actividad como abogados y ejercen el cargo de notario en forma de un despacho en la asociación profesional. No surge ningún problema especial cuando los abogados ejercen su actividad profesional en una sociedad con responsabilidad limitada, ya que, en este sentido, la actividad como notario también se realiza fuera de la sociedad. Para notarios que actúan principalmente como tales, el ejercicio profesional en una sociedad de responsabilidad limitada está prohibido, ya que a éstos no se les puede asignar ningún cometido de derecho público.

6. La responsabilidad del notario

A diferencia del abogado, para el que la limitación de su obligación de indemnización según el art. 51 del estatuto alemán de la abogacía por daños causados por negligencia mediante acuerdo con los clientes puede ascender hasta el importe de la cobertura mínima³⁵, el notario no puede limitar su responsabilidad mediante acuerdo. En efecto, esta cuestión no está expresamente regulada por la ley, pero responde al consenso unánime.³⁶

La posición del notario como titular del cargo, sus funciones de derecho público y la responsabilidad del cargo del notario regulada según el art. 19 del reglamento federal de notarios en su fundamento y extensión, se oponen a una limitación de responsabilidad de derecho privado. El cometido encomendado al notario es de naturaleza de derecho público y no es un contrato de servicios de derecho privado, de modo que su contenido tampoco puede modificarse mediante acuerdos de derecho privado de forma distinta a las disposiciones legales.

7. Los costes del notario

El notario calcula sus costes según el reglamento alemán de precios que rige como ley de gastos judiciales de la jurisdicción voluntaria también para el cobro de costes judiciales. Está obligado al cobro de las tasas legales producidas por su actividad y no puede llegar a un acuerdo sobre tasas (art. 17 del reglamento federal de notarios). Con ello se garantiza la eliminación de la competencia entre notarios por unas tasas

³⁵ actualmente 250.000,00 €

³⁶ Schramm en Schippel/Bracker Reglamento federal de notarios art. 19 RN 100

desiguales. Los servicios notariales en las ciudades y en las zonas rurales generan las mismas tasas. Los distintos ingresos y los costes debidos a la estructura no son considerados por el reglamento alemán de precios.

El importe de las tasas se basa en el tipo de acto público, y también en el valor de la transacción, cuyo cálculo también está regulado en el reglamento alemán de precios. A causa de la obligación de concesión de escrituras (art. 15 del reglamento federal de notarios), el notario no puede renunciar por razones económicas al ejercicio de una actividad que demande una gran cantidad de tiempo y que sólo genere unas bajas tasas debido al pequeño valor de la transacción. El legislador supone que, en última instancia, la subvención cruzada subyacente al derecho de costes lleva a unos ingresos por tasas adecuados.³⁷

El derecho del notario al cobro de sus costes es de naturaleza de derecho público.³⁸ La observancia de las normas sobre costes también está sujeta a la revisión y al control por parte de la vigilancia oficial (art. 93 párr. 2 p. 3, párr. 3 p. 3, 4 del reglamento federal de notarios).

Al contrario que el notario, otras profesiones relacionadas con el asesoramiento jurídico tienen la posibilidad de acordar su remuneración libremente de forma distinta a lo indicado en las normas legales.³⁹ Para los abogados rige la obligación de imputación de tasas legales sólo en la representación en procedimientos judiciales (art. 49 b del estatuto alemán de la abogacía). Cuando se encarga a abogados la elaboración de borradores de contratos por parte de sus clientes, en la práctica el cálculo de la remuneración del abogado se ha impuesto entretanto principalmente sobre la base de acuerdos de remuneración. Esto es así sobre todo para contratos de compra de empresas u operaciones con bienes inmuebles excepcionalmente grandes y complejas. Con relación a los gastos para el asesoramiento de un abogado, la carga económica de las partes mediante los costes notariales que se generan adicionalmente es baja. Para las operaciones de la vida corriente la remuneración de un abogado, incluso desde la perspectiva de los valores medios de la tabla de tasas de la ley alemana de honorarios de abogados, es varias veces el importe de los correspondientes costes del notario.⁴⁰ Por este motivo el asesoramiento de un abogado con relación a la actividad del cargo del notario es la excepción y en la práctica se limita a las operaciones de gran volumen con

³⁷ Para más información: Tribunal Constitucional Federal DNotZ 1978, 412

³⁸ Tribunal Federal Supremo, DNotZ 1990, 313

³⁹ p.ej., art. 4 de la ley alemana de honorarios de abogados

⁴⁰ p.ej., para el borrador de un contrato con un valor de transacción de 200.000,00 € 20/10 tasas del reglamento alemán de precios 714,00 € 1,5 tasa media, núm. 2300 de la ley alemana de honorarios de abogados 2.608,50 €

bienes inmuebles o a los contratos de compra de empresas, cuya escrituración estuviese vinculada a la previa comprobación de los fundamentos económicos del contrato o que afecten a cuestiones jurídicas que sólo guarden una relación indirecta con el acto jurídico escriturado. En la práctica las partes encargan exclusivamente al notario la preparación, la redacción, la escrituración y el desarrollo de la operación con el conocimiento de su actividad soberana, su neutralidad y su capacitación técnica.

8. Competencia respecto a otras profesiones relacionadas con el asesoramiento jurídico

La atención de las personas que buscan soluciones jurídicas con asesoramiento jurídico se realiza en Alemania a través de 142.830 abogados⁴¹ y el asesoramiento jurídico fiscal es realizado por 68.781 asesores fiscales⁴², de modo que dado el número desproporcionadamente bajo de notarios exclusivos, de 1.610, y 7.265 notarios abogados⁴³, se descarta una situación seria de competencia. Los abogados y asesores fiscales tienen prohibido realizar la actividad soberana conferida al notario, de modo que sólo es posible una interferencia en el marco de la atención de las partes, fuera de la creación de una escritura, a lo que está autorizado el notario conforme al art. 24, párr. 1 del reglamento federal de notarios. Esto es concebible cuando no se efectúa la actividad del cargo solicitada, p.ej., porque el cometido sea cancelado o por que el notario desaconseje el acto público previsto, o cuando al notario se le encargue solamente la creación de un borrador, no la escrituración posterior. Pero también en estos casos de una escrituración no sucesiva, el notario está sujeto a las normas estrictas del derecho laboral, especialmente a la obligación de imparcialidad, no sólo frente al mandante, sino también frente a terceros con una participación material, p.ej., frente a los posibles socios contractuales que no le haya concedido el encargo. Esta obligación de neutralidad del notario se malinterpreta en la discusión cuando se defiende la opinión de que el notario estaría autorizado a formular una escritura contractual aceptada por su mandante utilizando su conocimiento específico en el área de la elaboración de contratos. Siempre que se desee una elaboración unilateral de un contrato, el notario tiene prohibido ejercer su cargo. Así pues, se trata de una representación de abogacía de los intereses unilaterales del mandante, el derecho laboral del notario excluye una competencia profesional.

⁴¹ A 31.12.2006 según el comunicado de prensa de la cámara federal de abogados

⁴² A 31.12.2005 según nota al pie 41, más 2.775 gestores tributarios y 12.578 auditores de cuentas

⁴³ Information como nota al pie 41

Conforme al supuesto del art. 24, párr. 2 del reglamento federal de notarios, según el cual, si un notario es al mismo tiempo abogado, actuará en caso de duda como abogado, cuando no se le concede el encargo para un acto público en el marco de su actividad soberana. El notario abogado está obligado, puntualmente al comienzo de su actividad mediante consulta con las partes, a aclarar si se le debe conceder en encargo como abogado o como notario.⁴⁴ En este sentido, en la práctica sólo existen pequeños problemas, ya que a causa de la delimitación clara de la función soberana concedida al notario respecto a la actividad de abogacía queda claro desde el principio qué servicio desea el mandante. Por tanto, en la práctica no existe una competencia en el mercado del asesoramiento jurídico entre el notario y otras profesiones relacionadas con el asesoramiento jurídico.

Un factor esencial para la valoración de la posición del notario en la relación conflictiva con otros profesionales del asesoramiento jurídico es su competencia general y la falta de una especialización. El notario debe actuar en todos los campos del derecho y no sólo en aquellos en los que está especializado, y, en principio, no puede rechazar escrituraciones. El dominio del campo del derecho confiado al ámbito de competencia del notario exige una altísima capacitación que se garantiza mediante el procedimiento de selección, y una formación continua que es la obligación profesional. Los aspectos centrales de la actividad notarial residen tanto en el derecho material, especialmente en la elaboración de contratos, como en el derecho formal, sobre todo en el desarrollo mediante la valoración de las solicitudes y la ejecución de las escrituras. Por tanto, el asesoramiento como parte de la actividad notarial comprende la elaboración y la determinación del contenido de los contratos y también su ejecución bajo la observación de las obligaciones de comunicación que obligan legalmente al notario y la obtención de las aprobaciones necesarias.

En caso de formulaciones complicadas del derecho de sociedades o transacciones inmobiliarias de gran alcance poco usuales, los contratos son elaborados y preparados con frecuencia en colaboración con abogados. No obstante, la experiencia notarial muestra que, con frecuencia, el asesoramiento y la cooperación del notario en la redacción definitiva del texto del contrato debe compensar deficiencias en el resultado de la negociación y en la formulación, y que son necesarios complementos, también desde una perspectiva formal, como requisito para la ejecución de la escritura. Para los contratos que fueron negociados por asesores abogados de las partes, el notario también tiene la tarea de comprobar si el tratado es coherente en sí mismo y ejecutable

⁴⁴ Sección I punto 3) de las recomendaciones de la directriz de la cámara federal de notarios

formalmente, así como de instruir sobre de forma extensa sobre las consecuencias jurídicas. Esta función de control del notario es una parte fundamental también en caso de transacciones económicamente relevantes y una imputación de costes de las partes no insignificante. Sólo de este modo la escritura notarial ofrece a todas las partes la necesaria seguridad jurídica. El notario garantiza mediante su función el desarrollo correcto. También en estos casos, el notario tiene una función, un cometido y una responsabilidad propios y no está en competencia con la actividad de la abogacía y del asesoramiento jurídico de otros profesionales.

9. Actividad soberana del notario

En el actual procedimiento de infracción del tratado de la Comisión Europea contra la República Federal de Alemania con la aplicación del art. 45 del Tratado de la CE se valora de forma general la jurisdicción voluntaria como servicio y no como actividad soberana. El Tribunal Europeo de Justicia decidirá en última instancia sobre la clasificación. La argumentación de la Comisión no hace referencia en principio a la reserva de la nacionalidad en la designación de notarios o a la implementación presuntamente deficiente de la directiva sobre convalidación de títulos, sino a la clasificación de la jurisdicción voluntaria en los estados miembros de Europa Continental como actividad soberana. La Comisión no impugna sólo para la actividad notarial el ejercicio directo y específico de la autoridad pública, sino también para todos los demás órganos de la jurisdicción voluntaria, incluidos los jueces, los funcionarios de la administración judicial y los responsables de la toma de decisiones que actúan en estos órganos. La jurisdicción voluntaria es como tal fuerza de ley y organización estatal de la actividad soberana. La clasificación de los servicios estatales para el cumplimiento soberano o de derecho privado está sujeta más allá del Tratado de la CE a la autonomía organizativa de cualquier estado.

En efecto, sería teóricamente concebible que muchas tareas soberanas formalizadas soberanamente por el legislador en la actualidad se cumplieran en el futuro por instituciones organizadas conforme al derecho privado. Los ejemplos de los esfuerzos actuales para la privatización de las funciones públicas dan fe de ello. No obstante, la clasificación como función soberana es una tarea original del legislador nacional conforme a su concepción y cumplimiento de las competencias soberanas y el ejercicio de la autoridad estatal. Estos valores y decisiones no están sujetos a la directriz ni a la inclusión en los tratados europeos. Por tanto, en este sentido tampoco existe competencia de la Comisión Europea.

El legislador alemán no solo ha regulado la elaboración de títulos de ejecución forzosa en forma de sentencias judiciales o escrituras ejecutables de los notarios como tarea soberana, sino también la creación de escrituras públicas con fuerza probatoria especial (art. 45 del código alemán de procedimiento civil), la ejecución de transacciones con bienes inmuebles, la formación de sociedades de capital con la inscripción en el registro mercantil, así como muchas otras actividades, únicamente mediante actos jurídicos ejecutables mediante escrituras notariales. Conforme a la valoración del legislador alemán, la actividad de los notarios es totalmente soberana.

