

XXIV. CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

PONENCIA DE LA DELEGACIÓN ALEMANA

Tema I

**LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO:
GARANTÍA DEL ORDEN CONTRACTUAL**

15 de diciembre de 2003

DR. ROLF GAUPP
ABOGADO Y NOTARIO
UHLANDSTRASSE 21
D-74072 HEILBRONN

Í N DICE

	página
INTRODUCCIÓN	1
A. La imparcialidad del notario como fundamento esencial conformador del estatuto de la profesión. Definiciones básicas. Fundamentos jurídicos básicos. Limitaciones profesionales básicas resultantes	4
I. Punto de partida	4
II. Fundamento jurídico de la imparcialidad: normativa legal y deontológica	5
III. Imparcialidad, “neutralidad” del notario como principio estructural fundamental del notariado	6
B. Garantías: Normas de rango diferente garantizan la imparcialidad del notario.....	12
I. Normas relativas a la persona y normas determinadoras del comportamiento ..	12
II. Garantía de la imparcialidad del notario en determinadas constelaciones profesionales y en otras situaciones especiales	17
C. Derecho contractual La actividad notarial en Alemania es, sobre todo, aplicación del derecho contractual. Aspectos básicos.	25
I. Regulación legal. Punto de partida	25
II. Límites a la libertad contractual	26
III. Soluciones.....	27
D. El notario como garante del derecho contractual – Realización práctica. El “valor añadido“ de la escritura notarial del contrato	30
I. Atribución de competencias al notario	30
II. La documentación notarial imparcial de los contratos como garantía del derecho contractual	31
III. Imparcialidad del notario como garantía del derecho contractual. Intento de valoración. Otros aspectos	36
IV. Conclusión y perspectivas	40
RESUMEN.....	43

INTRODUCCIÓN

Ya en el XVI. Congreso Internacional del Notariado Latino en Lima (Perú) en 1982, el Tema III rezaba: “La función social de la redacción imparcial de los contratos”, ponencia alemana redactada por FESSLER. El XXIV Congreso de 2004 en México se ocupa de nuevo de la imparcialidad de los notarios a la hora de configurar los contratos. Con razón, el ponente internacional se ocupa sobre todo de exponer el desarrollo reciente dentro y fuera del notariado.

Desde entonces ha habido numerosos cambios. Internacionalización y globalización no son sólo tópicos sino una realidad que tiene repercusiones considerables en la profesión del notario y origina apremiantes cuestiones actuales.

A nivel europeo y en Alemania han tenido lugar cambios importantes en las profesiones de asesoramiento jurídico. Sin embargo, la imparcialidad del notario (Parte A) sigue siendo, hoy como ayer, el fundamento institucional más importante de la profesión. La liberalización progresiva, impulsada a nivel europeo y constitucional, y especialmente la posibilidad del notario abogado alemán de constituir sociedades profesionales, han tenido como consecuencia la proliferación de normas jurídicas legales y deontológicas que también garantizan la imparcialidad en condiciones diferentes y bajo una creciente presión económica (Parte B). La “justicia contractual“ ha adquirido gran importancia en el derecho contractual europeo, sobre todo en relación a la protección de los consumidores. Se constata la existencia de modificaciones legales radicales que persiguen la justicia contractual, junto a un control judicial del contenido de los contratos (Parte C). Pero plasmar en la documentación notarial el concepto jurídico de “contrato justo“ mediante el asesoramiento del notario imparcial, sigue siendo un tema actual y de futuro (parte D).

A.

La imparcialidad del notario como fundamento esencial conformador del estatuto de la profesión.**Definiciones básicas. Fundamentos jurídicos básicos.
Limitaciones profesionales básicas resultantes****I. Punto de partida**

1. El párrafo 1 del art. 14 de la Ley Notarial Federal (BNotO)¹ establece que: “El notario ha de desempeñar sus funciones conforme a su juramento. No es el representante de una parte sino asesor independiente e imparcial de los interesados”. Conforme a ello, el notario alemán, tras serle entregado el acta de nombramiento, presta juramento de cumplir los deberes de un notario con diligencia e imparcialidad, párrafo 1 del art. 13 BNotO.

Este deber profesional esencial tiene vigencia durante todo el periodo de desempeño de las funciones de notario y es la característica esencial y diferenciadora del cargo de notario.² El derecho notarial alemán concede simple y llanamente una importancia práctica y teórica predominante a la imparcialidad del notario. El deber legal de imparcialidad absoluta es una característica esencial determinante de la función pública notarial.³

2. “Imparcialidad” se corresponde con el concepto de “neutralidad”.⁴ El término de neutralidad puede considerarse como más “moderno” y usual de acuerdo a la concepción comunicativa y social actual, y también se acopla mejor a disciplinas cercanas, sobre todo a la psicología. A modo de ejemplo, se considera criterio determinante “la ausencia de una disposición interior a la preferencia o a la discriminación”.⁵

La confianza de las partes en la neutralidad del notario es el fundamento imprescindible de la actividad notarial. La vigilancia oficial que se ejerce sobre los notarios, con el apoyo de las Cámaras Notariales, no tiene otra finalidad que garantizar esta confianza depositada en el notario.⁶

¹ Ley Notarial Federal (BNotO) en la redacción de 19-12-1998; BGBl. (Boletín Oficial Federal) I, 3836.

² SEYBOLD/SCHIPPEL, Kommentar zur Bundesnotarordnung (Comentario a la Ley Notarial Federal), 7. Ed., 2000, núm. al margen 35 en relación al art. 14; BERNHARD, en Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), 3. Ed., 2000, F, núm. al margen 45.

³ BOHRER, Das Berufsrecht der Notare (El derecho profesional notarial), 1991, núm. al margen 95.

⁴ „Neutralität meint unparteiliche Haltung“ (“Neutralidad significa actitud imparcial”); WALZ, y otros, Verhandlungstechnik für Notare (Técnicas de negociación para notarios), 2003, 157 con nota al pie de página 85 con referencia al DUDEN, Fremdwörterbuch (Diccionario de extranjerismos).

⁵ ROSSAK, Die Unabhängigkeit und Neutralität des Notars (La independencia y neutralidad del notario), Tesis doctoral, Augsburg 1986, 334 y ss.; citado por WALZ, en el lugar citado, nota al pie de página 88, y passim.

⁶ WALZ-SORGE, en el lugar citado, 38.

II. Fundamento jurídico de la imparcialidad: normativa legal y deontológica

1. El notario es titular independiente de un cargo público, art. 1 BNotO. El juramento del cargo y los deberes generales profesionales del notario comprenden de forma explícita y ocupando un lugar central el mandato de imparcialidad, párrafo 1 del art. 13 y párrafo 1 del art.14 BNotO. El notario tiene que tomar las precauciones pertinentes para garantizar ante todo la salvaguardia de la independencia e imparcialidad del desempeño del cargo, art. 28 BNotO.

Existen otras normas jurídicas que previenen el riesgo de incumplimiento del deber de neutralidad. Estas normas protegen la neutralidad “interior” del notario, el notario tiene que “exigir de sí mismo y permítirse ser neutral”. Se protege también la neutralidad “exterior”, en relación a las partes y a terceros.⁷ Estas normas legales que garantizan la neutralidad, la imparcialidad del notario, en general y en circunstancias especiales, se expondrán detalladamente en el capítulo siguiente.

2. Las normas deontológicas complementan y concretan las normas legales.

La Cámara Notarial Federal alemana adoptó el 29-01-1999, conforme al párrafo 1 del art. 78 BnotO, recomendaciones de reglamentos en relación a los reglamentos profesionales que las Cámaras Notariales han de adoptar como estatutos, según el párrafo 2 del art. 67 BnotO. La asamblea de representantes adoptó las recomendaciones de reglamentos por unanimidad. Los estatutos de las Cámaras Notariales se corresponden en lo esencial con las recomendaciones de reglamentos de la Cámara Federal del Notariado.⁸

El punto I, 1.1 de las recomendaciones de reglamentos sitúa al principio la salvaguardia de la independencia e imparcialidad del notario: “El notario es asesor jurídico y presta asistencia a las partes”.⁹

Los estatutos de todas las Cámaras Notariales de los Estados federados han incorporado literalmente esta frase.¹⁰ El principio de imparcialidad, tras esta frase fundamental introductoria, marca una línea de continuidad a lo largo de todo el texto.

⁷ Para distinguir entre neutralidad interior y exterior, véase WALZ-SORGE, en el lugar citado, 36.

⁸ SEYBOLD/SCHIPPEL, BNotO, Parte 3, Advertencia preliminar núm. al margen 1 y ss.

⁹ Las recomendaciones de reglamento de la Cámara Notarial Federal (RLE/BNotK) están publicadas en la Deutsche Notarzeitschrift (DNotZ) (Revista Notarial alemana) 1999, 258 ss.; además en SEYBOLD/SCHIPPEL, BNotO, Parte 3, con los comentarios correspondientes en relación a cada precepto; Acuerdo de modificación de la Cámara Notarial Federal de 04-04-2003, DnotZ (Revista Notarial alemana), 2003, 393; amplia visión de conjunto – recientemente publicada – en WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, Richtlinienempfehlungen der BnotK – Richtlinien der Notarkammern (recomendaciones de reglamento de la Cámara Notarial Federal – reglamentos de las Cámaras Notariales), 2004, Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer (recomendaciones de reglamento de la Cámara Notarial Federal), 5 y ss.

¹⁰ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, en el lugar citado, 11 (Baviera), 18 (Berlin), 24 (Brandenburgo), 32 (Braunschweig), 38 (Bremen), 43 (Celle), 49 (Fráncfort), 55 (Hamburgo), 60 (Hamm), 66 (Kassel), 73 (Constanza), 82 (Mecklenburgo-Pomerania), 89 (Oldenburgo), 95 (Palatinado), 101 (Cámara Notarial renana), 107 (Cámara Notarial del Sarre), 115 (Sajonia), 122 (Sajonia-Anhalt), 129 (Schleswig-Holstein), 135 (Stuttgart), 141 (Turingia).