C. Puntos centrales de las actividades públicas notariales en el ámbito de los notariados rurales y urbanos

I. Introducción a las particularidades locales de la actividad notarial

1. La estructura de los puntos centrales de asentamiento y las regiones rurales

El notario ejerce su actividad soberana exclusivamente en su circunscripción oficial. Esta asignación de funciones, asociada con normas estrictas de derecho disciplinario que le vinculan a su lugar del cargo, lleva de forma natural a que las circunstancias locales tengan un efecto directo sobre el contenido y el alcance de su actividad. Por tanto, el contenido y el modo de trabajo del notario en regiones rurales están caracterizados de forma distinta por las particularidades locales en comparación con una notaria urbana. A diferencia de los abogados, que trabajan con frecuencia en varias localidades y regiones, y rebasan de este modo los límites locales, la actividad típica del notario se concentra en su lugar del cargo, y sólo se permite en casos excepcionales fuera de este lugar del cargo, y únicamente en un área local restringida como consecuencia del derecho disciplinario. Su mandato comprende casi exclusivamente a la población residente en su lugar del cargo, y sus servicios están muy caracterizados por las necesidades de esta población. Los aspectos centrales de la actividad notarial variarán en función de la estructura de la población o la estructura económica y los problemas jurídicos de la población en las regiones individuales.

No se pueden determinar particularidades según el número de centros, ya que, en este sentido, no se realiza una ponderación en el nombramiento de notarios. Los documentos estadísticos dan prueba del gran número de ventas de terrenos sin edificar en regiones rurales y de la gran cantidad de ventas de viviendas en estructuras de asentamiento urbanas, pero no ofrecen ningún valor informativo sobre la distinta función y cometido del notario en estas regiones. La posibilidad del notario de poder influir sobre el contenido de las declaraciones escrituradas de las partes nos ofrece más información sobre la actividad del notario. Con frecuencia, la aclaración de las circunstancias y el asesoramiento por parte del notario influyen ampliamente en las decisiones de las partes de la escritura. Su participación en la elaboración del contenido de los actos públicos es baja por naturaleza cuando las partes están asesoradas respectivamente por abogados y asesores fiscales. En estos casos, los contratos están ampliamente preparados, y, con frecuencia, se entregan al notario borradores de contratos finalizados que sólo necesitan pequeños complementos. Si no existe un asesoramiento unilateral adicional, las partes

de la escritura confían considerablemente más en la explicación de las circunstancias, la indicación de los problemas jurídicos y fiscales y las propuestas para la elaboración del contrato por parte del notario, y, de hecho, en la práctica, también en cuestiones jurídico-fiscales, pese a que el notario no tiene ninguna obligación de asesoramiento en este sentido, y puede remitir a las partes a sus asesores fiscales.

La estructura de los asentamientos en Alemania presenta numerosos centros (centros urbanos, centros regionales). La región del Ruhr en Renania del Norte-Westfalia es, considerada, como una unidad, la ciudad más grande de Europa, otros centros de asentamiento se distribuyen casi de forma uniforme en el estado federado. Entre los centros de asentamiento existen numerosas grandes ciudades con más de 100.000 habitantes y ciudades medianas uniformemente distribuidas. Alemania, como la principal economía de la Unión Europea, está ampliamente caracterizada, además de por grandes empresas que tienen su sede en los centros regionales, por empresas industriales medianas que también necesitan de la actividad notarial competente respecto al derecho de sociedades en pequeñas y medianas ciudades. De este modo, la base económica para la actividad profesional del notario se da en todo el país, si bien la situación de ingresos en las grandes ciudades se ve favorecida exclusivamente por el hecho de que en éstas los valores de las transacciones para el cálculo de los costes del notario son por naturaleza mayores que en las regiones rurales.

2. Puntos esenciales de la actividad sobre la base de las directrices jurídicas

Incluso aunque el notario tenga que ejercer su cargo en todos los campos del derecho, las particularidades locales exigen aspectos centrales de la actividad, y, con ello, especializaciones, sin que éstas puedan publicitarse hacia el exterior. El notario que trabaja en una región urbana raramente se ocupa de las particularidades de los actos jurídicos relativos a la propiedad de uso agrícola o las cuestiones especiales de la sucesión en explotaciones agrícolas. La regulación de la sucesión generacional en regiones rurales también es significativamente diferente, debido a la distinta naturaleza de las familias de estas regiones en las que conviven varias generaciones y que se ayudan recíprocamente en caso de enfermedad y en la vejez. Esto tiene como consecuencia particularidades en el asesoramiento y en la elaboración de contratos que diferencian significativamente la actividad del notario en las regiones rurales frente a las regiones urbanas. Los aspectos centrales de las diferencias se exponen a continuación.

II. Transferencia y carga de bienes inmuebles

1. El catastro de bienes raíces

- a) Todos los bienes raíces de una región rural son registrados, presentados y descritos por las administraciones topográficas y del catastro de los estados federados en el catastro de bienes raíces. Se trata de un directorio oficial de los bienes raíces para la identificación de la propiedad en el registro de la propiedad e identifica asimismo los resultados de la valoración del suelo para fines de tributación del terreno y el suelo.⁴⁵ El catastro de bienes raíces no es parte de la jurisdicción voluntaria, y, de este modo, no está sujeto a la competencia de los tribunales y del notario. La unidad de contabilización del catastro de bienes raíces es la unidad catastral; comprende una parte clara y coherentemente delimitada de forma geométrica de la superficie de la tierra que se identificará en el catastro de bienes raíces con el número de unidad catastral. Las unidades catastrales sirven para la designación de bienes raíces conforme al registro de la propiedad, pero la superficie de un bien raíz en la localidad puede estar compuesto por varias unidades catastrales de un mismo propietario, aunque no de partes de una unidad catastral. Normalmente, los bienes raíces están formados por una única unidad catastral.

La parcela caracteriza el área a la que pueden asignarse números de unidades catastrales. Se trata de numerosas unidades catastrales que guardan una relación territorial. Varias parcelas relacionadas territorialmente de una comunidad forman una demarcación. Las demarcaciones forman normalmente circunscripciones en las que los registros de la propiedad vuelven a caracterizarse con una numeración consecutiva.

La denominación técnica del catastro de una superficie comprende también el nombre de la demarcación, el número de la parcela y el número de la unidad catastral. Las unidades catastrales se gestionan en el registro automatizado de bienes raíces.

Los bienes raíces pueden dividirse o unirse bajo petición del propietario o también de la administración.

⁴⁵ Aún existen algunos bienes inmuebles no inscritos en el registro de la propiedad en propiedad pública y de iglesias, que sirven para fines públicos.

- b) El catastro de bienes raíces se compone de una parte de texto descriptiva, del registro de bienes raíces, de una parte gráfica representativa, del mapa topográfico, y de una parte técnica de medición, los documentos para la medición. Las autoridades del catastro están asignadas en muchos estados federados a las corporaciones territoriales municipales locales (ciudades y comarcas no pertenecientes a la demarcación estatal), y algunas son autoridades regionales de varios niveles.

En las tareas de medición también colaboran junto a los funcionarios del catastro, los ingenieros topográficos públicos.

- c) El catastro de bienes raíces se encuentra al principio y al final de las transacciones con bienes raíces, identificando el bien raíz en la situación, la dimensión y la forma geométrica. Para la actividad notarial, la información sobre el tipo de utilización es importante; en la venta de superficies parciales de terrenos edificados se necesita normalmente la aprobación de la división del terreno por parte de la autoridad de inspección de obras local, a la que debe hacer referencia el notario en la escrituración (art. 18 de la ley alemana sobre escrituraciones).⁴⁶ La venta de patrimonio agrícola y forestal necesita la aprobación conforme a la ley sobre el tráfico inmobiliario,⁴⁷ que obtiene el notario en el marco del desarrollo del contrato.

A través de las autoridades del catastro, el notario puede comprobar fácilmente el registro de un bien raíz en la oficina del registro de la propiedad cuando, p.ej., las partes no desean aportar ningún dato concreto. El notario tiene un derecho de examen frente a terceros únicamente cuando existe un interés justificado.

2. El registro de la propiedad

- a) Las oficinas del registro de la propiedad son parte de la jurisdicción voluntaria y se gestionan como departamentos de los correspondientes tribunales municipales, de los escalafones iniciales de la jurisdicción.⁴⁸ Aquí se registran todas las unidades catastrales existentes en la circunscripción. Para todos los propietarios se gestiona un registro de la propiedad separado, en el índice de fincas pueden registrarse varias unidades catastrales de distintas parcelas y demarcaciones.

⁴⁶ p.ej., conforme al art. 8 del reglamento sobre edificación del estado federado de Renania del Norte-Westfalia para terrenos edificados

⁴⁷ art. 2 de la ley del tráfico inmobiliario

⁴⁸ Art. 1, párr. 1 p. 1 de la ordenanza alemana del registro de la propiedad

El registro de la propiedad ofrece información sobre las relaciones jurídicas de derecho privado de los bienes raíces. Siempre que cuestiones jurídicas de derecho público sean relevantes en el marco de una transacción de bienes inmuebles, el notario no podrá deducirlas del registro de la propiedad, sino que tendrá que investigarlas con las autoridades competentes o encargar a éstas su indagación.

- b) La gestión de los registros de la propiedad se realizaba anteriormente en tomos físicos que estaban divididos a su vez en hojas del registro de la propiedad, y se adapta desde hace unos 25 años a cuadernos individuales con pliegos intercalados (registros de la propiedad de hojas sueltas). Conforme al progreso técnico, en la actualidad la gestión del registro de la propiedad en los estados federados se realiza de forma mecánica en archivo automatizado (art. 26 de la ordenanza alemana del registro de la propiedad). El directorio de propietarios y de bienes raíces y los directorios adicionales necesarios para la gestión del registro de la propiedad también se gestionarán electrónicamente. En la mayoría de los estados federados existe ya el registro de la propiedad electrónico que el notario puede ver a través de Internet de forma sencilla después de solicitar una autorización de acceso. De este modo, el notario está disponible de forma próxima como intermediario para el público que busca soluciones jurídicas.
- c) Las inscripciones en el registro de la propiedad están ampliamente sujetas a la protección de la fe pública. Ésta sólo puede fundarse en la función soberana de la oficina del registro de la propiedad en el marco de la jurisdicción voluntaria. Los registros incorrectos dan lugar a la responsabilidad civil del estado, pero no a pretensiones de indemnización de derecho civil. Si existe un derecho inscrito para alguien en el registro de la propiedad, se presupone que a esa persona le corresponde un derecho en virtud de la ley, si se extingue un derecho inscrito, se presupone que ese derecho no existe (art. 821 del código civil alemán). Si una persona adquiere un derecho sobre un bien raíz o un derecho sobre un derecho de estas características mediante un acto jurídico, el contenido del registro de la propiedad se considera correcto en su favor. Las limitaciones de disposición deben estar inscritas en el registro de la propiedad para poder actuar contra terceros (art. 892 del código civil alemán).

Por tanto, el notario puede confiar en este sentido en las inscripciones del registro de la propiedad y basar en ellas su actividad de certificación. Por este motivo, en las

transacciones con bienes raíces está obligado a determinar el contenido del registro de la propiedad (art. 21, párr. 1 p. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones) y sólo puede escriturar sin examen previo del registro de la propiedad en casos excepcionales después de una instrucción y una observación en la escritura. La presunción de derecho del art. 891 del código civil alemán y la fe pública del registro de la propiedad conforme al art. 892 del código civil alemán no se extienden a los datos reales del índice de fincas, esto es, no se extienden a los datos sobre la clase económica, la situación y el tamaño. El notario que realiza su actividad en regiones rurales está al corriente de forma particular sobre las diferencias de las dimensiones de los bienes raíces respecto a las dimensiones registradas en mediciones antiguas que resultan de divisiones y nuevas mediciones. Por tanto, su obligación de instrucción debe ampliarse a estas circunstancias para evitar los conflictos posteriores entre las partes. Las nuevas dimensiones son normalmente exactas debido a los datos actualmente disponibles de forma electrónica.

- d) De forma paralela al registro de la propiedad, la oficina del registro de la propiedad lleva actas registrales de la conservación de escrituras y copias que, además de en papel, también pueden conservarse para su reproducción en un soporte de imágenes u otro soporte de datos. Las inscripciones en el registro de la propiedad se efectúan según la secuencia de las entradas, para lo que se registra respectivamente la fecha y la hora de las entradas de solicitudes. Las escrituras conservadas en las actas registrales complementan el contenido del registro de la propiedad. De forma particular, las servidumbres no se registran con su contenido, sino sólo con referencia a la autorización para la inscripción de aquellos cuyo derecho está afectado por la inscripción. Por tanto, para la determinación del contenido de las servidumbres el notario tiene que recurrir a las actas registrales cuando las partes no le pueden presentar las autorizaciones para la inscripción y las servidumbres no se extinguieron con la transferencia de bienes raíces. La autorización para la inscripción escriturada por el notario se integrará de este modo en la fe pública del registro de la propiedad.
- e) Para una mayor transparencia del registro de la propiedad, éste está dividido en tres secciones según el índice de fincas en el que están registradas las unidades catastrales. El propietario se indica en la sección I del registro de la propiedad, en la sección II del registro de la propiedad se registran todas las cargas y restricciones de la propiedad, salvo los derechos de prenda inmobiliaria, que deben anotarse en la sección III.

Los derechos inscritos en la sección II y en la sección III del registro de la propiedad tienen una relación recíproca de rango. Las inscripciones solicitadas con anterioridad tienen un mejor rango, dentro de la misma sección del registro de la propiedad es determinante la secuencia de la inscripción (art. 879 del código civil alemán). Los rangos pueden modificarse con posterioridad. La relación de rango regula la secuencia en la que se ejecutan los diversos derechos existentes sobre un bien raíz, y se consideran y se satisfacen en la subasta forzosa y la administración forzosa. La seguridad jurídica que proporciona una inscripción en el registro de la propiedad sólo puede valorarse por la determinación de la relación de rango. Esto afecta particularmente a la obligación de instrucción del notario en la solicitud de derechos de prenda o en la cesión de derechos de prenda inscritos, ya que un derecho de prenda inscrito posteriormente puede ser económicamente nulo a causa de la prioridad de otras inscripciones.

3. Tarea del notario en el registro de la propiedad

Una inscripción en el registro de la propiedad sólo se efectúa cuando se prueba la autorización para la inscripción de aquellas personas cuyo derecho se vea afectado por ella, o cuando se prueban las demás declaraciones necesarias para la inscripción mediante escrituras públicas o escrituras públicamente certificadas. La obligación de una parte contractual de transferir la propiedad sobre un bien raíz o de adquirirlo, necesita de la escrituración notarial (art. 311 b del código civil alemán, de modo que los notarios tienen una competencia exclusiva en el tráfico de bienes inmuebles. Además del notario, autoridades con distintivo oficial (la administración estatal), corporaciones de derecho público (p.ej., municipios, comarcas) o instituciones de derecho público (p.ej., cajas de ahorro) pueden presentar solicitudes de inscripción en el registro de la propiedad o aprobar la extinción de derechos, siempre que estén autorizadas. Las correcciones del registro de la propiedad no necesitan normalmente una certificación pública.

La amplia limitación del acceso al registro de la propiedad para los ciudadanos cuando se tienen que inscribir modificaciones de derechos en el libro del registro, y la agrupación de la presentación de solicitudes a través del notario significa para la administración de justicia la supresión de las comprobaciones, instrucciones y formulación de escrituras del procedimiento de inscripción. El notario ha de comprobar la identidad de las partes, la oficina del registro de la propiedad acepta todos los datos conforme a la presentación de

solicitudes del notario. De este modo, se suprime el contacto directo con el público, que sería necesario de otro modo.

Con la formulación de la escritura y de las solicitudes contenidas en ella por parte del notario se reduce el cometido de la oficina del registro de la propiedad sobre su ejecución, esto es, en la aceptación y el control de los datos reales (para registro de la propiedad, bien raíz, propietario), y la comprobación de las cuestiones jurídicas de si las solicitudes son ejecutables. Una valoración de los efectos jurídicos de las inscripciones sobre la posición jurídica de las partes no corresponde a la oficina del registro de la propiedad, sino que entra dentro de la obligación de instrucción del notario. A su vez, las cuestiones fiscales tampoco son aclaradas por la oficina del registro de la propiedad, sino que el notario tiene la obligación de indicarlas a la agencia tributaria competente en el marco del desarrollo de una transacción con bienes raíces⁴⁹ y de presentar en la oficina del registro de la propiedad una certificación concedida por la agencia tributaria de que las obligaciones fiscales no se oponen a un cambio de propiedad.

Finalmente, la correspondencia completa, salvo la entrega de una cuenta de gastos, entre la oficina del registro de la propiedad y las personas afectadas por la inscripción se efectúa a través del notario, de modo que frente al ciudadano que busca soluciones jurídicas el notario se presenta en cierto modo como una parte externa de la oficina del registro de la propiedad. Por tanto, el notario, en su función soberana, no sólo es el único titular del cargo competente para la escrituración solicitada, sino que además tiene una función en el marco de la gestión del registro de la propiedad realizada por la justicia.

4. Derechos de prenda inmobiliaria y derechos de propiedad mueble

- a) El código civil alemán regula tres formas de derechos de prenda inmobiliaria sin utilizar este mismo término colectivo. No establecen ningún derecho de pago personal ejecutable únicamente sobre el bien raíz, sino que el propietario del bien raíz está obligado al consentimiento de la ejecución forzosa por el importe monetario a pagar por el bien raíz (art. 1147 del código civil).

La hipoteca (art. 1113 del código civil alemán) es un derecho inmobiliario material limitado, sobre la base del cual debe pagarse un importe monetario por el bien raíz para la satisfacción de una exigencia del acreedor hipotecario frente al propietario del bien raíz o un tercero. El propietario como tal no está obligado al pago, sino que

⁴⁹ Art. 18 de la ley del impuesto sobre la adquisición de bienes inmuebles

debe aceptar sólo la ejecución forzosa sobre el bien raíz para la satisfacción de la exigencia. La exigencia jurídico-obligacional es el derecho principal, la hipoteca es accesoria para la exigencia, de modo que no puede surgir sin exigencia como derecho ajeno. Pueden presentarse objeciones contra la exigencia y sólo están limitadas por la fe pública del registro de la propiedad (art. 1138 del código civil alemán). El legislador regula el derecho de la hipoteca extensamente y se refiere ampliamente a estas normas legales en los derechos de prenda inmobiliaria sucesivos.

No obstante, la realidad jurídica ha evolucionado de modo distinto. Como medio de garantía da preferencia a la deuda hipotecaria (art. 1191 del código civil alemán). Ésta es un derecho inmobiliario material limitado, sobre la base del cual debe pagarse simplemente un importe monetario del bien raíz, esto es, independientemente de una exigencia. El pago puede servir para la satisfacción de una exigencia, lo que, no obstante, no es una condición para la existencia y la eficacia de la deuda hipotecaria. Con esto, la deuda hipotecaria, también cuando se solicita en conexión con una exigencia jurídico-obligacional contra el propietario del bien raíz o un tercero, no es accesoria. Por tanto, la deuda hipotecaria es especialmente indicada para la garantía de aquellos créditos cuyas condiciones de pago todavía no se hayan determinado definitivamente en la solicitud de la deuda hipotecaria o puedan variar, p.ej., mediante la adaptación de los intereses a la evolución del mercado. A través de la deuda hipotecaria pueden garantizarse de forma sencilla créditos de cuenta corriente con importes deudores variables y sin inscripciones adicionales en el registro de la propiedad. También puede utilizarse como garantía para nuevos créditos, incluso cuando durante un largo tiempo no haya garantizado ninguna exigencia del acreedor, y puede transferirse fácilmente de un acreedor a otro acreedor.

La solicitud de la deuda hipotecaria se efectúa en la relación de los bancos con los tomadores del crédito, normalmente utilizando formularios que indican los intereses deudores.⁵⁰ Los intereses de la deuda hipotecaria describen el marco de la garantía concedida mediante la deuda hipotecaria para los acreedores, con lo que también se garantizan unos intereses más altos que lo acordado en el contrato de préstamo para el caso de demora o costes de prosecución legal por los acreedores.

⁵⁰ Como intereses anuales de la deuda hipotecaria se acuerda un interés comprendido normalmente entre el 15 y el 20%.

Como tercera forma de un derecho de prenda inmobiliaria puede solicitarse una hipoteca de pensión (art. 1199 del código civil alemán) como clase secundaria de la deuda hipotecaria. Su particularidad reside en el hecho de que debe pagarse un determinado importe por el bien raíz en plazos regulares; el propietario tiene un derecho de rescate, y el acreedor no tiene normalmente ningún derecho de cancelación. Al igual que la deuda hipotecaria, la hipoteca de pensión, no es accesoria de la exigencia. Con ella puede garantizarse, p.ej., una renta vitalicia o el precio de compra de un bien raíz a pagar a plazos. Es menos habitual en la práctica.

- b) Para ofrecer a la entidad de crédito la posibilidad de ejecutar sin problemas la deuda hipotecaria, el propietario y el deudor, cuando éste no sea el mismo que el propietario, se someten a la ejecución forzosa material y personal en la escritura notarial. A causa de la ejecución forzosa material, el acreedor puede realizar una subasta forzosa del bien raíz en caso de incumplimiento del pago. La ejecución forzosa contra el deudor está asociada normalmente a un reconocimiento personal de la deuda, por el cual el deudor declara deber el importe de la deuda hipotecaria más intereses y costes y se somete en este sentido a la ejecución forzosa personal en la totalidad de su patrimonio. De este modo se consigue un título con el mismo efecto que la sentencia de un tribunal, evitando un procedimiento judicial lento y costoso. Las escrituras notariales son ejecutables en el extranjero como las decisiones judiciales.
- c) Dado que la deuda hipotecaria no es accesoria para la exigencia, en el marco de la concesión del crédito entre el acreedor y el propietario se debe llegar a un acuerdo sobre la determinación de la finalidad de la deuda hipotecaria. Esta declaración de finalidad regula el alcance de las exigencias a garantizar con la deuda hipotecaria. Únicamente mediante la declaración de la determinación de la finalidad se establece qué exigencias se garantizan con la deuda hipotecaria, p.ej., del banco frente al propietario del bien raíz. Mientras que la deuda hipotecaria debe solicitarse en escritura notarial, la declaración de la finalidad no está sujeta a la obligación de escrituración. De este modo, la obligación de instrucción notarial se amplía sólo al contenido de la escritura de la solicitud de deuda hipotecaria y no a la declaración de la finalidad, de la que surge la imposición jurídico-obligacional del derecho de pago del acreedor contra el propietario. El efecto de protección de la obligación de instrucción para las partes de la escritura conforme al art. 17, párr. 1 p. 2 de la ley alemana sobre escrituraciones se amplía por tanto, interpretando ampliamente la obligación del notario de proteger a las partes inexpertas e incapaces frente a

perjuicios. En este sentido, el notario tiene una obligación adicional de asistencia también con relación a la inclusión del efecto de la declaración de la finalidad en su instrucción cuando observe o hubiese podido observar mediante una aclaración meticulosa de las circunstancias que el solicitante de la deuda hipotecaria desconoce la función de la declaración de la finalidad. Esto es de validez principalmente en los casos en los que el propietario del bien raíz garantiza una obligación de un tercero frente al acreedor de la deuda hipotecaria. En la práctica, esto afecta con frecuencia a la solicitud de garantías en el patrimonio de un cónyuge para obligaciones del otro cónyuge por actividad empresarial. Una función semejante es más típica para un notario en una región rural que para un notario de una ciudad. La economía en las zonas rurales está caracterizada principalmente por explotaciones muy pequeñas que sólo reciben créditos de bancos cuando el titular, independientemente de la forma jurídica, presenta como garantía su patrimonio personal, y, con frecuencia, también el de su cónyuge.

La jurisprudencia amplía la obligación de instrucción del notario continuamente, con la consecuencia de que el notario puede estar obligado a tener en cuenta las necesidades, los deseos y las consideraciones económicas concretas de las partes para ofrecer las indicaciones correspondientes que van más allá de los efectos jurídicos del acto.⁵¹ En dichas instrucciones el notario ha de mostrar neutralidad también frente al acreedor como frente a las partes materiales en la escritura, esto es, no puede disuadir de forma general de la presentación de la garantía con relación al peligro asociado de utilización y ha de considerar el interés de garantía autorizado del prestamista en su instrucción sobre el contenido de la escritura de solicitud del derecho de prenda inmobiliaria. No obstante, siempre que la ley alemana de escrituración imponga al notario obligaciones de instrucción especiales, éstas tendrán preferencia sobre su obligación de imparcialidad general. Por tanto, tiene que aclarar a la esposa inexperta y lega en cuestiones económicas los posibles efectos de la solicitud prevista de deuda hipotecaria para el caso de insolvencia del esposo o de su empresa.⁵²

- d) Sobre un bien móvil puede solicitarse un derecho de prenda para la garantía de una exigencia sin la intervención del notario, con la consecuencia de que el acreedor está autorizado en el vencimiento, debido a su exigencia, a hacerse pago de su crédito con el bien, es decir a explotarlo (art. 1204, párr. 1 del código civil alemán). La solicitud comprende un acto real, esto es la entrega del bien al acreedor o un

⁵¹ Limmer en Würzburger Notarhandbuch Parte 1 RN 97

⁵² compárese Frenz en Eylmann/Vaasen, art. de la ley alemana sobre escrituraciones, RN 17

sustituto de la entrega, de modo que el deudor es consciente de la pérdida de la potestad y, con ello, de su posición jurídica. Esto justifica la protección reducida del afectado mediante la renuncia a la obligación de escrituración e instrucción notarial.