3. El notariado se ve influenciado cada vez más y de forma más importante desde el punto de vista internacional, sobre todo a nivel europeo.¹¹ No es exagerado decir que las decisiones que afectan al futuro del notariado, en Alemania por ejemplo, no se toman en Alemania sino que vienen determinadas por tendencias internacionales, y en gran medida, esas decisiones se adoptan en Bruselas.

La Conferencia de Notarios de la Comunidad Europea¹² aprobó el 04-02-1995, en Nápoles, el Código deontológico europeo de la profesión de notario.¹³ La Conferencia ha redactado nuevamente el Código por acuerdo de su Asamblea el 09-11-2002 en Munich. El notariado alemán ratificó las modificaciones el 04-04-2003. Por lo que al contenido del Código se refiere, principalmente se añadieron disposiciones relativas a la utilización por los notarios europeos de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. En relación a ello, sobre todo se deja claro que las normas deontológicas también se aplican a este campo.¹⁴

El párrafo 1 del punto 1.2.2 del Código, cuyo contenido ha sido modificado frente a la redacción anterior, establece el deber del notario de “asesorar y documentar de modo totalmente imparcial e independiente”. Este deber es un bien común del derecho notarial de todos los Estados miembros.¹⁵

III. Imparcialidad, “neutralidad” del notario como principio estructural fundamental del notariado

1. El notario es titular de un cargo público conferido por el Estado, art.1 BNotO. Su integridad viene garantizada por principios legales profesionales, ocupando un lugar prioritario la imparcialidad y la independencia.¹⁶

¹¹ Compárese – sobre todo – las indicaciones, marcadas por la experiencia internacional, de HELLGE, Presidente de la Comisión Internacional de la Cámara Notarial Federal, en la discusión en el pleno en relación a las conferencias „Zukunftsperspektiven des Notariats – öffentliches Amt und freiberufliche Strukturen“ (“Perspectivas de futuro del notariado – estructuras de profesión liberal y cargo público”) (Ponentes EULE y HECKSCHEN) con ocasión de las 25. Jornadas del Notariado Alemán en Münster 1998, número especial del DnotZ (Revista Notarial alemana), 340.

¹² Conférence des Notariats de l’Union Européenne (C.N.U.E.), constituida el 17-05-1976 en París como Conferencia Permanente de los Presidentes de los Notariados de la Comunidad Europea. A la Conferencia pertenecen las principales organizaciones de los notariados de los Estados de la Unión Europea que son miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.).

¹³ El texto del Código europeo está publicado, entre otros, en Beck’sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), en el lugar citado, Anexo 5, 1327 y ss. Por lo demás, fundamental SCHIPPEL, Der Europäische Kodex des notariellen Standesrechts (El Código deontológico europeo de la profesión de notario), DNotZ (Revista Notarial alemana)1995, 334, con toda la documentación básica.

¹⁴ Nueva redacción del Código deontológico europeo de la profesión de notario, traducción del francés con Exposición de Motivos y puntualizaciones terminológicas DnotZ (Revista Notarial alemana) 2003, 721 y ss.

¹⁵ SEYBOLD/ SCHIPPEL, BNotO, 339.

¹⁶ En relación a los principios profesionales del notariado alemán, ampliamente BAUMANN, Das deutsche Notariat: Öffentliches Amt und soziale Funktion (El notariado alemán: Cargo público y función social). Ponencias de la delegación alemana en el XXI. Congreso Internacional del Notariado Latino en Berlín, del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, 3 (21 y ss.) – GAUPP, Die Bedeutung des notariellen Standesrechts für Klienten, Kollegen und Staat (La importancia del derecho profesional notarial para los clientes, los colegas y el Estado). Ponencias de la delegación alemana en el XXII. Congreso Internacional del Notariado Latino en Buenos Aires, del 27 de septiembre al 2 de octubre de 1998, 119.

En base a los principios profesionales vigentes, la profesión del notario alemán no es ni una “profesión liberal“ ni una “profesión vinculada al Estado“, sino que se encuentra sociológicamente entre la función pública y la profesión liberal.¹⁷ La profesión de notario no puede considerarse una profesión liberal a pesar de su independencia institucionalizada legalmente. En Alemania, dejando de lado a los funcionarios públicos, no existe otra profesión tan reglamentada por disposiciones legales como la del notario. Ello viene justificado por la atribución de funciones soberanas al titular de un cargo público (por lo demás independiente).¹⁸

2. La profesión de notario puede ejercerse en Alemania de diferentes formas. Esta diversidad es una característica especial del régimen orgánico notarial alemán, que resulta del desarrollo histórico en un país con una estructura jurídico-interna federal. Sobre todo la figura del abogado notario alemán es prácticamente única en Europa. Esta forma de notario es especialmente interesante desde el punto de vista de la imparcialidad (lo que enlaza con el planteamiento explícito que el coordinador internacional hace en su ponencia).

En Alemania existen tres tipos de notario.¹⁹

- a) El ámbito geográfico en el que existe el notariado de dedicación exclusiva corresponde a la mayor parte de Alemania: Baviera, Hamburgo, Renania-Palatinado, Sarre, Renania del Norte-Westfalia (con excepciones históricamente condicionadas), Brandenburgo, Turingia, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Mecklenburgo-Pomerania. Esta forma de ejercicio del notariado alemán coincide con la forma común del notariado dentro de la U.I.N.L., tanto en la Europa continental como en América Central y del Sur.
- b) El notariado abogacía existe en Berlin, Bremen, Hesse, Baja Sajonia, Schleswig-Holstein, parte de Renania del Norte-Westfalia y parte de Baden-Wurtemberg (Tribunal Superior Territorial, demarcación territorial de Stuttgart). Según la definición legal del párrafo 2 del art. 3 BnotO, abogado notario es un abogado, que además de ejercer como tal, es nombrado notario. Así pues tiene una profesión doble. Al abogado notario le son de aplicación, de forma cumulativa, tanto las normas profesionales de la abogacía, como las normas profesionales (más estrictas) del notariado.²⁰

¹⁷ BAUMANN, en el lugar citado, 19 y s.; compárese además, también desde el punto de vista de los hechos jurídicos, ZUCK, Der Notar zwischen Amt und Freiem Beruf, Festschrift für Helmut SCHIPPEL (El notario entre cargo público y profesión liberal, libro Libro homenaje a Helmut SCHIPPEL), 1996, 817. – En relación a la creciente aproximación de las profesiones liberales a las formas de actividad comercial, que se constata de forma preocupante, Noticia de prensa del Süddeutschen Zeitung en el Deutsches Anwaltsblatt (Boletín de la Abogacía alemana), 2003, 558.

¹⁸ BAUMANN, en el lugar citado.

¹⁹ Visión de conjunto en STARKE, Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), K I, núm. al margen 17.

²⁰ Visión de conjunto en SANDKÜHLER, Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), K II, núm. al margen 1 y ss.

- c) En Baden-Wurtemberg hay notariados estatales, y en el distrito de Stuttgart existen además abogados notarios.²¹

En 2003 había en Alemania 1.654 notarios exclusivos y 8.370 notarios abogados (de un total de 121.420 abogados). La proporción de transacciones notariales de los notarios abogados es en término medio considerablemente menor que la de los notarios exclusivos. Por consiguiente, en suma, en Alemania predomina la envergadura de las transacciones notariales de los notarios exclusivos.

Según la opinión dominante, entre los notarios exclusivos y los notarios abogados no existen, en principio, diferencias, desde el punto de vista del derecho profesional notarial.²² Competencia, prescripciones referentes al procedimiento, principios institucionales y requerimientos profesionales son idénticos para los notarios abogados y los notarios exclusivos. Ambos desempeñan el mismo cargo. Solo pueden resultar singularidades del hecho de que el notario abogado ejerce al mismo tiempo la profesión de abogado, y posiblemente otras profesiones independientes (frase 2, párrafo 2 del art. 8 BNotO: agente de la propiedad industrial, asesor fiscal, auditor de cuentas, censor jurado de cuentas). Ello es tenido en cuenta por el derecho profesional estableciendo disposiciones especiales a este respecto. Esta reglamentación especial tiene sobre todo la finalidad de salvaguardar la independencia y la imparcialidad. La Parte B de esta ponencia se ocupa en detalle de ello .

3. La imparcialidad como norma esencial relevante conformadora del estatuto del notariado tiene una función delimitadora frente a otras profesiones de asesoramiento jurídico y económico.
- a) La imparcialidad del notario es un principio diferenciador y delimitador esencial, sobre todo frente al abogado. El abogado desempeña una profesión liberal, lo cual excluye, por principio, el control estatal, párrafo 1 del art. 2 del Estatuto General de la Abogacía Alemana (BRAO). El abogado es el asesor y representante independiente designado para todos los asuntos jurídicos, párrafo 1 del art. 3 BRAO. Su función principal es la defensa de intereses parciales. El párrafo 4 del art. 43 a) BRAO establece como deber fundamental del abogado la prohibición de defender intereses opuestos.

Con independencia de ello, los derechos y deberes de los abogados en Alemania, al igual que ocurre en el ámbito jurídico románico, tienen un fundamento institucional en las normas deontológicas, a diferencia de los ordenamientos angloamericanos en los que este componente no existe o

²¹ Se está considerando la reforma del sistema notarial en Baden-Wurtemberg – Introducción del notariado como profesión liberal –. En relación a esta situación, Staatsanzeiger Baden-Württemberg (Boletín Oficial de Bade-Wurtemberg) Núm. 48 de 08-12-2003, 3.