5. Derechos de uso y explotación en el registro de la propiedad

- a) Un bien puede estar gravado de modo que aquel en cuyo beneficio se efectúe la carga está autorizado a obtener el disfrute del bien (usufructo).⁵³ El usufructo es intransferible y no heredable, puede limitarse temporalmente o a la vida del autorizado. La actividad notarial raramente se limita en la justificación del usufructo a la escrituración de la solicitud de inscripción, ya que el usufructo se solicita normalmente en relación jurídica con otros actos jurídicos. Con frecuencia, los padres se reservan los ingresos en la transmisión de bienes inmuebles a los hijos para su propia jubilación mediante la solicitud de usufructo, de modo que la solicitud del usufructo es parte de la escrituración de la transmisión del bien raíz. En estos casos, las disposiciones fiscales son con frecuencia la causa para la celebración del contrato. El notario no tiene ninguna obligación de instrucción sobre las consecuencias fiscales del acto jurídico,⁵⁴ tiene únicamente obligación de realizar indicaciones de tipo fiscal a causa de normas especiales de derecho tributario.⁵⁵ No obstante, cuando el notario reconozca que existen intenciones fiscales con un acto jurídico, debe, a causa de su obligación de evitar desventajas para las partes (art. 17 párr. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones), recomendar una consulta con un asesor fiscal.
- b) Un bien raíz puede gravarse en beneficio del propietario correspondiente de otro bien raíz con una servidumbre inmobiliaria o en favor de otra persona jurídica o natural con una servidumbre personal limitada. Su contenido es la autorización de utilizar el bien raíz en determinados aspectos, o la limitación del propietario del bien raíz de no poder realizar determinadas transacciones sobre el bien raíz, o ejercer derechos para los cuales estuviese autorizado como propietario. De este modo, surgen numerosas posibilidades de disposición en la relación de naturaleza vecinal de propietarios de bienes raíces entre sí.

A través de las servidumbres se garantiza la infraestructura técnica, p.ej., especialmente el derecho de colocación y mantenimiento de redes de suministro. La

⁵³ art. 1030 del código civil alemán

⁵⁴ jurisprudencia permanente

⁵⁵ Art. 19, art. 13, párr. 1 y 5 del reglamento ejecutivo del impuesto sobre la renta

solicitud de estas servidumbres es una tarea típica del notario en las zonas rurales, ya que en las zonas urbanas, las redes de suministro se colocan normalmente en las superficies públicas de tránsito de propiedad estatal.

Como servidumbres pueden garantizarse también derechos con un efecto económico significativo, que presentan para los notarios en regiones rurales altas exigencias de conocimiento de las posibilidades de configuración y de las posibles consecuencias fiscales de la transmisión de la utilización. Esto vale tanto para el derecho de adquirir partes de terreno, como para ejercer actividades económicas o constituir instalaciones constructivas. La conservación de zonas naturales protegidas por el interés general puede garantizarse mediante la solicitud de una servidumbre cuando la adquisición de la propiedad sobre las superficies no es posible a través de los organismos estatales o de la entidad gestora de las medidas de protección de la naturaleza. Aun cuando, a causa de una certificación exclusiva de la firma del propietario a través del notario bajo la solicitud de inscripción, las servidumbres puedan inscribirse en el registro de la propiedad, el acuerdo se efectúa con frecuencia en una escritura elaborada por el notario. Además de un buen conocimiento del derecho, estas disposiciones exigen una comprensión de los efectos asociados sobre la utilización de los bienes raíces y la consideración de la aversión básica frecuente a aceptar una carga de la propiedad con derechos materiales en beneficio de terceros. Un notario que realiza su actividad en el ámbito urbano apenas entra en contacto con estas cuestiones jurídicas y mentalidades.

Las reparcelaciones voluntarias y los contratos urbanísticos cuyo contenido es la ordenación territorial para la creación de una nueva ordenación por motivos económicos de las relaciones de propiedad y la urbanización de terrenos con el fin de la edificación, presentan al notario altas exigencias. En estos casos, las partes esperan precisamente del notario que actúa en zonas rurales una intermediación con propuestas de configuración que sean posibles jurídicamente, no desfavorables fiscalmente y cuya ejecución esté asociada a los mínimos costes posibles. Las grandes ciudades que disponen de departamentos jurídicos altamente capaces regulan la disposición de los bienes raíces para la edificación de viviendas o industrias, sobre todo con los medios público-jurídicos del código alemán de edificación, por tanto, una obligación estatal. Los pequeños municipios en áreas rurales prefieren las negociaciones con los propietarios y confían, a falta de un departamento jurídico propio, en el respaldo jurídico del notario, lo que requiere exigencias especiales a la neutralidad y la imparcialidad del notario.

- c) El notario debe ser especialmente meticuloso en la determinación de cargas público-jurídicas que, a diferencia de las servidumbres y otros derechos sobre cosas, no se observen en el registro de la propiedad. Además de los derechos que no pueden inscribirse en el registro de la propiedad de contratos de alquiler o arrendamiento, o derechos preferentes solicitados de forma jurídico-obligacional no inscritos en el registro de la propiedad y las poco frecuentes servidumbres según el derecho anterior de la época previa a la creación de los registros de la propiedad, éstas son principalmente cargas público-jurídicas, como por ejemplo, costes de urbanización, y sobre todo, limitaciones de uso y cargas de construcción público-jurídicas. Éstas pueden dar lugar a obligaciones de pago adicionales no calculadas por las partes o limitar significativamente la posibilidad de utilización de un bien inmueble, y son, así pues, objeto de disputas entre las partes por las desventajas causadas de este modo a una parte, cuando dichas cargas se pasaron por alto.

El notario no está obligado a consultar el índice de cargas de construcción, ya que su obligación de observación del registro para actos relativos a los bienes raíces se limita al registro de la propiedad (art. 21, párr. 1 p. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones). La carga de construcción es, según la definición legal, obligación del propietario del bien raíz respecto a un acto, consentimiento y una omisión que afecten a su bien raíz para la garantía de las obligaciones del derecho de construcción que no se deriven de normas público-jurídicas. Éstas se registran en el índice de cargas de construcción.⁵⁶ De este modo se entrecruza la función de la carga de construcción como obligación público-jurídica con las obligaciones de consentimiento y las restricciones de uso jurídico-privadas a inscribir en el registro de la propiedad. Esto puede llevar a una confusión, sobre todo porque, con frecuencia, las partes no se acuerdan o no tienen información sobre la carga de construcción. En este sentido, la aclaración de las circunstancias y la motivación de determinaciones complementarias sobre la cuestión, así como la indicación de la importancia de las determinaciones actuales son una tarea esencial del notario. En la práctica dichas informaciones suelen ser conocidas por una parte contractual, pero no le suelen ser indicadas de forma consciente en las negociaciones previas. En tales situaciones, la actuación del notario con su independencia y como titular de un cargo público es la garantía de una elaboración contractual justa y que evite conflictos posteriores.

⁵⁶ No en todos los estados federados existe un índice de cargas de propiedad

6. Extinción de derechos en el registro de la propiedad

En la mayoría de los casos, los actos con bienes raíces sólo pueden realizarse cuando las cargas inscritas en el registro de la propiedad se extinguen, como muy tarde, con la transferencia de la propiedad a causa de una autorización de las partes, porque el adquirente no está dispuesto a aceptarlas. Éstas pueden ser derechos en la sección II del registro de la propiedad, como por ejemplo, derechos de disfrute o derechos de habitación cuya extinción es regulada normalmente en la familia del vendedor, y, por tanto, no es problemática.

Más difícil es normalmente la extinción de derechos de prenda hipotecaria en la sección III del registro de la propiedad, porque los acreedores de la prenda hipotecaria autorizan la extinción únicamente contra el reembolso del préstamo garantizado. En este sentido, muchos ordenamientos jurídicos extranjeros prevén la necesidad de liquidar el precio de compra a pagar por el comprador mediante una cuenta especial que establece el notario para que sea posible una regulación sucesiva sin poner en peligro los intereses económicos de una parte contractual. Este pago en una cuenta fiduciaria de un notario es la excepción en Alemania. El derecho del comprador de un bien raíz puede garantizarse mediante una anotación preventiva (art. 883 del código civil alemán) de modo que el derecho esté protegido también en caso de insolvencia del vendedor. La ley alemana sobre escrituraciones (art. 54 a y siguientes) subordina la creación de una cuenta fiduciaria de notario a un interés de garantía de todas las partes.⁵⁷

Normalmente, la liquidación es posible y se ofrece sin una cuenta fiduciaria de notario a través de una configuración del contrato por medio del pago directo. Para ofrecer al banco que financia del precio de compra la posibilidad de asumir un derecho de prenda hipotecaria justo después de las inscripciones, que deben extinguirse en la transmisión de la propiedad, el vendedor concede al comprador el poder para solicitar un derecho de prenda hipotecaria para la entidad de crédito que financia el precio de compra antes del pago del precio de compra y antes de la transmisión de la propiedad. Cuando el notario confirma a los acreedores de la prenda hipotecaria que, después del pago encargado por él del precio de compra, se cumplen las condiciones para la extinción de los derechos preferentes, se efectúa el pago directo sin ejecución a través de una cuenta fiduciaria de notario. El notario puede ofrecer esta confirmación cuando le han sido entregadas en manos seguras las autorizaciones de extinción necesarias para la extinción con la exigencia de que después del pago del importe de préstamo a él

⁵⁷ Art. 54 a, párr. 2, núm. 1 de la ley alemana sobre escrituraciones

comunicado puede disponer libremente sobre las autorizaciones de extinción. Esta liquidación directa acelera los procedimientos de pago y evita costes adicionales de constitución de la cuenta fiduciaria de notario. En el marco de la ejecución del acto con bienes raíces, exige del notario una determinación exacta de si las condiciones fiduciarias a él impartidas de los acreedores a redimir se han cumplido, y una transmisión escrupulosa de todas las condiciones a él comunicadas, así como el control del cumplimiento. Este desarrollo contractual no es posible sin la actuación del notario como titular de un cargo público, asociado a su independencia, obligación de neutralidad y responsabilidad limitada.

En este sentido, la actividad del notario no se diferencia regionalmente. No obstante, la organización de contratos en regiones rurales es normalmente menos compleja cuando el comprador dispone de un bien raíz adicional y la liberación de los bienes raíces comprados por parte de los acreedores de la prenda hipotecaria no está asociada a ninguna imposición o está asociada a imposiciones fáciles de cumplir.

7. Exigencias a la actividad oficial notarial en contratos sobre bienes raíces

- a) En las operaciones con bienes raíces, el notario tiene distintos aspectos centrales en su actividad profesional según la situación local de su práctica notarial en una ciudad o en una región rural y las especificaciones locales y la estructura sociológica de la población asociadas a ello.

En las regiones rurales, un aspecto central de la actividad notarial reside por naturaleza en la participación en la venta de bienes raíces agrícolas, de modo que el notario debe estar familiarizado con las particularidades de la ley sobre el tráfico de bienes raíces en la organización del contrato. La enajenación de bienes raíces agrícolas y forestales y la solicitud posterior de un derecho de usufructo exigen la aprobación según la ley sobre el tráfico de bienes raíces⁵⁸ y las normas de derecho regional promulgadas en este contexto. Además, puede que sea necesario considerar limitaciones de disposición de tipo público-jurídico durante un procedimiento de concentración parcelaria. Según el derecho regional también existen limitaciones de disposición parciales.⁵⁹ El objetivo del acuerdo 'ad referéndum' es regular la división del terreno y el suelo utilizado para fines agrícolas de modo que se conserve para las explotaciones agrícolas, no se fragmente para la

⁵⁸ Ley sobre medidas para la mejora de la estructura agraria y para la protección de empresas agrícolas y forestales (ley alemana sobre el tráfico de bienes raíces) del 28.07.2961

⁵⁹ p.ej., aprobación para la división de terrenos forestales

conservación de unas superficies agrícolas lo suficientemente grandes, y la ampliación de las superficies de construcción en las ciudades y pueblos, y que la industrialización ordenada pueda ser controlada conforme a la planificación regional público-jurídica.

La obtención de la aprobación es tarea del notario en el marco de la organización del contrato, las autoridades autorizadas dirigen normalmente al notario sus consultas sobre la utilización de las superficies por parte del comprador. La instrucción notarial sobre la capacidad de aprobación de contratos tiene una gran relevancia para su viabilidad, y, de este modo, para la disponibilidad de las partes en el cierre del contrato para evitar los costes de unos contratos no viables y fracasados. Esto exige del notario que conozca los principios del procedimiento de aprobación y que esté informado sobre los requisitos de la capacidad de aprobación, valorando especialmente la utilización prevista en la explotación agrícola del comprador e incluyendo las consideraciones previsibles de las autoridades autorizadas en su asesoramiento.