²² En relación al concepto de la profesión, compárese EYLMANN/VAASEN-SCHMITZ-VALCKENBERG, Komm. z. BNotO u. BeurkG (Comentarios a la Ley Notarial Federal y a la Ley de documentación notarial), 2000, núm. al margen 4 y ss. en relación al art. 3 BNotO. STARKE, en el lugar citado, núm. al margen 18; SANDKÜHLER, en el lugar citado, núm. al margen 3.

manifiesta escasa importancia. Según el art. 1 BRAO, el abogado es “órgano independiente de la Administración de Justicia“ con el deber, claramente definido, de observar principios deontológicos, especialmente el principio de la independencia. Hasta qué punto este postulado jurídico se corresponde todavía con la realidad, en tiempos de bufetes internacionales de asesoramiento empresarial, es objeto de discusión en el marco del derecho profesional, y desde el punto de vista de la concepción que la abogacía alemana tiene de sí misma.²³

- b) El asesor fiscal es una profesión liberal en la que el mandato juega un papel prioritario. La función del asesor fiscal es asistir al cliente en asuntos fiscales en sentido amplio, art. 3 de la Ley relativa a la Asesoría Fiscal.
- c) Analizar la figura del auditor de cuentas es especialmente interesante. Por lo que a éste respecta, los principios deontológicos de independencia e imparcialidad pasaron a un primer plano, despertando interés y suscitando críticas, a raíz de espectaculares sucesos en EE.UU. (el “ascenso y caída“ de la empresa internacional de auditoría, prestadora de servicios en el mundo entero, Arthur Andersen, mantuvo ocupada a la prensa mundial).

Al igual que el abogado y el asesor fiscal, el auditor de cuentas desempeña una profesión liberal, frase 1 del párrafo 2 del art. 1 de la Ley alemana de Auditoría de Cuentas (WPO). El auditor tiene un deber de imparcialidad a la hora de elaborar informes de auditorías y dictámenes, que viene expresamente establecido en el párrafo 1 del art. 17 WPO como principio deontológico, de un modo semejante como en relación al notario. Este principio deontológico de la auditoría de cuentas es actualmente objeto de amplia discusión. Sobre todo, teniendo en cuenta que, según el legislador alemán, al auditor le corresponde un papel central en relación a la “Corporate Governance“ (principios para una gerencia empresarial correcta y ética). Las cuestiones actuales que ocupan al auditor fiscal giran en torno a criterios de exclusión, al fortalecimiento de la independencia de la profesión, a la preocupación por la reputación y a la razón de ser de una profesión liberal “exclusiva“.

²³ Completo y representativo, DE LOUSANOFF (Sociedad HENGELER MUELLER WEITZEL WIRTZ, Bufete en Fráncfort del Meno), *Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung* (El abogado europeo entre Administración de Justicia y prestación de servicios), Conferencia en la Jornada de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal Civil el 21-03-2002, en Zurich, ZZP 2002, 357. Allí se hace referencia a (nota al pie de página 2) la Jornada Anual de la International Bar Association, noviembre de 2001 en México: „The future of the law firm“. – Compárese también Renate JAEGER, Jueza en el Tribunal Constitucional Federal, *Die Entwicklung des notariellen Berufsrechts* (El desenvolvimiento del derecho profesional notarial), Jornadas Anuales de trabajo del Notariado Alemán, del 18 al 20 de septiembre de 2003, en Würzburgo, 20-09-2003, conferencia publicada, 10 y ss.: Los abogados no se encuentran “tan alejados del cargo de notario, en sus funciones como órganos independientes de la Administración de Justicia y como asesores y representantes designados por la persona que busca un asesoramiento jurídico, como a menudo se piensa en el notariado exclusivo ...“ (10).

Es evidente el paralelismo con el “catálogo de preocupaciones” del notariado.²⁴

4. Las figuras de juez y notario presentan un cuadro diferenciado.²⁵ Comparar y delimitar no es necesario en relación a la jurisdicción contenciosa, donde las diferentes estructuras resultan evidentes. Puntos de conexión existen, en todo caso, en el ámbito de actuación del notario relativo a la mediación de conflictos. Hacemos referencia con ello a los asuntos relativos a la administración de justicia preventiva, que pretende prevenir y evitar conflictos. Éste es el oficio del notario. Se trata de las materias que abarca la denominada “jurisdicción voluntaria” en Alemania. El notario es en cierto modo un “juez preventivo”.

En este ámbito, el notario alemán desempeña una serie de funciones originariamente judiciales, además de sus funciones de documentación y asistencia.

Ello es así, sobre todo, en relación con la facultad (considerablemente ampliada desde el 01-01-1999) de obtener un título de ejecución estatal con una escritura ejecutable, párrafo 1 número 5 del art. 794 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (ZPO). También son de mencionar la recepción de declaraciones juradas y de juramentos en determinados supuestos (art. 22 BNotO), la documentación de solicitudes de declaración de herederos (art. 2356 del Código civil alemán [BGB]), la intervención en la partición del caudal relicto en procedimientos sucesorios en base a las disposiciones jurídicas de los Estados federados (párrafo 5 del art. 20 BnotO y art. 86 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria [FGG]), la declaración de ejecutabilidad de laudos arbitrales y acuerdos alcanzados por mediación de abogados (párrafo 4 del art. 1053 y art. 796 c ZPO).²⁶

En el desempeño de estas funciones, jueces y notarios tienen el mismo deber de salvaguardar la independencia y la imparcialidad. Ambos son igualmente órganos imparciales de la Administración de Justicia.²⁷ Por lo demás ambas profesiones requieren el mismo estudio jurídico y la misma formación jurídica

²⁴ „Wirtschaftsprüfer auf Vertrauenssuche“ (“Auditores de cuenta en busca de confianza”), Frankfurter Allgemeine Zeitung del 20-10-2003, núm. 243, 21, Informe sobre el Congreso alemán de Auditores de Cuentas en Hamburgo, organizado por el Instituto Alemán de los Auditores de Cuentas (IDW). Compárese, por lo demás, BAUMBACH/HOPT/MERKT, HGB (Código de comercio alemán), 31. Ed., 2003, Introducción, Núm. al margen 3 de la Ley de Auditoría de Cuentas (Anexo 2 c)), con referencia a los acuerdos pertinentes de la Jornada de Juristas Alemanes de 2002, Sección de Derecho Económico; managermagazin de diciembre de 2003, 28: „Wirtschaftsprüfer im Dauertief“ (“Auditores de Cuentas en caída continua”); Remisión al Sarbanes-Oxley-Act estadounidense, prohibición de revisión y asesoramiento simultáneos; BACKHAUS, Selbst- und Fremdbild der Wirtschaftsprüfer – Empirische Befunde zur Positionierung des Wirtschaftsprüfers in der Öffentlichkeit. Die Wirtschaftsprüfung 2003, 625 (Imagen propia y ajena de los Auditores de Cuentas – Informe empírico sobre la posición pública del Auditor de Cuentas. La Auditoría de Cuentas).

²⁵ ODERSKY, en su día Presidente del Tribunal Superior Federal alemán, 28 „Gerichte und Notariat“ (“Tribunales y Notariado), discurso con ocasión de la inauguración del Instituto Notarial Alemán el 13-10-1993 en Würzburgo, DNotZ (Revista Notarial alemana) 1994, 7. Compárese también STÜRNER, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft (La independencia de los jueces desde el punto de vista científico); Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer (Informaciones de la Cámara Federal de la Abogacía), 5/2003 de 15-10-2003, 214 y ss.

²⁶ Compárese, por lo demás, la relación efectuada en STARKE, Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), K I, núm. al margen 7.

²⁷ ODERSKY, en el lugar citado, 8.

práctica que culmina con el examen final que “capacita para ser juez” (lo cual, por lo demás, también es aplicable al abogado alemán).

En Alemania es actualmente objeto de discusión política-jurídica la transmisión a los notarios alemanes de otras funciones judiciales, a modo de ejemplo, el procedimiento de otorgamiento de la declaración de heredero, la custodia de testamentos y otras funciones similares. Este “aligeramiento de la Administración de Justicia mediante la actividad notarial” es un tema actual de discusión.²⁸ La Conferencia de los Ministros de Justicia alemanes ha acordado recientemente “solicitar a la Ministra Federal de Justicia que examine, junto con los Estados federados, qué funciones de los tribunales civiles en el campo de la jurisdicción voluntaria pueden encomendarse a los notarios, con la finalidad de conseguir una mayor efectividad del procedimiento y aligerar el trabajo de la Justicia“. La presidencia de este grupo de trabajo la asumiría la Ministra Federal de Justicia.²⁹ Las organizaciones profesionales del notariado alemán, con la Cámara Federal Notarial a la cabeza, apoyan esta tentativa que se basa decisivamente en el “activo“ más importante del notario alemán, su independencia e imparcialidad.

²⁸ Conferencia de inauguración de las 25. Jornadas del Notariado Alemán en Münster, del 10 al 13 de junio de 1998; Informe WAGNER, Número especial de la Deutsche Notarzeitschrift (Revista Notarial alemana) con ocasión de las 25. Jornadas del Notariado Alemán, 34 y ss.; JERSCHKE, coloquio sobre este informe, en el lugar citado, 147. En relación al aligeramiento de la Administración de Justicia, compárese, por lo demás, las propuestas de la Cámara Notarial Federal en su Informe de actividades 1997, DnotZ (Revista Notarial alemana), 1998, 514 y ss., 525 y s., 530 y s.

²⁹ Acuerdo TOP C. II.4, Conferencia de otoño de los Ministros de Justicia el 6 de noviembre de 2002 en Berlín, publicado en NJW (Nueva publicación semanal jurídica)–Dokumentation, número 48 del 24-11-2003, XXXV.

B.**Garantías:****Normas de rango diferente garantizan la imparcialidad del notario****I. Normas relativas a la persona y normas determinadoras del comportamiento**

El deber de imparcialidad del notario se fundamenta y concreta en normas legales del derecho notarial alemán. A continuación se mencionan algunos ejemplos relevantes sin pretender abarcar la totalidad de la regulación existente al respecto.

- a) El párrafo 1 del art. 1 BnotO establece como principio que “solo serán nombrados notario aquellos solicitantes cuya personalidad y rendimiento sean apropiados para el cargo.³⁰ Este principio es hoy más actual que nunca, ya que la salvaguarda de la independencia e imparcialidad presenta hoy grandes exigencias a la personalidad del notario. Se precisará este punto más adelante.
- b) El párrafo 1, frase 1 del art. 17 BnotO y la frase 2 del art.140 de la Ley alemana de Aranceles Notariales (KostO) determinan que: El notario está obligado a cobrar por sus servicios el arancel fijado legalmente.

El deber profesional de todo notario de cobrar los aranceles fijados legalmente, del mismo modo y sin excepciones, durante todo el periodo de ejercicio de sus funciones, es un fundamento esencial para la independencia, imparcialidad y desinterés personal en del desempeño del cargo. La libertad de elegir el notario solo debe estar guiada por la confianza de las partes interesadas y no por consideraciones económicas.³¹ Este régimen excluye elementos propios de la competencia, extraños al cargo de notario.³² Según ello, los acuerdos relativos a los honorarios carecen de validez, independientemente de que el acuerdo haga referencia a la cantidad en sí, al tipo aplicable o al valor del negocio, o de si se acuerdan aranceles superiores o inferiores a los establecido legalmente.³³

- c) El art. 16 BnotO y el art. 3 y ss. de la Ley de documentación notarial (BeurkG) garantizan la independencia e imparcialidad del notario en el proceso de escrituración. La ley limita la actuación del notario. Dichas limitaciones toman como modelo el régimen existente para los jueces en las leyes de enjuiciamiento civil y criminal.³⁴

³⁰ SEYBOLD/SCHIPPEL, en el lugar citado, número al margen 4 y ss. en relación al art. 6 BNotO.

³¹ SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER en el lugar citado, número al margen 5 en relación al art. 17 BNotO.

³² SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER, en el lugar citado.

³³ SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER, en el lugar citado.

³⁴ En detalle:

KEITEL/WINKLER, BeurkG, en el lugar citado, núm. al margen 5 en relación al art. 3.

Los arts. 6 y 7 BeurkG contienen causas de recusación absolutas. La documentación de declaraciones de voluntad carece de efectos cuando intervenga directa y formalmente en el acto el notario mismo, su cónyuge o una persona con la que el notario tenga una relación de parentesco en línea recta.

Este régimen se completa con las prohibiciones de intervención contempladas en el párrafo 1 del art. 3 BeurkG, según las cuales, un notario debe abstenerse de intervenir en la documentación cuando se trate de asuntos propios, de su cónyuge o de un pariente en línea recta. Tampoco en asuntos de una sociedad, en la que el notario tenga una participación de más del cinco por ciento. Esta norma contiene un deber profesional absoluto del notario, si bien no influye en la validez de la escrituración.³⁵

- d) El párrafo 2 del art. 16 BNotO fundamenta el derecho y el deber del notario de inhibirse de ejercer su cargo cuando tenga interés en el asunto. La razón para esta “recusación propia“ puede consistir, por ejemplo, en la existencia de relaciones personales o económicas con las partes interesadas o en cualquier otra reserva que el notario tenga en relación a su independencia.³⁶
- e) Según el párrafo 3, frase 2 del art. 14 BnotO, el notario ha de evitar cualquier comportamiento que cause la impresión de oponerse a los deberes que le vienen impuestos legalmente, y en especial, aquellos que causen la apariencia de dependencia y parcialidad.
- f) Los párrafos 4 y 5 del art. 14 BNotO prohíben al notario realizar “negocios propios“ al abrigo de su cargo de notario. Se menciona expresamente, entre otras, la prohibición de gestionar negocios inmobiliarios o participar en sociedades incompatibles con el cargo, lo cual presupone la ley en relación a sociedades que tienen por objeto actividades de promoción y construcción (art. 34 c de la Ley alemana reguladora de la actividad industrial).³⁷
- g) El art. 8 BNotO prohíbe al notario ejercer otras profesiones además del cargo de notario, o somete a la autorización de la autoridad inspectora el ejercicio de tales actividades accesorias.

Se excluyen relaciones funcionariales regulares de cualquier tipo. Se permiten cargos honoríficos, así como la asunción de un mandato (político) en el Parlamento Federal, el Parlamento Regional de los Estados federados, la Asamblea del Distrito o en el Pleno Municipal. Existe a este respecto una amplia casuística.³⁸ En la actualidad, estas cuestiones tienen una importancia crucial para el notario alemán. El Tribunal Superior Federal (Bundesgerichtshof), tribunal superior alemán

³⁵ KEITEL/WINKLER, en el lugar citado, núm. al margen 10 en relación al art. 3.

³⁶ KEITEL/WINKLER, en el lugar citado, núm. al margen 9 en relación al art. 3.

³⁷ SEYBOLD/SCHIPPEL, en el lugar citado, núm. al margen 68 en relación al art. 14.

³⁸ STARKE, en Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), K I, núm. al margen 24 y ss.

para asuntos civiles, y el Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), tuvieron que resolver recientemente sobre si puede autorizarse la participación de un notario en el Consejo de Vigilancia de un banco que tiene por objeto en sus estatutos, entre otros, la realización de negocios inmobiliarios. El Tribunal Superior Federal denegó la autorización. El Tribunal Constitucional Federal respondió al recurso de amparo constitucional reenviando el asunto al tribunal, considerando que han de examinarse otros aspectos, sobre todo, si no sería suficiente un “remedio menos drástico“, por ejemplo, una prohibición de desempeñar la actividad notarial en relación a asuntos del banco en cuestión. En definitiva, la cuestión gira en torno a la amenaza resultante para la confianza en la independencia e imparcialidad del notario y la “imagen negativa“ que posiblemente se genera, se trata pues de los aspectos centrales de la profesión del notario que interesan aquí.³⁹ Esta decisión es controvertida y también se ponen objeciones a la inseguridad jurídica creada.⁴⁰

- h) El párrafo 1 del art. 29 BNotO regula la prohibición de realizar publicidad, que es incompatible con la función pública. Esta prohibición de realizar publicidad también origina cuestiones y problemas, en parte fundamentales.⁴¹ Las cuestiones suscitadas van desde cuestionar por principio esta prohibición⁴² hasta cuestiones concretas que se originan en la práctica en relación al comportamiento publicitario notarial. ¿Se permite indicar materias que interesan al notario o constituyen su especialidad? ¿Son lícitos los anuncios realizados sin una razón particular?⁴³, y muchas otras preguntas. Los abogados notarios se enfrentan además al problema de la discrepancia entre el derecho publicitario liberalizado para la abogacía y la prohibición absoluta de publicidad para el notario. Este tema será tratado detalladamente más adelante.

2. Normas deontológicas que complementan las normas legales.

- a) Recomendaciones de reglamentos de la Cámara Federal Notarial⁴⁴
Algunos ejemplos:

³⁹ BverfG (Tribunal Constitucional Federal) de 23-09-2002, DnotZ (Revista Notarial alemana) 2003, 65.

⁴⁰ Compárese – sobre todo – JAEGER, en el lugar citado, 19 y s.; BNotKIntern, Edición 5/2003, 5 y s.

⁴¹ Visión de conjunto en STARKE, en Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario) 9, K I, núm. al margen 129 y ss.

⁴² KLEINE-COSACK, „Werbefreiheit für Notare – Vom Amtsmythos zum Grundgesetz“ (Libertad publicitaria para los notarios – Del mito del cargo a la Ley Fundamental), Anwaltsblatt (Boletín de la Abogacía), noticias para los miembros de la Asociación Alemana de Abogados (Deutscher AnwaltVerein e.V.), 2003, 601. La del notario es la “profesión autónoma de asesoramiento jurídico menos libre“ en Alemania; la publicidad informativa debería permitirse en una extensión más amplia, en oposición a los principios tradicionales; solo así, el notariado alemán podrá seguir existiendo en un “mercado de prestación de servicios intensamente competitivo y sin fronteras nacionales“ (en el lugar citado, 601, 606).

⁴³ STARKE, en el lugar citado, núm. al marge 134, 140.

⁴⁴ Véase arriba la nota al pie de página 8 y s.

Punto I 1.2. El notario también tiene que salvaguardar su imparcialidad cuando asesore y redacte borradores e informes a solicitud de una sola parte. Esto también se aplica a la representación legalmente permitida de una parte en cualquier tipo de procedimiento, especialmente en asuntos del Registro de la Propiedad y registrales en general, así como en procedimientos de declaración de heredero.

Punto I 2. Otras actividades profesionales del notario, así como actividades accesorias, no deben poner en peligro su independencia e imparcialidad.

Punto VI 1.2, 2. Realización práctica; medidas preventivas para evitar incumplimientos de la prohibición de intervención.

Punto VI 3.1, 3.2. Aquí se contienen prescripciones más concretas acerca del deber de cobrar aranceles y de la prohibición de renunciar a ellos.

Punto VII, *passim*, especialmente número 1.2. Al notario se le prohíbe realizar publicidad que despierte dudas acerca de su independencia e imparcialidad, o que por otras razones no sea compatible con su posición en la Administración de Justicia preventiva en su calidad de titular de un cargo público.

- b) Los Reglamentos de las Cámaras Notariales regionales alemanas completan y concretan estas disposiciones. La línea directiva esencial sigue siendo la salvaguarda de la independencia e imparcialidad del notario.⁴⁵
- c) El Código deontológico europeo de la profesión de notario⁴⁶ complementa a nivel internacional las normas deontológicas nacionales.

El punto 1.2.5 prohíbe la publicidad “individual” y remite a la publicidad “colectiva” de las organizaciones profesionales del notariado. Ésta ofrece al “consumidor y a las empresas una fuente de información de fácil acceso”.

El punto 2 del Código contiene una norma interesante relativa a las condiciones y modalidades en que el notario puede ejercer su actividad en el tráfico jurídico internacional. El punto 2.1 del Código remite al derecho de las partes interesadas para solicitar la asistencia del notario “territorialmente competente”. El notario del país de origen que acompaña al cliente al extranjero ha de informar de ello al colega territorialmente competente y coordinar con él las modalidades de cooperación. Sólo el notario territorialmente competente puede llevar a cabo la documentación, este principio sigue siendo inviolable.