Un problema particular en la escrituración de operaciones con bienes raíces en las zonas rurales lo representan los distintos derechos de prima y tributarios que, debido a la política agraria de la CE y su implementación en derecho nacional, hacen necesaria la realización continua de adaptaciones de las organizaciones de los contratos a la correspondiente situación jurídica. Pese a que los gremios profesionales que trabajan en el ámbito agrícola están bien informados sobre las particularidades de los reglamentos de subvenciones y tributarios a través de sus organizaciones laborales, no obstante, sigue siendo necesaria una actividad asesora y de formulación prudente de contratos por parte del notario. Debe aclarar si para el para el objeto contractual se solicitaron derechos de prima conforme a la ley del 21.07.2004 para la conversión de la reforma de la Política Agraria Común (PAC) y si se alegaron derechos de pago, así como sobre el derecho de disposición sobre los derechos de pago.⁶⁰ A esto se asocia normalmente en el contrato una asignación de los derechos, con lo que las particularidades vuelven a depender de la utilización prevista de las superficies o los derechos de contratos de arrendamiento. En este sentido, el asesoramiento para el notario es parte de la obligación de instrucción y no genera ningún coste especial para las partes, a diferencia de cuando se recurre a abogados. Por tanto, en estos casos una vinculación personal con las

⁶⁰ Sobre la base del reglamento (CE) 1782/2003, reglamento (CE) 795/2004, reglamento (CE) 796/2004, de la ley federal de ejecución de primas, el reglamento de ejecución de primas de explotación y el reglamento del sistema integrado de administración y control (norma sobre primas de explotación)

particularidades jurídicas y económicas de las explotaciones agrícolas es muy útil para el notario en una región rural, e incluso necesaria.

- b) La construcción de bienes inmuebles predominante en pequeñas ciudades y pueblos de Alemania con viviendas unifamiliares condiciona un aspecto central adicional de la actividad de los notarios en las regiones rurales. Mientras que en el entorno urbano, la urbanización de terrenos edificables es realizada principalmente por los municipios o por los concesionarios de la ejecución de planes urbanísticos contratados por éstos, en las regiones rurales, los bienes raíces son vendidos normalmente para fines de edificación por propietarios privados o conforme al derecho de superficies. A causa del fuerte incremento de los precios de los bienes inmuebles, los terrenos construidos normalmente se dividen, lo que hace necesaria la aclaración de la urbanización de las superficies parciales mediante los derechos de servidumbre y de paso de corriente eléctrica y a proteger en el registro de la propiedad, bajo consideración también de las obligaciones para la fijación de los caminos y su mantenimiento, así como los costes del tendido y la renovación de líneas. Dado que las partes normalmente no son asesoradas de otro modo, el notario se ve con frecuencia obligado a familiarizarse con la situación del derecho de la construcción y a proponer reglas sobre las que las partes no habían pensado hasta el momento. Los contratos de este tipo deben prepararse y formularse de forma individual, lo que está asociado a una demanda mayor de tiempo por parte del notario en comparación con los contratos de construcción en un ámbito de construcción urbanizado por un concesionario de la ejecución de planes urbanísticos, donde los contratos se conciertan normalmente de forma idéntica.
- c) Frente a esto, en el cierre de contratos de compra de bienes raíces el notario que realiza su actividad en áreas urbanas normalmente debe aclarar y regular minuciosamente problemas que están asociados con la carga del suelo por sustancias nocivas. Las sustancias nocivas en o sobre el suelo que suponen un peligro para el agua del subsuelo o emisiones perjudiciales para la salud, y su eliminación, que exige un elevado gasto financiero, se valoran con cada vez más sensibilidad en las discusiones políticas públicas y deben considerarse de forma prudente en la formulación de contratos.⁶¹ A través de la ley para la protección del suelo⁶² esto se reguló de forma público-jurídica para el ámbito esencial de formulación notarial de contratos y debe precisarse mediante normas contractuales.

⁶¹ Sobre esta cuestión existe una amplia bibliografía, p.ej., Previsión en MittBayNot 1999, 232, Schürmann en MittRhNotK 1994, 1

⁶² Ley del 13.03.1998 código civil alemán I I 502, ley federal de protección del suelo

Además, de la eliminación de modificaciones perjudiciales del suelo responde el correspondiente propietario del terreno, el titular del señorío real (p.ej., arrendador, comprador, sobre el que la propiedad, la utilización y las cargas ya están transmitidas, superficiario), el causante de la contaminación y todos los propietarios anteriores de un terreno, cuando hayan transferido el terreno después del 01.03.1999 y conocían o debían conocer la modificación perjudicial del suelo o las cargas antiguas (negligencia). Aunque la ley contiene una regulación sobre la compensación en la relación interna entre los sujetos responsables solidarios⁶³, basada en la responsabilidad de los propietarios y tenedores anteriores, no obstante, la responsabilidad y la participación en los costes deben regularse de forma precisa entre las partes contractuales para evitar conflictos posteriores cuando los costes de las cargas antiguas sean superiores a lo estimado.

La instrucción por parte del notario es absolutamente necesaria en tales casos.⁶⁴ La formulación de contratos por parte del notario debe considerar si las antiguas cargas son o no conocidas, si existen superficies sospechosas y si se conoce la carga de sustancias nocivas. Normalmente, el notario recomendará la intervención de un perito. A su vez, el notario debe ponderar los distintos intereses de las partes y la idoneidad del acuerdo o la limitación de derechos por vicios ocultos, y, dado el caso, realizar propuestas para la asunción del riesgo de cargas antiguas para el vendedor y una liberación correspondiente de obligaciones de compensación. En estos casos, el comprador asume con frecuencia costes hasta un importe determinado para la subsanación de cargas antiguas a partir del cual el vendedor responde de los costes, ambas partes se reservan derechos de renuncia cuando la carga financiera supera los costes estimados. A causa de las incertidumbres de los hechos y en la valoración de los costes, las formulaciones de contratos de estas características exigen del notario empatía y precaución así como unos conocimientos técnicos.

- d) Una actividad notarial jurídicamente complicada con relación a los bienes raíces reside en la formulación y el desarrollo de los denominados contratos de promotores. Estos son contratos de una empresa⁶⁵ que, en el ejercicio de su actividad, vende terrenos con edificios construidos sobre ellos o viviendas de propiedad a consumidores⁶⁶. Estas formulaciones de contratos se componen de elementos del derecho de compra, de contratos de explotación y del derecho de la prestación de

⁶³ Art. 24 de la ley federal de protección del suelo

⁶⁴ Previsión en MittBayNot 1999, 232

⁶⁵ art. 14 del código civil alemán

⁶⁶ art. 13 del código civil alemán

servicios, con la consecuencia de que deben formularse contratos extensos y complicados cuyo equilibrio depende esencialmente de la prudencia y la neutralidad del notario. Normalmente, el consumidor debe tener los borradores del contrato de compra previsto dos semanas antes del plazo de escrituración para que tenga suficiente tiempo para leer y comprobar el contrato previsto y que el notario o un tercero le expliquen la importancia de las formulaciones. Los contratos de promotores comprenden, además de la regulación de las relaciones jurídicas típicas entre las partes, partes ampliamente técnicas, como la descripción del edificio a construir, con lo que el notario debe insistir con frecuencia en la previsión de las obligaciones jurídicas de explotación para proteger frente a perjuicios al consumidor, normalmente inexperto.⁶⁷

Para el notario que trabaja en una región rural, surge en este sentido el problema de que muchos compradores acuerdan con el empresario que una parte de los servicios a prestar por la empresa se realicen en el marco del progreso de la obra. El motivo de ello es normalmente la propia competencia artesanal y la posibilidad de solicitar la ayuda familiar y de amigos en la realización de servicios propios, y ahorrar así partes sustanciales del precio de compra. En estos casos, para la formulación de contratos por parte del notario se presenta la tarea de considerar en la configuración del contrato las interferencias poco previsibles con antelación en caso de superación de plazos o por el surgimiento de defectos. En el entorno urbano, estas formulaciones de contratos son poco comunes, porque allí predomina la construcción de pisos, y los servicios propios de los propietarios en la construcción de viviendas en propiedad sólo se permiten en un alcance limitado por razones técnicas.

El extremadamente bajo número de conflictos en la construcción de viviendas por parte de promotores, especialmente la protección de los compradores en caso de insolvencia del promotor a través de la formulación cautelosa del contrato por parte del notario, da fe de la calidad de los contratos elaborados por los notarios en este sentido.

⁶⁷ Para más información sobre la contribución del notariado al desarrollo del derecho, consulte la exposición de Bandel en su contribución al tema I del Congreso UINL, 2007 B I, 1

III. Actividad en asuntos de derecho de familia y sucesorio

1. Acuerdos de derecho matrimonial y de familia

En el derecho de familia, la actividad del notario que trabaja en una zona rural no se diferencia sustancialmente de la actividad de los notarios en las ciudades. Los problemas de formulación de acuerdos matrimoniales, adopciones, acuerdos de separación o poderes asistenciales son prácticamente idénticos. Desde la perspectiva del notario, se plantean distintos problemas en el sentido de que los vínculos familiares son más estrechos en la zona rural. De este modo, existen menos tareas en la formulación de acuerdos matrimoniales o acuerdos para la ejecución de divorcios; en este sentido, se acepta la situación jurídica que responde de forma invariable a las relaciones sociales actuales de la población.

Para los actos jurídicos cotidianos es cada vez más importante la aclaración y la determinación del régimen de bienes conyugal de las partes de la escritura. Debido a la intensa migración en las últimas décadas, en Alemania existen muchos cónyuges con diferente nacionalidad, de modo que no siempre está claro qué normas de nacionales de derecho económico-matrimonial son de aplicación. Los acuerdos matrimoniales exigen la escrituración notarial y son eficaces sin aprobaciones judiciales adicionales. Mientras que el régimen legal de bienes, que es una separación de bienes, y la separación de bienes estricta incluida en el acuerdo matrimonial no puedan incluirse en el registro de la propiedad, deben inscribirse en el registro de la propiedad regímenes de bienes diferentes, especialmente la comunidad de bienes o regímenes de bienes extranjeros. Dado que en la práctica apenas se efectúan inscripciones en el registro de la propiedad de bienes, el notario debe determinar el régimen matrimonial mediante preguntas a las partes, indicarlo en la escritura, y, dado el caso, encargarse de la elaboración del acuerdo matrimonial. Ya que es poco frecuente que cónyuges de distinta nacionalidad celebren acuerdos matrimoniales, el notario tiene la tarea de determinar los hechos y documentar en la escritura de cuáles se produce el régimen de bienes conyugal según las normas del derecho internacional privado. La relación con el extranjero de la actividad notarial ha aumentado significativamente en los últimos años en la práctica y presenta dificultades debido al desconocimiento de las partes de los problemas que de ello se derivan y a la comprensión insuficiente de las consecuencias jurídicas. Los notarios en ciudades con una proporción superior a la media de habitantes extranjeros deben resolver estos problemas con más frecuencia que los notarios en regiones rurales.

Por otra parte, los cónyuges con una actividad empresarial tampoco regulan normalmente sus relaciones de derecho económico-matrimonial mediante un acuerdo matrimonial, ya que la separación de bienes esencial existente en virtud de la ley no ofrece aparentemente ningún motivo por el que regular contractualmente los peligros para la existencia de la familia a causa de la responsabilidad personal por las obligaciones de la empresa. Con frecuencia, el notario está obligado, con motivo de una actividad pública, a realizar indicaciones para formulaciones adecuadas, que le resultarán más sencillas y que antes serán esperadas por parte del mandante cuanto más tiempo lleve realizando un asesoramiento notarial. La vinculación de la actividad pública en el mismo lugar hace que el notario que ejerce su actividad en una zona rural tenga un conocimiento amplio de las relaciones personales, familiares y económicas de sus mandantes, mientras que los asesores fiscales y los abogados en su función de asesoramiento sólo tienen conocimiento de aspectos parciales. Por tanto, el notario es normalmente el asesor exclusivo para las disposiciones jurídicas internas de las familias.

2. Regulaciones de derecho sucesorio

En las zonas rurales, la proporción de casas y viviendas que están en propiedad de los habitantes es claramente superior que en las ciudades en las que predominan las viviendas de alquiler. Mediante la adquisición de los bienes inmuebles, el ciudadano en una zona rural está en contacto con el notario con más antelación y frecuencia que el ciudadano en una zona urbana. Con motivo de la adquisición de una vivienda, se demanda información al notario sobre las exigencias que surgen de ello para realizar de forma previsora configuraciones de derecho sucesorio. Las normas del derecho sucesorio legal, el cálculo de los derechos de legítima y las posibilidades de configuración mediante poderes anticipados testamentarios, se desconocen en gran medida. En estos casos, es tarea del notario indicar la necesidad de la regulación, sin que su actividad pública se vea gravada como vendedor.

En este sentido, los mandantes con una actividad empresarial también confían sus asuntos jurídicos al mismo abogado, pero raras veces consultan con él sus disposiciones testamentarias. Pese a que el ordenamiento jurídico alemán ha logrado una amplia sencillez de forma para los poderes anticipados testamentarios mediante la posibilidad de elaborar un testamento manuscrito, menos de una tercera parte de los fallecidos testamentan declaraciones eficaces para la regulación de su última voluntad. Cuanto más tiempo esté familiarizado el notario con las relaciones personales y económicas de sus mandantes, antes solicitará el mandante de él un asesoramiento y una ayuda de forma

espontánea. La vinculación más estrecha del notario en las regiones rurales con sus clientes caracteriza en este sentido las expectativas de sus mandantes frente al entorno urbano.