⁴⁵ Amplia visión de conjunto en WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, en el lugar citado, 11 y ss.

⁴⁶ Véase arriba la nota al pie de página. 13 y s.

El legislador alemán ha incluido en la BNotO el art. 11a)⁴⁷: “El notario está facultado a asistir en sus asuntos oficiales a un notario nombrado en el extranjero, que así lo solicite, y a desplazarse al extranjero con dicha finalidad. También en este caso ha de observar los deberes que le incumben según el derecho alemán. Aquí tenemos otro ejemplo relevante de la influencia que la normativa internacional ejerce sobre el derecho notarial.

Ello pone de manifiesto una novedad: En supuestos transfronterizos, el derecho alemán permite ahora la intervención de dos notarios en el mismo asunto. Según la concepción tradicional alemana del principio de imparcialidad, (el notario es mediador neutral de las partes interesadas y responsable único), no es jurídicamente posible, por principio, la intervención de varios notarios en el mismo proceso de escrituración.⁴⁸

El legislador alemán ha reconocido que, en el tráfico jurídico “transfronterizo“, la intervención de varios notarios ofrece ventajas evidentes⁴⁹: Mayor seguridad jurídica, posibilidad de mantener la relación del cliente con “su“ notario, posibilita un conocimiento de causa equilibrado. Por ello, ha tomado una decisión pragmática permitiendo dicha intervención en este ámbito.

3. El notario alemán es el asesor independiente e imparcial de las partes. Tiene el deber de evitar incluso la apariencia de parcialidad. Este deber profesional también puede vulnerarse cuando se elige un procedimiento de escrituración que se aparta de la norma, concediendo así a una parte algún tipo de ventaja. Se observa aquí un interesante fenómeno jurídico: el derecho profesional notarial influye, en definitiva, la configuración de los contratos que han de documentarse. La imparcialidad del notario se convierte de esta manera en una garantía concreta del derecho contractual.

El notario ha de configurar el procedimiento de escrituración de tal manera que se alcancen los objetivos que la ley persigue al exigirla, especialmente la salvaguarda de la función protectora e informadora de la escrituración, y que se evite crear la apariencia de dependencia o parcialidad. Por consiguiente, por regla general, no se admite la escrituración sistemática con representantes, así como tampoco la división sistemática de contratos en oferta y aceptación. Cuando ésta venga justificada por razones objetivas, la oferta ha de partir de la parte contractual más necesitada de información. Tampoco se admite la escrituración simultánea de más de cinco actas con diferentes interesados ni la

⁴⁷ Ley de 31 de agosto de 1998, BGBl. (Boletín Oficial Federal) I, 2585.

⁴⁸ Compárese – sobre todo - BAUMANN, en el lugar citado, 45; interesante la comparación europea en DECKERS, *La Profession Notariale, sa Déontologie et ses Structures*, publicado por la U.I.N.L., Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée (C.A.E.M.), Académie Notariale, Amsterdam 2000, 73, y passim, el notariado alemán es calificado expresamente, en este aspecto (“¡nunca varios notarios en un asunto!“), de representativo y ejemplar. Ahora, no obstante, compárese también DECKERS/VAN VELTEN, „Le Notariat et le Marché juridique: Monodisciplinarité ou Multi-disciplinarité?“, *Notarius International* 3-4/2003, 105 y ss.; en parte de otra opinión.

⁴⁹ DECKERS/VAN VELTEN, en el lugar citado.

incorporación abusiva de acuerdos esenciales del negocio a otros documentos notariales.⁵⁰

Las normas que se han introducido en la Ley de documentación notarial (BeurkG) en los últimos años resaltan este principio. El párrafo 2 a) del art. 17 BeurkG⁵¹ dispone que las partes interesadas que necesiten información no pueden ser excluidas de la escrituración. También se exige expresamente que se conceda a las partes (con anterioridad a la escrituración) la posibilidad de ahondar en el asunto objeto de la misma. Este deber contenido en los Reglamentos de las Cámaras Notariales relativos al ejercicio de la profesión, fue introducido en el año 2002 en la Ley de documentación notarial (BeurkG). Según el párrafo 2 a) punto 2 del art. 17 BeurkG, en su redacción actual⁵², tratándose de “contratos con consumidores“ ha de remitirse a las partes un borrador del contrato dos semanas antes de efectuar la escrituración. Es deber del notario cuidar de que se cumpla este plazo. Este precepto se refiere sobre todo a los contratos de compraventa en el marco de negocios de promoción y construcción, y tiene por ello una repercusión considerable en la práctica notarial. El plazo rígido de dos semanas contenido en esta norma ha sido, en parte, fuertemente criticado. En definitiva, el notariado alemán acoge con satisfacción una norma de este tipo, al menos en tanto que pone de relieve en la ley la posición protectora de los consumidores e imparcial del notario.⁵³

II. Garantía de la imparcialidad del notario en determinadas constelaciones profesionales y en otras situaciones especiales

La garantía de la imparcialidad del notario es especialmente problemática cuando se asocia simultáneamente la profesión de notario con otras actividades profesionales. Tales combinaciones profesionales son en parte herencia histórica y en parte resultado del desenvolvimiento actual de las profesiones de asesoramiento jurídico. Además, en estas profesiones se ha incrementado considerablemente la competencia y la presión económica que los clientes importantes tratan de ejercer.

1. En relación a las asociaciones profesionales del notario en Alemania, se trata principalmente de los supuestos resumidos a continuación.
 - a) Abogado Notario

⁵⁰ Compárese, por ejemplo, el Reglamento de la Cámara Notarial de Stuttgart (a la que pertenece el ponente) de 18 de junio de 1999, Núm. II, publicado en WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, en el lugar citado, 135; por lo demás KEIDEL/WINKLER, en el lugar citado, Núm. al margen 17 y ss. en relación al art. 17 BeurkG.

⁵¹ Introducido en la ley en el marco de la modificación del derecho profesional del 31 de agosto de 1998, BGBl. (Boletín Oficial Federal) I, 2585.

⁵² Contenido en la “Ley modificadora de la asistencia letrada ante los Tribunales Superiores Territoriales (Oberlandesgerichten)“ de 23 de septiembre de 2002, BGBl. (Boletín Oficial Federal) I, 2585.

⁵³ Discurso inaugural, GÖTTE, Presidente de la Cámara Notarial Federal, con ocasión de las 26. Jornadas del Notariado Alemán en Dresden en 2002, número especial de la Revista Notarial alemana (Deutsche Notar-Zeitschrift), 2002, 8 y s. – “Valoración“ del párrafo 2 a) del art. 17 BeurkG: BNotKIntern 6/2003, el plazo de 14 días no ha sido bien acogido por las partes implicadas en la documentación; en especial el “consumidor“ (!) se siente sometido a tutela – según los resultados de una encuesta de la Cámara Notarial Federal en un Informe dirigido al Ministerio Federal de Justicia.

El abogado notario alemán desempeña una profesión liberal como abogado y es titular de un cargo público en tanto que notario. Esta posición doble trae consigo determinados riesgos de colisión profesional. Estos riesgos se ponen cada vez más claramente de manifiesto y han adquirido gran relevancia práctica en los últimos años⁵⁴ con las transformaciones fundamentales que han tenido lugar en el campo de la abogacía.⁵⁵

El notariado abogacía en Alemania es el resultado de un largo desarrollo histórico. Antes, este notariado abogacía estaba claramente delimitado, desde el punto de vista geográfico, mediante los distritos notariales y no concurría, en principio, con los notarios exclusivos. El “asesoramiento jurídico“, en sentido amplio, tenía lugar, por regla general, a nivel regional. Esto ha cambiado, se observan cambios en la forma externa de ejercer la profesión notarial. Junto a los notarios exclusivos, han surgido bufetes de abogados notarios de considerable tamaño, integrados en grandes sociedades de ámbito supralocal y supraregional, pero también en bufetes de dimensión mediana. Estos siguen la tendencia de las profesiones de asesoramiento jurídico a desempeñar la actividad profesional en grandes despachos, a menudo, con una orientación internacional.⁵⁶ Este desarrollo, unido a la internacionalización y al aumento de la competencia, acentúan el problema de garantizar la salvaguarda de la posición de independencia e imparcialidad del notario, principios fundamenteles esenciales del derecho notarial europeo y alemán.⁵⁷

Además, la jurisprudencia constitucional alemana muestra una clara tendencia a la liberalización en relación a cuestiones deontológicas del notariado abogacía. Ya hemos mencionado algunos ejemplos al respecto. Todo ello agudiza la problemática.

b) Asociaciones profesionales

El desempeño del cargo de notario es el ejercicio personalísimo de una función delegada por el Estado. Por ello, asociaciones profesionales de notarios, de antemano, solo pueden referirse a “labores de apoyo“

⁵⁴ Amplia visión de conjunto en KATJA MIHM, *Berufsrechtliche Kollisionsprobleme beim Anwaltsnotar* (Problemas de colisión del abogado notario en el derecho profesional); Deutscher AnwaltVerlag, Tomo 40 de la serie de publicaciones del Instituto de Derecho de la Abogacía de la Universidad de Colonia, 2000, Tesis doctoral de la Facultad de Derecho; director de tesis Prof. Dr. Martin Henssler, segundo revisor Prof. Dr. Barbara Grunewald; con la asistencia de Dr. Tim Starke, en su día gerente principal de la Cámara Notarial Federal.

⁵⁵ Compárese DE LOUSANOFF, en el lugar citado, *passim*.

⁵⁶ MIHM, en el lugar citado, 261; EUE, *Notariat am Scheideweg: Rechtspflege oder Rechtsberatungsmarkt* (El notariado en la encrucijada: Administración de Justicia o mercado de asesoramiento jurídico); Libro homenaje a Schippel, München 1996, 600 y ss., 628; GAUPP, *Die Bedeutung des notariellen Standesrechts* (El significado del derecho profesional notarial), en el lugar citado, 123; ZUCK, *Der Notar zwischen Amt und Freiem Beruf* (El notario entre cargo público y profesión liberal), Libro homenaje a Schippel, 818 y ss., especialmente 832.

⁵⁷ STARKE, en *Beck'sches Notar-Handbuch* (Manual del Notario), K I, núm. al margen 39.

personal y objetivo para el desempeño del cargo.⁵⁸ El principio de que el notariado en sí “no es adecuado para formar sociedades“ significa para los abogados notarios que solo pueden formar parte de un despacho colectivo en relación al ejercicio de su profesión de abogado, párrafo 1 del art. 59 a) BRAO.

Los notarios exclusivos solo pueden formar sociedad con notarios nombrados en el mismo lugar, para el desempeño conjunto de la profesión. A este respecto, los Estados federados alemanes, en base a la correspondiente habilitación legal, han fijado, como norma general, un número máximo de dos notarios para el ejercicio conjunto de la profesión.⁵⁹

Los abogados notarios pueden asociarse para el ejercicio de la profesión o compartir local con otros abogados notarios, abogados, agentes de la propiedad industrial, asesores fiscales, gestores tributarios, auditores de cuentas y censores jurados de cuentas, párrafo 2 del art. 9 BnotO. La asociación de abogados notarios y auditores de cuentas ha sido controvertida durante mucho tiempo. El Tribunal Constitucional Federal en una resolución del año 1998⁶⁰ relativa a los auditores de cuentas ha permitido la asociación entre notarios y auditores, invocando los principios jurídicos constitucionales de igualdad (art. 3 de la Ley Fundamental[GG]) y de la libertad de ejercicio de la profesión (art.12 GG). En base a ello, la Ley modificadora de la BNotO⁶¹ ha ampliado considerablemente las posibilidades de asociación profesional del abogado notario, comprendiendo las profesiones de agente de la propiedad industrial, auditor de cuentas y censor jurado de cuentas. El abogado notario puede ejercer cualquiera de estas profesiones, o varias de ellas, además del cargo de notario, sin necesidad de autorización.⁶² Los críticos ponen de relieve que con ello “se han abierto las puertas a la sociedad multiprofesional“ en el ámbito del notariado abogacía.⁶³

Por lo demás, los requerimientos del derecho profesional notarial, con el mandato de imparcialidad a la cabeza, limitan bastante en la práctica la participación del notario en sociedades profesionales y de capital. Los abogados notarios pueden ejercer la abogacía con otros abogados en una sociedad de responsabilidad limitada, sin embargo, no pueden entrar en una relación laboral con dicha sociedad, por ejemplo, como gerente.⁶⁴ La sociedad civil profesional (Partnerschaftsgesellschaft), en vigor desde el 01-07-1995, fue introducida por ley para las profesiones liberales. Es una sociedad, con capacidad jurídica, para el ejercicio de la profesión, con la que se pretende llenar el vacío existente entre la sociedad de capital y la

⁵⁸ STARKE, en el lugar citado, K I, núm. al margen 35.

⁵⁹ Visión de conjunto en STARKE, en el lugar citado, núm. al margen 36 y s.

⁶⁰ DNotZ (Revista Notarial alemana) 1998, 754.

⁶¹ De 31 de agosto de 1998, BGBl. (Boletín Oficial Federal) I, 2585.

⁶² SEYBOLD/SCHIPPEL, núm. al margen 2 y 36 en relación al art. 8 BNotO.

⁶³ SEYBOLD/SCHIPPEL, en el lugar citado, núm. al margen 12 en relación al art. 9 BNotO.

⁶⁴ Controvertido; en contra STARKE, en Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), K I, núm. al margen 42; a favor, con reservas, SANDKÜHLER, en el mismo sitio, K II, núm. al margen. 33.

sociedad de derecho civil. Los abogados notarios solo pueden formar parte de una sociedad civil profesional en su calidad de abogados.⁶⁵

La AEIE (Agrupación europea de interés económico)⁶⁶ está abierta a los notarios (tanto a los notarios exclusivos como a los abogados notarios). Igualmente las cooperaciones, siempre que en el tráfico jurídico no se presenten como tal de cara al exterior (lo cual ya sería el caso, por ejemplo, cuando se haga referencia al socio en los impresos del bufete). Sobre este particular no entraremos aquí en más detalle.⁶⁷

2. En particular, las constelaciones profesionales que ponen en peligro la imparcialidad del notario requieren garantías especiales. En relación a ello, se observa en Alemania, de una parte una nueva regulación legal que pone de relieve decididamente la protección de la neutralidad, de otra parte, también se constatan tendencias a la liberalización del derecho profesional.
 - a) El art. 3 BeurkG (este precepto ya ha sido mencionado) enumera determinados supuestos en los que el notario ha de abstenerse de intervenir por tener interés personal en el asunto. Este precepto contiene un deber profesional general incondicional no disponible.⁶⁸ Correlativamente a la considerable ampliación de las posibilidades de asociarse del notario y de ejercer otras actividades, se introdujeron en 1998 numerosas y estrictas prescripciones legales concretas para garantizar la imparcialidad del notario.

En particular se prohíbe la actuación en un asunto notarial oficial de una persona con la que el notario se ha asociado para ejercer conjuntamente la profesión o con la que comparte local, párrafo 1, frase primera, cuarto inciso del art. 3 BeurkG. En las constelaciones expuestas anteriormente se da en todo caso una asociación para ejercer la profesión.⁶⁹ El hecho de que se dé el mismo tratamiento al socio que al notario y a sus parientes, pone de manifiesto el alcance de esta prohibición de intervenir. Siempre que el notario no pueda intervenir por tratarse de un asunto propio o de su cónyuge, hijos, etc., tampoco podrá hacerlo cuando su socio se encuentre en esa posición.

La prohibición de intervenir más importante se encuentra en vigor desde el 08-09-1998 y ha sido introducida en el párrafo 1, frase 1, inciso 7 del art. 3 BeurkG. Esta norma hace referencia a la prohibición de intervenir como consecuencia de las actividades no notariales del notario o de sus socios. EYLMANN, en su día Presidente de la Comisión Jurídica del Parlamento Federal alemán, resume claramente el drástico efecto de esta prohibición de la siguiente manera: “Un asunto es tabú para el notario si

⁶⁵ STARKE, en el lugar citado, K I, núm. al margen 45; SANDKÜHLER, en el lugar citado, K II, núm. al margen 34.

⁶⁶ Reglamento 2137/85 CE (D.O.C.E. núm. L 199 de 31 de julio de 1985), así como, en Alemania, la correspondiente Ley de ejecución de 14 de abril de 1988, BGBl. (Boletín Oficial Federal) I, 514.

⁶⁷ Exposición detallada en STARKE, en el lugar citado, K I, núm. al margen 46 – 50.

⁶⁸ SANDKÜHLER, en Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), K II, núm. al margen 50.

⁶⁹ En detalle, SANDKÜHLER, en el lugar citado, K II, núm. al margen 54 y ss.; KEITEL/WINKLER, en el lugar citado, núm. al margen 76 y ss. en relación al art. 3 BeurkG.

él mismo o su socio se encuentra actuando o hubiera actuado en relación al mismo en calidad de abogado, agente de la propiedad industrial, asesor fiscal, auditor de cuentas, censor jurado de cuentas o de alguna otra manera, incluyendo la actividad privada.”⁷⁰

Este precepto tiene un significado práctico extraordinario⁷¹, sobre todo, teniendo en cuenta que el párrafo 1, frase 2 del art. 3 BeurkG obliga al notario a preguntar a las partes interesadas sobre este particular en una “intervención previa“ y anotar la respuesta en la escritura.

La violación de las prohibiciones de intervenir no lleva aparejada la nulidad de la documentación. Sin embargo, supone una inobservancia de deberes profesionales que puede tener consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil.

El estricto deber legal de neutralidad del notario no termina cuando finaliza su actividad notarial sino que va más allá. Un abogado notario que se ha ocupado de un asunto en tanto que notario, no puede hacerse cargo como abogado de un mandato relacionado con el mismo. Con ello incumpliría tanto su deber de neutralidad como notario, como el derecho profesional de la abogacía, párrafo 1 del art. 45 BRAO. El ejercicio de las funciones de notario y de abogado en relación con el mismo asunto se excluyen jurídicamente por principio.

- b) Sobre el notario pesa una prohibición de realizar publicidad, ya que ésta no es conciliable con la función pública, párrafo 1 del art § 29 BNotO. El legislador ha llevado a cabo esta regulación conscientemente en oposición a las normas válidas para otras profesiones de asesoramiento jurídico y empresarial, y especialmente para la abogacía.

Esta prohibición de realizar publicidad, en principio, también es válida para el abogado notario. Sin embargo, la resolución de 1997⁷² del Tribunal Constitucional Federal denominada “resolución logotipo“ (“Logo-Entscheidung“) ha señalado al respecto límites constitucionales. Un logotipo (con fines publicitarios) en el membrete de un bufete-sociedad de abogados del que formaba parte el abogado notario, fue considerado lícito, pues, desde el punto de vista jurídico constitucional, hay que tener en cuenta la existencia de sociedades profesionales permitidas entre abogados notarios y abogados. Esta resolución tiene consecuencias de gran envergadura. Según ello, para los abogados notarios existe una “prohibición de publicidad limitada”⁷³. Esta

⁷⁰ Cita en KEITEL/WINKLER, núm. al margen 96 en relación al art. 3.

⁷¹ Hechos y delimitación son difíciles de definir en detalle; Visión de conjunto en SANDKÜHLER, en el lugar citado, K II, núm. al margen 76; KEITEL/WINKLER, núm. al margen 95 y ss. en relación al art. 3.

⁷² Auto de 24 de septiembre de 1997, DNotZ (Revista Notarial alemana) 1998, 69 con comentarios de SCHIPPEL.