3. Contratos de transmisión en el transcurso de la sucesión anticipada

a) A diferencia de las familias en áreas urbanas, en las zonas rurales suelen vivir varias generaciones bajo un mismo techo. Para el notario que trabaja en zonas rurales, una de sus tareas típicas consiste en la regulación de los problemas de derecho de familia y de derecho sucesorio, cuando un hijo permanece en la casa de los padres, amplía ésta mediante sus ahorros propios y mediante créditos adicionales, la complementa con una vivienda adicional, y se debe regular posteriormente la sucesión generacional con compensación del hijo que ya no vive en la casa de los padres. Para las configuraciones en éste ámbito no se demanda un asesoramiento unilateral por parte de un abogado, sino la valoración neutral e independiente de las circunstancias y el asesoramiento y la configuración contractual desarrollados a partir de ello por parte del notario.

Según las circunstancias familiares y fiscales el notario recomienda en casos similares una transmisión del inmueble por medio de la sucesión anticipada en su totalidad o la transmisión de la vivienda a edificar después de la formación de dos unidades residenciales independientes conforme a las normas de la ley sobre la propiedad horizontal. Las configuraciones fiscales adecuadas no siempre se corresponden con las ideas familiares de las partes, de modo que el notario debe intermediar y, además de la instrucción sobre la situación jurídica y las posibilidades jurídicas de configuración, debe asumir la tarea de un mediador.

b) También cuando los padres pueden transmitir su patrimonio a un hijo sin querer que otros hijos participen en el contrato de transmisión o considerar sus derechos legales, el notario está obligado, a causa de su obligación de asesoramiento, a hacer referencia a los posibles derechos complementarios a la legítima futuros de los hijos que no figuran en el contrato. Siempre que un testador realice una donación, los autorizados a la legítima pueden exigir durante diez años como complemento de la legítima el importe por el que se aumente la legítima cuando el objeto regalado se añadió a la herencia (art. 2325 del código civil alemán). La legítima es un derecho de pago frente a los herederos por un importe que se corresponde a la mitad del valor de la herencia legal. Con frecuencia, este importe no puede financiarse, ya que el criterio para el

cálculo del valor comercial del afectado es el patrimonio. Dado que, según el derecho alemán, un autorizado a la legítima puede renunciar a su derecho a la legítima mediante acuerdo con el futuro testador, con efecto simultáneo frente a sus descendientes, el notario recomienda siempre en la práctica hacer participar en los acuerdos de transmisión a todos los hijos con derecho a la legítima, regular su compensación del patrimonio paterno y declarar una renuncia a derechos a la legítima posteriores.

En las relaciones normales patrimoniales y de ingresos de una vivienda y de ahorros que se dan normalmente con diferentes cuantías en las regiones rurales, la transmisión de la vivienda utilizada o una parte de la misma estará normalmente asociada a la atención personal en la época de vejez y enfermedad. La configuración de este sustento vitalicio exige del notario en el asesoramiento y en la configuración jurídica sensibilidad por las relaciones familiares y personales, la armonía y las eventuales posibilidades de conflicto en la familia, así como una consideración de los servicios razonables y a prestar de la generación más joven frente a los derechos posiblemente amplios de los padres que transmiten su patrimonio. Con frecuencia se pregunta al notario qué servicios considera razonables, lo que le fuerza a asumir el papel de un juez arbitrador, que no puede ejercer en virtud de sus obligaciones del cargo.

El contenido de las regulaciones en la transmisión de la vivienda es un derecho de habitación sobre los espacios residenciales necesitados por la generación más antigua, según las circunstancias locales, en comunidad familiar con los cesionarios o en una vivienda finalizada. El cuidado en la vida diaria se regula mediante una obligación para la manutención y la asistencia y el cuidado personal. Sólo cuando se transmiten unidades económicas, p.ej., una explotación industrial o una explotación agrícola, se acuerda un pago de una renta adicional. Estas regulaciones conceden a la generación mayor un derecho de habitación gratuito y una atención doméstica amplia en la casa transmitida y previenen así el traslado no deseado hacia una residencia de ancianos. Estas prestaciones pueden protegerse en el registro de la propiedad. Según cada caso particular, el notario recomienda en este tipo de casos acordar de forma complementaria normas vinculantes según el derecho de sucesiones en forma de acuerdo sucesorio o también limitaciones de disposición para la vivienda en propiedad no transmitida mediante la constitución de derechos de transmisión condicionales como contravalor por las obligaciones contraídas para el cuidado y la atención de la generación más antigua.

c) Mientras que los derechos legales a la legítima pueden extinguirse mediante una renuncia a la legítima o mediante el transcurso de diez años, posiblemente en el futuro mediante una reforma del derecho a la legítima⁶⁸ mediante la reducción de la cuantía del derecho a lo largo de los años o una posibilidad de aplazamiento del pago, la inclusión de los derechos jurídico-sociales del cedente en la formulación del contrato es normalmente difícil de acordar. Dado que, por naturaleza, los derechos público-jurídicos del derecho social en los acuerdos de derechos privados a escriturar por el notario no pueden ser modificados en perjuicio del titular de los servicios sociales, se requiere un conocimiento amplio del derecho social y la aclaración sobre los derechos existentes y posibles por parte del notario. A través de un contrato de transmisión, los derechos jurídico-sociales no deberían ponerse en peligro, ya que, en muchos casos, la generación más antigua tiene conocimiento sobre la atención en la época de vejez y enfermedad. Por tanto, los servicios de atención constitutivos en la familia deben regularse subsidiariamente en su contenido, esto es, de forma secundaria a los derechos jurídico-sociales concedidos en virtud de la ley.

Con frecuencia, entre las partes contractuales existe la idea de que podrían evitar, mediante la transmisión de valores patrimoniales en vida, una utilización posterior del patrimonio cedido para sufragar los costes de manutención en la vejez, cuando éstos son prestados por el titular de los servicios sociales con derecho de regreso. Cuando los ingresos de la atención en la vejez propia no son suficientes, debe utilizarse el propio patrimonio para sufragar los costes de la vida diaria. Los valores patrimoniales transmitidos de forma gratuita pueden, en caso de empobrecimiento del donante, exigirse durante diez años desde la transmisión para la financiación de la manutención del donante (art. 528 del código civil alemán), lo que puede poner en peligro la posición jurídica del cesionario después del cierre del contrato de transmisión.

Esta posición jurídica amplía en la práctica la necesidad de asesoramiento sobre la situación jurídica por parte del notario respecto a las obligaciones de manutención de los hijos frente a sus padres. Un conocimiento y una regulación de sus posibles obligaciones sobre la base de la obligación de mantenimiento existente en virtud de la ley hacen normalmente que los hermanos del cesionario pongan condiciones a su renuncia a la legítima respecto a sus padres. Siempre que los ingresos y el patrimonio del cedente no sean suficientes para costear sus propios gastos razonables de manutención, existen las obligaciones de manutención legales de los hijos que el

⁶⁸ Compárese en este sentido Röthel, Entrevista en NJW Audio-CD 1/07 y en el contexto de la reforma del derecho sucesorio Hüttemann/Rawert en Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), 16.02.2007, página 34

estado, como titular de la ayuda social, se transfiere a sí mismo cuando debe responder por la manutención en prestación anticipada. Esta exigencia posible representa una amenaza sobre todo en los casos en los que el traslado a una residencia de ancianos, con su correspondiente coste elevado, ya no puede financiarse con los propios recursos de la generación más antigua. Precisamente en las regiones rurales, los hijos suelen solicitar de forma apremiante la transmisión del patrimonio para evitar esta exigencia. Las diferencias de opinión familiares resultantes se comentan normalmente con el notario, quien debe mediar entre los distintos intereses de la antigua generación, del cesionario y los hijos. El notario también asume en estos casos la responsabilidad, como titular de un cargo público, de reserva impuesta por la configuración del contrato cuando deben tratarse las normas de las posibilidades de regreso estatales. La imparcialidad de su función pública rige frente a todas las partes, no sólo frente a las partes de la escritura, sino también frente a los intereses estatales en un regreso sobre los valores patrimoniales que estén destinados a sufragar los costes de manutención en la vejez. En estos casos, el notario necesita para la preparación y la escrituración, además de unos conocimientos jurídicos amplios, sensibilidad por la necesidad de asesoramiento y las emociones de las partes, paciencia y mucho tiempo, sobre todo la autoridad del cargo público y la confianza fundada sobre ésta de las partes en su neutralidad. A causa de los distintos intereses de las partes, esta tarea no podría ser asumida por un abogado contratado para la defensa de los intereses del mandante, mientras que, por otro lado, las partes desean resolver la regulación dentro de la familia y sin el asesoramiento externo, sobre todo sin los altos costes adicionales asociados a ello.

- d) Las configuraciones contractuales de este tipo no tienen lugar cuando las relaciones de vivienda no incluyen varias generaciones bajo un techo. El notario que trabaja en zonas urbanas debe proponer en estos casos configuraciones para la utilización del patrimonio existente, incluida la vivienda en propiedad de uso propio para la financiación de los costes adicionales de manutención en la vejez, p.ej., mediante la celebración de un contrato de compra, asociado con un derecho de habitación para el vendedor y el pago del precio de compra a plazos. Las exigencias a los notarios de proponer contratos adaptados a las relaciones personales de las partes implicadas crecerán en el futuro, ya que el número de familias sin hijos aumenta y las familias con varios hijos y varias generaciones permanecen típicamente bajo un techo en las regiones rurales.

4. Contratos de transmisión de explotaciones agrícolas

- a) Las normas especiales para la venta de terrenos agrícolas se complementan mediante regulaciones del derecho sucesorio especial de la economía agrícola. Para el notario que trabaja en zonas rurales, la configuración de contratos para la transmisión de explotaciones agrícolas a la siguiente generación es una especialidad y, con frecuencia, una tarea profesional compleja.

El derecho agrario vigente en Alemania es homogéneo por razones históricas y se compone de una combinación de normas de derecho federal y regional. De forma común para toda la nación rigen las normas sobre la explotación agrícola (arts. 2049, 2312 del código civil y arts. 13 y siguientes de la ley del tráfico inmobiliario respecto a la transmisión de explotaciones agrícolas a coherederos). Mediante estas normas debe garantizarse en el interés público la conservación de granjas productivas en familias campesinas, y también en el interés de la protección del suministro de alimentos así como, especialmente, de la conservación del paisaje rural y el medioambiente para fines de recuperación y garantía de un aire limpio y suministro de agua limpia. Esto justifica una reducción de la estimación en el cálculo de derechos sucesorios y de la legítima sobre el valor capitalizado de la rentas en perjuicio de los herederos excluidos para limitar la carga financiera del sucesor de la explotación. Este interés público-jurídico está permitido de forma constitucional pese al tratamiento desigual para la valoración del resto del patrimonio en el cálculo de los derechos sucesorios.⁶⁹

- b) A su vez, existe un derecho federal en partes de Alemania en forma de una ordenanza de haciendas agrícolas⁷⁰. Se trata de un derecho sucesorio especial regional para todas aquellas explotaciones agrícolas que están indicadas en la reseña de haciendas agrícolas del registro de la propiedad como haciendas agrícolas o que, pese a no estar inscritas, son haciendas agrícolas en el sentido del art. 1 de la ordenanza de haciendas agrícolas. Para explotaciones que no satisfacen este requisito, p.ej., a causa de la cancelación de la reseña de haciendas agrícolas bajo solicitud del propietario, son de aplicación las anteriores normas del punto a). Para la protección de

⁶⁹ Tribunal Constitucional Federal en NJW 1985, 71 para el caso de la compensación de bienes gananciales en caso de una separación matrimonial y resoluciones del Tribunal Constitucional Federal 91, 346 sobre la asignación de la explotación agrícola a un coheredero al valor de la rentas. Un aspecto que necesita una reforma es la tributación de la transmisión de explotaciones agrícolas para donaciones y en la herencia, después de que el Tribunal Constitucional aboliese mediante resolución del 07.11.2006 -1BvL 10/02 la configuración actual del procedimiento de valoración y encomendase al legislador regular hasta el 31.12.2008 un procedimiento de valoración y tributación acorde a la constitución.

⁷⁰ La ordenanza de haciendas agrícolas del Noroeste de Alemania rige en Hamburgo, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Schleswig-Holstein

una explotación adecuada de la hacienda agrícola es necesaria la determinación de la solvencia del heredero de la hacienda agrícola (art. 6 de la ordenanza de haciendas agrícolas) como requisito para la transmisión de la hacienda agrícola en vida o por muerte, lo que se certifica mediante un certificado sucesorio agrícola⁷¹ del juzgado de agricultura. La ordenanza de haciendas agrícolas prevé en primer lugar una sucesión de derechos a un hijo con un derecho temporalmente limitado de administración y usufructo del cónyuge superviviente sobre la hacienda agrícola (art. 14 de la ordenanza de haciendas agrícolas), que se sustituirá mediante un sustento vitalicio después de la supresión de esta autorización. La compensación de los herederos excluidos de la sucesión agrícola se efectúa mediante unos importes bastante reducidos, muy inferiores al valor comercial, y, normalmente, también inferiores al valor capitalizado de las rentas. Para la compensación, el legislador ha regulado una norma de compensación adicional, limitada a 20 años, para el caso de una enajenación parcial o total o la liquidación de la explotación agrícola por parte de los herederos de la hacienda agrícola.

Asimismo, en algunos estados federados existen leyes de derecho agrícola especiales que tienen una relevancia práctica inferior a la ordenanza de haciendas agrícolas en el noroeste de Alemania.

- c) Para el notario en regiones rurales, esta regulación especial del derecho sucesorio de explotaciones agrícolas significa una especialización en un derecho especial muy complejo. La determinación de si una hacienda agrícola reúne los requisitos de la ordenanza de haciendas agrícolas es, en casos extremos, muy complicada y exige además del conocimiento de las normas legales y de la amplia jurisprudencia sobre el tema, también, y sobre todo, conocimientos de los procedimientos agrícolas en la economía agraria. Mediante la modificación numérica del número de reses, la clasificación de una hacienda agrícola para la ordenanza de haciendas agrícolas puede modificarse sin inscripción en el registro de la propiedad ni en el directorio de haciendas agrícolas: en caso de aumento del valor económico la hacienda agrícola aumenta su calidad en virtud de la ley, y puede perderla en caso de enajenación de la explotación agrícola o por liquidación de la explotación. Con frecuencia, esta circunstancia no es conocida por las partes, de modo que el notario debe indagar las relaciones reales. Además, el nombramiento de herederos o la transmisión de la hacienda agrícola a un sucesor de derechos son sólo eficaces cuando el sucesor es solvente, esto es, cuando es capaz de explotar la hacienda agrícola que se le

⁷¹ Certificado sucesorio respecto a la hacienda agrícola inscrita

transmite de forma independiente y rentable según su capacidad física y mental, según sus conocimientos y su personalidad (art. 6, párr. 7 de la ordenanza de haciendas agrícolas). El notario debe informar a las partes de este hecho mediante preguntas, en caso contrario, la aprobación de contrato por parte del tribunal agrícola⁷² no puede efectuarse. El nombramiento testamentario de un heredero de la hacienda agrícola está principalmente caracterizado por la incertidumbre sobre si la calidad de la hacienda agrícola o la solvencia del heredero de la hacienda agrícola se asumen erróneamente o no se dan posteriormente con la consecuencia de una pérdida de eficacia de las disposiciones asumidas.

- d) Las explotaciones agrícolas se transmiten al heredero de la hacienda agrícola principalmente en vida del explotador. En estos contratos debe regularse el cuidado de la generación más antigua mediante un derecho de habitación, una norma sobre la atención y el cuidado en la época de vejez y enfermedad y, normalmente, a causa de las bajas pensiones de jubilación, también mediante un sustento vitalicio en efectivo. Esto exige una valoración de la productividad de la hacienda agrícola por parte del notario. Con frecuencia, no se prestan financieramente las pretensiones de la generación más antigua por parte de los cesionarios de la hacienda agrícola, con la consecuencia de que, la autorización necesaria según la ordenanza de haciendas agrícolas es rechazada por parte del tribunal agrícola. El notario debe informar con relación a esta finalidad sobre la productividad de la hacienda agrícola y proponer una solución justa para todas las partes.

Con la transmisión de la hacienda agrícola a un descendiente con derecho a heredar la hacienda agrícola, el contrato de transmisión rige en favor de los otros descendientes como herencia (art. 17, párr. 2 de la ordenanza de haciendas agrícolas). Con ello, es necesaria en la práctica una participación de los denominados herederos excluidos en el contrato de transmisión. Esto siempre es necesario cuando a los terceros, especialmente los hermanos del cesionario de la hacienda agrícola, se les debe conceder un derecho de habitación u otro derecho material, ya que, normalmente, ello no se puede solicitar de forma eficaz sin su participación. El notario debe instruir sobre esto.⁷³

El cálculo de los derechos legales de compensación de los herederos excluidos se realizaba hasta ahora con la valoración de la hacienda agrícola según el importe equivalente a una vez y media la valoración fiscal (art. 12, párr. 1 p. 2 de la ordenanza

⁷² también parte de la jurisdicción voluntaria y concentrado de forma esencial en los tribunales municipales

⁷³ Tribunal Superior Federal en NJW 1993, 2617

de haciendas agrícolas). Dado que las valoraciones fiscales se determinan sobre la base del año 1964 y que el legislador ya no realiza la adaptación prevista, el Tribunal Superior Federal ha resuelto realizar una corrección mediante la determinación del valor de la hacienda agrícola vigente el día de la compensación para el desarrollo del derecho⁷⁴. La adaptación exigida por la jurisprudencia no es aplicable en la práctica, con la consecuencia de que al notario se le solicita regularmente que proponga un importe de compensación razonable. La práctica da fe de la amplia confianza de las partes en la objetividad del notario, que también debe mediar en dichos casos observando su obligación de neutralidad para la consecución de un acuerdo entre las partes. Esto hace que, con frecuencia, sean necesarias largas consultas en los contratos de transmisión a haciendas agrícolas antes de la escrituración, pero contribuye en la práctica a una regulación justa, a la equidad social y a evitar confrontaciones jurídicas. El notario sólo puede realizar esta tarea haciendo énfasis y respetando su función como titular de un cargo público.

- e) Usualmente en los contratos de transmisión de haciendas agrícolas existen también normas sobre los derechos de compensación futuros de los herederos excluidos para el caso de enajenación de la hacienda agrícola al completo o de partes de la hacienda agrícola. En este sentido, los acuerdos dependen de la respectiva situación local y de las perspectivas económicas. Esto afecta tanto a las regulaciones para el caso de que se revaloricen superficies de la hacienda agrícola mediante planificaciones urbanísticas (p.ej., como terrero edificable) como para los casos de explotación de las riquezas del subsuelo o la reagrupación del patrimonio de explotación en el marco de la modificación de la explotación. Estas cuestiones reguladas parcialmente en la ordenanza de haciendas agrícolas deben ser totalmente aclaradas a través del notario con las partes contractuales del contrato de transmisión y reguladas en la escritura, sobre todo cuando a falta de aplicabilidad de la ordenanza de haciendas agrícolas sólo deben considerarse las normas sobre la explotación agrícola (art. 2049, 2312 del código civil alemán).

El legislador no ha tenido suficientemente en cuenta las altas exigencias a la capacitación del notario y la gran cantidad de tiempo normalmente necesaria, fijando los costes notariales, por motivos sociales, en un importe no razonable, con lo que sólo una pequeña fracción del valor real de la hacienda agrícola es la referencia para el cálculo de los costes.⁷⁵

⁷⁴ Tribunal Superior Federal, decisión del 17.11.2000 en el reglamento agrícola de 2001, 52

⁷⁵ Art. 19, párr. del reglamento alemán de precios limita el valor al importe equivalente a cuatro veces la última valoración fiscal

IV. Ordenaciones de derecho de sociedades

1. Constitución de sociedades

a) El aspecto central de la colaboración notarial en el derecho de sociedades es la función del notario en el marco de la constitución de una sociedad. La forma empresarial preferida en Alemania es actualmente la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH).⁷⁶ El contrato societario exige la escrituración notarial (art. 2 de la ley alemana sobre sociedades anónimas); se produce una vez efectuada la inscripción en el registro mercantil. Lo mismo vale para la sociedad anónima (AG), una forma de sociedad mucho menos difundida⁷⁷, y cuya constitución está concentrada en áreas bastante más desarrolladas económicamente, de modo que el notario que realiza su actividad en áreas rurales rara vez se ocupa de las cuestiones jurídicas que afectan a las sociedades anónimas.

La celebración de acuerdos societarios de la sociedad comercial personal no necesita una escrituración notarial, si bien, los socios fundadores prefieren con frecuencia el asesoramiento del notario y la formulación del contrato por parte de éste debido a su independencia y neutralidad, en vez de un borrador del asesor fiscal o del abogado. Desde la perspectiva de las partes implicadas, el notario es un garante de una configuración adecuada del contrato gracias a su función como titular de un cargo público. Los costes imputados por él son claramente inferiores a las remuneraciones que facturan los abogados o los asesores fiscales en los casos similares.

b) El notario que ejerce su función principalmente en regiones rurales está muy familiarizado con la constitución de cooperativas y el asesoramiento a éstas. Éstas son sociedades con un número de socios variable, que tienen como finalidad fomentar las ganancias o los ingresos de sus miembros mediante una explotación colectiva.⁷⁸ Por tanto, existen principalmente como cooperativas de crédito o cooperativas de consumo y están inscritas en el registro de cooperativas, que normalmente se lleva de forma paralela al registro mercantil. La constitución no necesita de la escrituración notarial.

⁷⁶ Al final del año 2003 existían en Alemania en torno a 935.000 sociedades de responsabilidad limitada con un capital social nominal superior a 175.000 millones de euros, conforme a Hansen GmbHR 2004, 39

⁷⁷ En abril de 2003, existieron por primera vez más de 15.000 sociedades anónimas inscritas en el registro.

⁷⁸ Ley sobre las cooperativas laborales y las cooperativas económicas (ley de cooperativas)

En los estados federados de Alemania del Este principalmente se explotan empresas agrícolas desde la reunificación como sociedades mercantiles, mientras que en los antiguos estados federados crecen las cooperaciones de explotaciones agrícolas en forma de sociedades de derecho civil. La configuración de sus contratos es una tarea especial obligatoria, sobre todo para los notarios que ejercen su función en zonas rurales, que exige conocimientos especiales del derecho agrícola, como en el caso de la transmisión de bienes raíces y las configuraciones de la sucesión.

Una tarea particular ampliamente delimitada de los notarios en las zonas rurales fue la conversión de las cooperativas de producción agrícolas en la forma jurídica antes de la reunificación de Alemania en sociedades en comandita jurídico-mercantiles. La realización satisfactoria de la reestructuración de la economía agrícola en los estados federados de Alemania del Este fue posible gracias a la inmediata creación de notarías en todo el país después de la reunificación y la ocupación de éstas por parte de notarios cualificados.

- c) Las normas legales sobre la aportación del capital de una sociedad de capital desde el punto de vista de la protección de los acreedores imponen al notario una obligación extensa de asesoramiento e instrucción sobre las obligaciones asociadas a ello y la responsabilidad personal de los socios fundadores y los directores de la empresa. Bajo la perspectiva de la fundación de sucursales sin necesidad un capital significativo en el caso de la *Limited* inglesa, el legislador alemán no sólo considera reducir drásticamente el capital mínimo a aportar en la fundación de una sociedad limitada.⁷⁹ Con ello se olvidan las buenas experiencias del pasado con el aumento del capital mínimo en el interés de la protección de los acreedores, pero también por motivos empresariales, para lograr una forma societaria aparentemente atractiva. Desde la perspectiva del asesoramiento notarial, la reducción del capital mínimo debería estar vinculada a una intensificación de la responsabilidad personal de los socios y de los directores de empresa, cuando, en contra de las reglas comerciales, exploten la empresa opere sin aportación de capital suficiente. La implementación consecuente de esta responsabilidad limitada volvería a aproximar a muchos fundadores de una sociedad de capital a la forma jurídica de una sociedad personal.

⁷⁹ Conforme a Ley para la modernización del derecho de la GmbH a 10.000,00 € en Holanda para la *besloten vennootschap (b.v.)* en vez de 18.000,00 € desde ahora un capital mínimo de unos céntimos de euros conforme al proyecto de ley del ministerio de justicia

2. Enajenación de participaciones societarias en sociedades de responsabilidad limitada

Mientras que la transmisión de participaciones societaria o partes de éstas en sociedades personales es eficaz sin la escrituración notarial del contrato de transmisión y sólo la inscripción de la modificación de la condición de los socios en el registro mercantil necesita una certificación notarial, la eficacia de un acuerdo sobre la enajenación de participaciones societarias en una sociedad limitada y la ejecución mediante la cesión es independiente de que el contrato se celebre en una escritura notarial (art. 15, párr. 3 y párr. 4 de la ley alemana sobre sociedades anónimas). Esta exigencia de forma es típica para la situación jurídica alemana y no es impuesta por la mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros. Se basa en que las participaciones societarias en una sociedad limitada conservan su independencia (art. 15, párr. 2 de la ley alemana sobre sociedades limitadas) y no se fusionan mediante la agrupación en la mano de un socio. A diferencia de una sociedad en comandita, en la que un socio comanditario sólo está inscrito en el registro mercantil con un capital comanditario único, el socio de una sociedad limitada que adquiere la mayoría de las participaciones societarias las conserva como derechos independientes. Estos no surgen del registro mercantil, ya que el socio de una sociedad limitada no está identificado en éste. Sólo en uno de los cuadernos separados del tribunal del registro puede verse la lista actual de los socios. Por tanto, en el contrato de enajenación debe indicarse suficientemente la participación societaria, señalando el importe nominal. Esto ocasiona con frecuencia una investigación meticulosa por parte del notario sobre la evolución de las participaciones societarias desde la constitución de la sociedad, especialmente sobre las divisiones, las acumulaciones y las fusiones realizadas entretanto de participaciones societarias. La cesión de una participación societaria no especificada de forma precisa o no existente se considera nula.⁸⁰ Dado que una adquisición de buena fe de participaciones societarias no existentes está excluida, incluso cuando la adquisición aparezca como eficaz en la lista de socios depositada en el registro mercantil, existe en este sentido una responsabilidad del notario, normalmente duradera y de efecto prorrogado, por la determinación no esmerada de los derechos de los socios.⁸¹

⁸⁰ Winter en Scholz/Winter, Comentarios sobre la ley alemana sobre sociedades limitadas art. 15 Rnr. 40

⁸¹ En el borrador de una ley para la modernización del derecho de la sociedad limitada (MoMiG) se propone permitir una adquisición de buena vez, bien después del vencimiento del plazo o, lo que recomienda el notariado, sobre la base de la escrituración notarial sobre las participaciones societarias existentes.