⁷³ Visión de conjunto sobre esta “prohibición de publicidad limitada“ en STARKE, en Beck’sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), K I, núm. al margen 130 y ss.; SANDKÜHLER, en el mismo lugar, K II, núm. al margen 120 y ss., con otras referencias respectivamente.

resolución se enfrenta a fuertes críticas, pero representa la situación jurídica actual.⁷⁴

La Ley Notarial federal salva la discrepancia entre la liberalizada prohibición de realizar publicidad de la abogacía y la prohibición, por principio, aún vigente de realizar publicidad para los notarios, haciendo prevalecer el derecho profesional más estricto. Según el párrafo 2 del art. 29 BnotO, la publicidad que el notario (que ejerza varias profesiones) pueda realizar en el ejercicio de su actividad como abogado, asesor fiscal, auditor de cuentas, etc., no debe hacer referencia a su actividad como notario. El notario solo puede hacer uso de las posibilidades notablemente mayores de realizar publicidad según otras normas profesionales, si renuncia a utilizar la denominación oficial de “notario” y no se establece en dicha publicidad ninguna relación con el cargo.

3. El coordinador internacional del presente tema describe en su ponencia la imparcialidad del notario frente a “grandes actores económicos” como problema importante.
 - a) No puede dudarse de la importancia de esta cuestión. Todo notario conoce bien este problema en la práctica diaria. Casos como el siguiente se presentan de forma variada: Un promotor constructor, instituto financiero, un grupo que lleva a cabo negocios inmobiliarios, una corporación de derecho público, etc., recurre periódicamente a un determinado notario para llevar a cabo una escrituración, digamos que es el “notario de la familia”. Esta relación especial se acentúa también con frecuencia cuando el notario, a solicitud del interesado, lleva a cabo la escrituración en los locales comerciales de aquel.

Además, el notario a menudo mantiene una colaboración estrecha con abogados, auditores de cuentas, asesores fiscales, asesores de empresa, etc. Éstos “envían” clientes al notario, con frecuencia para documentar expedientes previamente elaborados como borradores de escritura. Éstos originan en la práctica problemas adicionales. La experiencia demuestra que los borradores ajenos resultan ser incorrectos con mucha más

⁷⁴ Crítico ya con el derecho de la abogacía, STÜRNER, *Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer* (Informaciones de la Cámara Federal de Abogados), Edición 5/2003 de 15-10-2003, 214, 220: En el campo del derecho regulador de la abogacía, el Tribunal Constitucional Federal, en numerosas decisiones, se ha convertido “en promotor de la libre prestación de servicios y la libertad de mercado, de forma que apenas toma en consideración la tradición que considera a la abogacía como un órgano de la Administración de Justicia”. Se ha “abierto el mercado a la competencia europea, con el apoyo enérgico del Tribunal Constitucional Federal, y han venido poderosos oligopolios de abogados americanos”.— Por lo demás, STÜRNER había criticado vehementemente, hace casi tres décadas, déficits del notariado alemán en relación a la independencia e imparcialidad: „Der Notar – unabhängiges Organ der Rechtspflege?“ (“El notario, ¿órgano independiente de la Administración de Justicia?”), *JZ* 1974, 154. La crítica desmesurada ha sido suavizada con un enfoque conciliador; Compárese STÜRNER, „Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr“ (“La escritura notarial en el tráfico jurídico europeo”), texto revisado de una conferencia del propio autor con ocasión de un encuentro de notarios franceses y alemanes el 8 de octubre de 1994 en Baden-Baden, *DnotZ* (Revista Notarial alemana) 1995, 343.

frecuencia.⁷⁵ Además para los clientes se originan gastos dobles, puesto que, por principio, no está permitida la división de honorarios ni la reducción de los aranceles notariales, tampoco en estos supuestos.

Todo notario conoce ejemplos de este tipo y se podrían enumerar algunos más. En definitiva, todos se reducen a la relación discrepante entre éxito material de una parte, e independencia e imparcialidad del notario de otra.⁷⁶ Una relación duradera con el cliente es, sin duda, una prueba de la confianza en el notario, que, sin embargo, no debe menoscabar su libertad.⁷⁷

- b) Salvaguardar la independencia e imparcialidad y evitar la simple apariencia de inobservancia del deber de neutralidad en los supuestos analizados se sustrae, en muchos casos, a una regulación y a un juicio jurídico precisos.

Un consejo adecuado en los supuestos relativos al “notario de familia” podría ser, informar de esta circunstancia a los terceros implicados en la escrituración e indicarles que tienen la libertad de elegir a otro notario. Una recomendación acertada es, con toda seguridad, prestar atención a que el nombre del notario no se mencione en determinados documentos (especialmente problemático: prospectos de venta en relación a inversión de capitales y venta de inmuebles). Es conveniente evitar la escrituración en los locales comerciales de un cliente (habitual) –particularmente frecuente en relación a negocios inmobiliarios– cuando intervengan terceros. El punto IX, 3 de las recomendaciones de reglamento de la Cámara Notarial Federal declara improcedente una actividad oficial fuera del despacho del notario, cuando se origine con ello una apariencia de publicidad incompatible con el cargo, de dependencia o parcialidad, o se ponga en peligro la finalidad protectora del requisito de escrituración.⁷⁸ No obstante, en parte las Cámaras Notariales regionales han adoptado en sus reglamentos a este respecto una redacción diferente.⁷⁹ Por lo demás, el Tribunal Constitucional Federal aceptó en 2000⁸⁰, en principio, las limitaciones deontológicas en relación a la prohibición de escrituración fuera del despacho, pero adoptando en detalle nuevamente una actitud “liberal”.

⁷⁵ En relación a ello, en detalle y probado en la práctica, WALZ, Verhandlungstechnik (Técnicas de negociación), en el lugar citado, 165.

⁷⁶ Exposición en SANDKÜHLER, en el lugar citado, K II, núm. al margen 48. detallado y por así decirlo, combativo por la independencia e imparcialidad notarial, DECKERS, La Profession Notariale, 61 y ss. La “relación entre el notario y el dinero” es determinante del futuro de la profesión; 64, punto 51; allí y passim también se pronuncia contra todos los aspectos comerciales de la profesión, especialmente la publicidad (65 y ss.). Los comentarios de DECKERS también pueden aplicarse al derecho notarial alemán, que DECKERS cita en su informe repetidamente como ejemplar en relación a la independencia e imparcialidad del notario.

⁷⁷ SEYBOLD/SCHIPPEL, núm. al margen 32 en relación al art. 14 BNotO.

⁷⁸ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, en el lugar citado, 9, con comentarios detallados, 352 y ss.

⁷⁹ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, en el lugar citado, 363 y ss.

⁸⁰ Auto de 9 de agosto de 2000, DNotZ (Revista Notarial alemana) 2000, 787 con comentarios de EYLMANN. En relación a ello, también WEINGÄRTNER/ WÖSTMANN, en el lugar citado, 357 y s.

- c) Otro problema que no es fácil de resolver viene dado por las relaciones habituales de asesoramiento, como son típicas de abogados de empresas, asesores fiscales o auditores de cuentas, en la sociedad del abogado notario.

Solo la circunstancia de que una parte haya sido asesorada (jurídica o fiscalmente) por la sociedad en relación a otros asuntos, no es perjudicial, en general, a la hora de desempeñar una actividad notarial. La prohibición de intervenir basada en una “intervención previa“, que ya ha sido explicada, se refiere al asunto y no al cliente. Sin embargo, es difícil establecer límites concretos. Debería depender, en definitiva, del alcance y la intensidad de la relación de asesoramiento existente.⁸¹ Por lo demás, en la práctica, las relaciones habituales con el cliente, y cualquier tipo de colaboración habitual, conducen fácilmente a que se ejerza presión sobre los honorarios del notario. La respuesta legal es inequívoca. Al notario alemán se le prohíbe cualquier disposición sobre los aranceles legales debidos.

En definitiva, estas constelaciones representan un especial desafío para el notario al que, en parte, no puede hacerse frente con normas jurídicas: El mandato de imparcialidad “exige un grado elevado de firmeza, pues algunos clientes creen poder esperar, precisamente del notario de confianza, que éste defienda sus intereses de una manera preferente“.⁸²

⁸¹ SANDKÜHLER, en Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), K II, núm. al margen 73 con otras referencias.

⁸² SEYBOLD/SCHIPPEL, núm. al margen 35 al final, en relación al art. 14 BNotO.

C.

Derecho contractual**La actividad notarial en Alemania es, sobre todo, aplicación del derecho contractual. Aspectos básicos.****I. Regulación legal. Punto de partida**

1. El Código civil alemán (BGB)⁸³ contiene una “Parte General” del derecho contractual aplicable a todo tipo de contratos y no solo a los contratos obligacionales, que prácticamente ocupan un primer plano absoluto, sino también a los contratos reales, de derecho de familia y contratos sucesorios (arts. 145 a 157). Los tipos concretos de contratos obligacionales se regulan separadamente (arts. 305 y ss.).⁸⁴

Los arts. 145 y ss. BGB contienen las normas generales sobre la celebración de un contrato. Aquí se encuentran las categorías jurídicas básicas de oferta, aceptación, consentimiento, disentimiento. Los arts. 305 y ss. BGB contienen normas que regulan el contenido de los contratos obligacionales en general. Estas normas generales se completan, concretan y varían en relación a los tipos esenciales de contratos en los pasajes correspondientes del BGB.

2. Este esquema normativo se basa en determinadas categorías básicas presupuestas por la norma.

El contrato (junto a la propiedad privada) era la institución jurídica de derecho privado decisiva para la sociedad liberal de la segunda mitad del siglo XIX y la idea jurídica propia de esta sociedad. El pensamiento contractual liberal basaba su legitimación en la creencia optimista en la posibilidad de alcanzar la armonía social de modo quasi automático y natural mediante el arreglo contractual: “Qui dit contractionnel, dit juste.”⁸⁵

La libertad contractual entendida de este modo solo otorga una competencia formal e igual a la configuración privada de la sociedad. Se prescinde de tomar posición acerca de la justicia material del resultado que se persigue con la celebración del contrato.⁸⁶ Según ello, el pensamiento contractual liberal se legitima, en primer lugar, por la “racionalidad del procedimiento” y no por la justicia en relación al contenido.⁸⁷

⁸³ Nueva publicación del BGB, que entró en vigor en 1900, en la redacción vigente desde el 1 de enero de 2002, BGBI. (Boletín Oficial Federal) I, 2002, 42.