3. Inscripciones en el registro mercantil

- a) La formulación de los contratos societarios y los estatutos está relacionada material y temporalmente con la actividad del notario en la escrituración de las inscripciones en el registro. Las inscripciones en el registro mercantil, el registro de asociaciones y el registro de cooperativas necesitan la certificación de las firmas por parte del notario; normalmente, el notario elabora también el texto de la inscripción, ya que la formulación de la inscripción correcta suele llegar mucho tiempo y contener errores a causa de las formalidades a observar. Cuando el notario no formula en dichos casos contratos societarios que necesiten de escrituración, sigue actuando, no obstante, en su calidad de titular de un cargo público, con la consecuencia de que no está autorizado a cargar por los servicios prestados en este sentido un importe diferente al que estipula el reglamento alemán de costes. El contexto material clasifica también la escritura firmada posteriormente de forma quirografaria dentro de la actividad pública notarial.
- b) Dado que la constitución de una sociedad personal es posible sin la exigencia de forma, el notario es requerido cuando la sociedad solicita su inscripción en el registro mercantil. Las cuestiones que deben inscribirse son el objeto de la sociedad y el poder de representación de los socios, y, en caso de sociedades en comandita, también las aportaciones comanditarias realizadas por los socios comanditarios, hasta el importe del que responden personalmente. Cuando el notario pregunta sobre los hechos a inscribir, surge frecuentemente la necesidad de instruir de forma detallada a los socios sobre la responsabilidad personal asumida con la constitución de la sociedad y los requisitos para la limitación de la responsabilidad. Especialmente para los socios aún inexpertos en temas comerciales de una sociedad de reciente constitución, se desarrolla en la práctica una conversación de asesoramiento a fondo para la configuración de las relaciones jurídico-societarias, a las que los socios fundadores no habían prestando la atención suficiente con relación a la idea de constitución. La obligación de una inscripción conjunta mediante todos los socios fundadores lleva a éstos normalmente a una primera charla a fondo sobre la constitución de su empresa con el notario como el asesor neutral. Por tanto, la instrucción por parte del notario sobre la importancia de la inscripción de la sociedad en el registro mercantil tiene en la práctica la misma función de aclarar cuestiones jurídicas y evitar así los conflictos futuros. Esta es una tarea adicional del notario en el marco de la constitución de empresas y del fomento de la economía, junto a las organizaciones estatales y privadas designadas para estos asuntos.

- c) Una función soberana adicional del notario resulta del art. 6 de la ley alemana sobre sociedades anónimas; un director de empresa recién nombrado debe garantizar que su nombramiento no va en contra de ninguna sentencia por un acto delictivo o por prohibición industrial. El notario realiza su obligación de instrucción conforme al art. 8, párr. 3, inciso 2 en comparación con el art. 39, párr. 3 de la ley alemana sobre sociedades limitadas y se incluye así dentro el control soberano de la comprobación de los requisitos personales para el ejercicio de un cargo como director de empresa.

D. Conclusión, resumen

I.

1. En la República Federal de Alemania el notario se encarga como titular independiente de un cargo público de la escrituración de actos jurídicos y de la ejecución de otras tareas en el ámbito de la administración de justicia cautelar a través de la administración de justicia de los estados federados. Se le encomiendan funciones soberanas, está sujeto a numerosas limitaciones en el ejercicio de su cargo que surgen de la naturaleza de su función. Actúa de forma público-jurídica, no sobre la base de las relaciones jurídicas con sus clientes, su cargo tiene unas competencias similares a las de un juez, pero no es un funcionario estatal, sino que responde personal y profesionalmente de las relaciones económicas propias, independientemente de su obligación.
2. Los centros notariales se crean sobre la base de la autoridad organizativa estatal según las necesidades de unas relaciones jurídicas adecuadas. Al notario se le asigna una sede del cargo y sólo puede ejercer su actividad de escrituración en su circunscripción. Su proximidad local garantiza que existan disponibles notarios en las zonas rurales con una población baja para el público que busca soluciones jurídicas. Unos ingresos suficientes como requisito para la independencia personal garantiza en las partes de Alemania en las que se solicita una la actividad exclusivamente notarial de los notarios, un respaldo a través de la caja de notarios a la que contribuyen los notarios, mientras que en las partes de Alemania en las que se solicitan los servicios de abogados además de los notariales, se da la base suficiente de la existencia mediante unos ingresos adicionales de la actividad como abogado.

La concentración de los servicios estatales mediante la reducción de tribunales y autoridades de administración en regiones rurales sólo es posible porque los ciudadanos en estas regiones tienen acceso a los registros y a las instituciones de jurisdicción voluntaria de forma cercana a través del notario. La información y la ejecución de los actos comerciales se realizan cada vez más de forma electrónica entre los notarios y los tribunales que llevan los registros.

3. El notario ejerce su cargo de forma personal y bajo su propia responsabilidad, y no puede limitar su responsabilidad contractualmente por errores de forma. Debe ejercer su cargo de forma independiente e imparcial, está obligado a un ejercicio del cargo imparcial y neutral. Tiene amplias obligaciones de aclaración de las circunstancias, de indagación de

la voluntad de las partes de la escritura y de instrucción sobre las consecuencias jurídicas de los actos jurídicos previstos. La independencia y la neutralidad del notario se protegen mediante numerosas limitaciones; en algunos casos no está autorizado a ejercer su actividad pública y tiene prohibido mediar en operaciones de préstamo o sobre bienes raíces o participar en éstas.

4. Los notarios no están especializados en campos determinados del derecho, sino que están obligados por su actividad en el cargo, a menos que exista un motivo de exclusión legalmente regulado. Los notarios deben ser juristas de pleno y son nombrados según el principio de selección óptima. Como consecuencia de la limitación de su actividad en el cargo a funciones soberanas exclusivas, su número, de unos 9.000 titulares del cargo, es reducido. A causa de sus funciones y su número no están en una relación de competencia con otras profesiones relacionadas con el asesoramiento jurídico, como los abogados o los asesores fiscales.

II.

1. Las circunstancias locales de la sede del cargo de un notario caracterizan su función, con la consecuencia de que las exigencias profesionales en regiones rurales se diferencian de las de las regiones urbanas. Las circunstancias locales y las distintas estructuras sociales condicionan los aspectos centrales en los campos del derecho en los que el notario debe trabajar, y afectan también a su autoridad personal y al alcance de las exigencias por el público que busca soluciones jurídicas. Normalmente, un notario que trabaja en zonas rurales se implicará muy a fondo en la configuración del contenido de los actos a escriturar al solicitarle las partes su opinión sobre si los acuerdos son razonables y justos. Con frecuencia, esperan de él propuestas para cuestiones en las que no han reparado o que todavía no han tratado de forma definitiva en ámbitos en los que en estructuras urbanas se recurriría al consejo de un abogado o de un asesor fiscal. Esto guarda relación con la confianza especial en la neutralidad e imparcialidad del notario, que caracteriza su actuación pública en las regiones rurales.
2. El notario es ampliamente responsable de la escrituración de actos con bienes raíces y la presentación de solicitudes en el registro de la propiedad. Su obligación pública se amplía a la obtención de autorizaciones, de modo que el notario que trabaja en áreas rurales debe conocer y observar las particularidades del tráfico de bienes raíces agrícolas. La consideración de derechos de prima y cuestiones jurídicas de contratos de arrendamiento sobre bienes raíces agrícolas, así como las particularidades de las exigencias de

aprobación según la ley sobre el tráfico de bienes raíces exigen unos conocimientos jurídicos especiales. El notario que trabaja en áreas urbanas debe tener en cuenta con frecuencia los problemas jurídicos a causa de la carga del suelo con sustancias tóxicas que deben eliminarse de forma obligatoria, y las normas público-jurídicas relacionadas con esta cuestión de la ley federal de protección del suelo. Por otro lado, el notario que trabaja en una región rural debe regular un gran número de servidumbres y derechos de utilización para la protección de la infraestructura. Los contratos de promotor son configuraciones contractuales jurídicamente complejas; se trata de contratos de un empresario que, en el ejercicio de su actividad empresarial, vende terrenos con edificios o viviendas de propiedad construidos sobre ellos a los consumidores; dichos contratos se componen de elementos del derecho de compra, de contratos de explotación y del derecho de la prestación de servicios y exigen una configuración contractual justa y esmerada. Dichos contratos son típicos para las regiones urbanas.

3. En el derecho de familia resulta cada vez más complicado determinar las relaciones de derecho económico matrimonial de las partes, ya que, especialmente en regiones urbanas, se celebran muchas uniones de cónyuges con distinta nacionalidad. La determinación del régimen de bienes por parte del notario es la base para su inscripción en el registro de la propiedad. Dado que en Alemania se celebran pocos acuerdos matrimoniales, pese a que éstos pueden acordarse en escritura notarial sin necesidad de aprobación antes y después de la celebración de la unión, los notarios tienen una amplia función de asesoramiento y la obligación de aclaración de las circunstancias.

Una particularidad de la actividad pública del notario, principalmente en áreas rurales, es la escrituración de contratos de transmisión en el transcurso de la sucesión anticipada con la protección de la generación más antigua mediante un sustento vitalicio amplio. La configuración de estos contratos exige un amplio asesoramiento sobre las obligaciones legales de manutención de los hijos frente a sus padres y sobre las normas jurídico-sociales que deben tenerse en cuenta en las configuraciones contractuales. En este sentido, un campo especial del derecho es la transmisión de explotaciones agrícolas y la consideración de las normas jurídicas especiales de la ordenanza de haciendas agrícolas y del derecho sucesorio agrario. Con respecto a esto, las configuraciones contractuales exigen del notario comprensión de las particularidades sociales y económicas de la explotación agrícola y sensibilidad para las cuestiones familiares a regular.

4. En el derecho de sociedades, los aspectos centrales de la actividad económica también caracterizan la actividad pública de los notarios. El notario que trabaja en una zona rural

escritura principalmente la constitución de sociedades de capital con baja capitalización, mientras que el notario que trabaja en una zona urbana se encarga del derecho de la sociedad anónima, de las transformaciones de sociedades y de las cuestiones jurídicas típicas de las grandes sociedades de capital. La cesión de participaciones societarias en sociedades de responsabilidad limitada exige una escrituración notarial, porque, a causa de la independencia de las participaciones societarias, una determinación e indicación esmerada de las relaciones jurídicas no es posible sin la escrituración notarial y sin la obligación de aclaración e instrucción asociada a ello. En los actos jurídicos con los registros mercantiles sólo se permiten inscripciones sobre la base de escrituras notariales, que desde ahora sólo son posibles de forma electrónica y no de forma escrita.

III.

El largo tiempo de ejercicio del cargo de un notario en una localidad da lugar un conocimiento amplio de las relaciones personales, familiares y económicas de sus mandantes. Esto tiene como resultado un alto prestigio, del que también disfruta el notario socialmente, debido a la vinculación social estrecha en las regiones rurales. Por tanto, es requerido por muchas partes, con más frecuencia que un notario que trabaja en una zona rural, como asesor jurídico exclusivo único y se solicita su actuación para la mediación y la valoración de los acuerdos alcanzados. Esto supone unas altas exigencias a la neutralidad y la imparcialidad del notario.

Especialmente los consumidores que sólo tienen conocimientos jurídicos limitados, o que, a causa de su reducida capacidad financiera, no quieren o no pueden recurrir al asesoramiento de un abogado, necesitan la protección de la figura independiente e imparcial del notario. La adquisición de una casa o una vivienda está asociada para este grupo de población a un gasto de financiación que consume sus ahorros generales y que grava sus ingresos futuros. En estos casos, la actividad notarial significa seguridad jurídica, y, mediante la neutralidad e imparcialidad del notario, protección frente a unas configuraciones contractuales injustas. Pero también en los raros casos en que las partes están representadas por abogados o asesores fiscales en las negociaciones contractuales, la actividad notarial impuesta por el legislador mediante la exigencia de forma para la escritura procura unos contratos justos, inequívocos y correctos jurídicamente, así como su ejecución. La base de ello es la calificación de la actividad pública del notario como función soberana y la observación estricta de las obligaciones del cargo señaladas que de ello resultan.