⁸⁴ En relación a la “abstracción desglosadora” característica del BGB, “Münchener Kommentar-KRAMER, BGB, ante art. 145, núm. al margen 1 con nota al pie de página 1, cita SCHMIDT, The German Abstract Approach to Law

⁸⁵ Münchener Kommentar-KRAMER, núm. al margen 2 ante art. 145, con cita documentada FOUILLÉ, La science sociale Contemporaine, 1881

⁸⁶ Münchener Kommentar-KRAMER, en el lugar citado

⁸⁷ Münchener Kommentar-KRAMER, núm. al margen 3 ante art. 145

Estos principios, también denominados “libertad contractual” y “autonomía privada”, constituyen los pilares fundamentales del derecho contractual tradicional alemán, y lo siguen siendo también en el marco del orden jurídico y económico de nuestros días. Actualmente, con la caída del socialismo y la globalización de los mercados, la institución del contrato de derecho privado experimenta incluso “un auge mundial extraordinario”.⁸⁸

3. El principio de la libertad contractual comprende determinados aspectos característicos.

Abarca la “libertad de celebración”. Quien recibe una oferta para celebrar un contrato, no está obligado a aceptarla.

Además, incluye la “libertad de configuración”, también denominada “libertad de contenido”. Las partes contratantes tienen, en principio, libertad para configurar el contenido del contrato. Una consecuencia especial de esta libertad de configuración es, según el derecho civil alemán, la “libertad de celebrar contratos atípicos” obligacionales. Las partes contratantes en el derecho de obligaciones no tienen necesariamente que elegir un tipo de contrato que la ley – quasi como modelo – pone a su disposición. Las partes contratantes pueden, en el marco de los límites legales de la libertad contractual, celebrar contratos obligacionales con cualquier contenido, y de este modo crear “autónomamente” nuevos tipos de contratos.

En definitiva, comprende también la libertad de forma de los contratos. En el BGB rige el principio de libertad de forma de los negocios jurídicos. Una forma específica, especialmente la forma notarial, es la excepción.

II. Límites a la libertad contractual

1. La función del instituto jurídico del “contrato” ha experimentado una transformación en Alemania y en Europa, sobre todo en las últimas décadas. Se ha visto que hay que distinguir entre la libertad contractual en sentido jurídico (formal) y en sentido material (determinada por la prevalencia fáctica), y que ambos aspectos en ocasiones no coinciden en absoluto.

La problemática que ello encierra es puesta claramente de manifiesto por los críticos acerbos de la libertad contractual: La libertad contractual es en realidad “un castillo de ensueño, una utopía y no una realidad”. La función moderna del derecho consiste en “crear criterios y procedimientos para una justicia contractual que es necesario establecer porque, en realidad, no existe libertad contractual”.⁸⁹

2. La bibliografía alemana sobre la relación entre libertad contractual y justicia contractual es extraordinariamente amplia.⁹⁰ Se observa un consenso mayoritario

⁸⁸ Münchener Kommentar-KRAMER, núm. al margen 5, al final, ante art. 145

⁸⁹ Münchener Kommentar-KRAMER, núm. al margen 5, ante art 145, con otras referencias

⁹⁰ Compárese – sobre todo – la visión de conjunto en Münchener Kommentar-KRAMER, ante art 145. Fundamental LUDWIG RAISER, Vertragsfreiheit heute (Libertad contractual hoy en día), JZ 1958, 1; SCHMIDT-RIMPLER, con referencia a los problemas contractuales, en: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen (Transformación de la función de las instituciones del derecho privado),

en relación a las reservas frente a una libertad contractual puramente formal.⁹¹ El punto central de interés lo constituyen las situaciones problemáticas que se agrupan bajo el concepto de “alteraciones de la igualdad contractual”.⁹²

III. Soluciones

Desde el punto de vista jurídico, práctico y teórico, se observan actualmente diferentes tendencias que proponen correcciones necesarias de la libertad contractual.

1. Entretanto en Alemania, en gran parte impulsado por prescripciones de derecho europeo, se ha desarrollado legalmente un derecho privado de protección del consumidor, cuya aplicación práctica está al orden del día en el marco del derecho privado alemán.

El punto de partida⁹³ de esta temática, existente desde hace más de 20 años, fue la idea de “proteger al más débil” para alcanzar un reparto del riesgo aceptable. Ello se plasmó por primera vez de forma positiva legal en la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación de 1976, a la que pronto seguirían numerosas leyes especiales.⁹⁴ Estas leyes han sido incorporadas entretanto al Código civil alemán (BGB) mediante la “Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones”.⁹⁵

Desde que el 1 de enero de 1995 entró en vigor la «Directiva europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores»⁹⁶, los «contratos con consumidores» (párrafo 3 del art. 310 BGB), en general, están sometidos al llamado «control de las Condiciones Generales de Contratación». Desde 1996 existe la prescripción expresa del art. 24 a) AGB (ahora de contenido idéntico a los arts. 13, 14 y 310.3 BGB) de realizar un «control de las Condiciones Generales de Contratación» según los arts. 307 a 309 BGB de todos los contratos en lo que intervengan un empresario y un consumidor. En definitiva, desde el punto de vista de protección del consumidor, el control de las

Libro homenaje a L. Raiser, Tubingia, 1974; M. WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (Libertad de decisión en los negocios jurídicos y equilibrio de intereses contractuales), Tubingia 1970; HÖNN, Kompensation gestörter Vertragsparität. Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts (Compensación de la igualdad contractual alterada. Una contribución al sistema interno del derecho contractual). Munich 1982.

⁹¹ Resumen en Münchener Kommentar-KRAMER, núm. al margen 5 ante art. 145; Resumen con especial referencia al notariado en KRAFKA, Der Umgang des Notars mit aktuellen Rechtsentwicklungen (El notario ante el desenvolvimiento actual del derecho), DnotZ (Revista Notarial alemana) 2002, 677 y ss.

⁹² Resumen y documentación en LIMMER, Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz (Justicia contractual de las escrituras europeas y derecho europeo del consumidor), en: Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft (Notario y configuración jurídica. Tradición y futuro). Libro homenaje con ocasión del aniversario del notariado renano, publicado por la Cámara Notarial renana, Colonia, 1998, 15, 28.

⁹³ Compárese el resumen en KRAFKA, en el lugar citado, 679 y ss.

⁹⁴ (Denominaciones abreviadas) Haustürwiderrufsgesetz (Ley sobre contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles) (1986), Verbraucherkreditgesetz (Ley sobre crédito al consumidor) (1990), Teilzahlungs-widerrufsgesetz (Ley de operaciones a plazo) (1996), Fernabsatzgesetz (Ley de negocios realizados a distancia) (2000), entre otras.

⁹⁵ De 26 de noviembre de 2001, BGBI. (Boletín Oficial Federal) I, 3138.

⁹⁶ Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, Diario Oficial L 95 de 21 de abril de 1993.

Condiciones Generales lleva a que determinados preceptos legales de protección de los consumidores tengan un carácter imperativo e incondicional, en el marco de las normas mencionadas.

Además se han introducido por ley numerosos deberes de información escrita y derechos de revocación. Por ejemplo, según la prescripción jurídico material del párrafo 3, número 1 del art. 491 BGB⁹⁷, en los contratos de préstamo a consumidores se han de mencionar el interés anual, los gastos del contrato y las condiciones de modificación de los mismos. Una inobservancia de esta norma tiene como consecuencia que le corresponda al consumidor un derecho de revocación (párrafo 3 del art. 491 en relación con los arts. 495.1 y 355 BGB).

Esta regulación legal de la “protección del más débil” es fuertemente criticada desde el punto de vista jurídico. De una parte, se critica la falta de una delimitación claramente definida de los conceptos de empresario y consumidor, que es de una importancia decisiva.⁹⁸ De otra parte, se critica que la legislación de protección de los consumidores se distancia de forma general del ideal del ciudadano autónomo, responsable de sí mismo, a favor de la idea de un “ser necesitado de tutela”. Además, en pocas ocasiones se han considerado las consecuencias económicas de esta legislación, desde un punto de vista macroeconómico, la protección de los consumidores no es “gratis”.⁹⁹ Esta última crítica se encuentra en contraposición a la función que asume el moderno Estado social. La conferencia inaugural pronunciada por RICHTER, con ocasión de las 26. Jornadas del Notariado Alemán en Dresden, en 2002, llevaba por nombre : « Prevención como principio de un orden jurídico social en Europa ».¹⁰⁰

2. En la misma dirección (no desde un punto de vista jurídico-dogmático sino atendiendo a los resultados prácticos) apunta el intenso control judicial del contenido de contratos “gravosos”.¹⁰¹ Desde mediados de los años 90¹⁰², el Tribunal Constitucional Federal destaca la salvaguarda de un “estándar jurídico mínimo” como fundamento indisponible de un acuerdo contractual.

⁹⁷ KRAFKA, en el lugar citado, página 681 con otras referencias

⁹⁸ KRAFKA, en el lugar citado, página 681 con otras referencias

⁹⁹ MÖSCHEL, Einflüsse der europäischen auf die deutsche Wirtschaftsordnung. Festschrift für Wolfgang ZÖLLNER (Influencia europea sobre el orden económico alemán. Libro homenaje a Wolfgang ZÖLLNER), Tubingia, 1998, Tomo I, 403. WAGNER, Ministro de Justicia del Estado federal de Hesse, „Entmündigte Bürger“ (Ciudadano sometido a tutela), Frankfurter Allgemeine Zeitung de 24-07-2003, 10: En lugar de la primacía de la autonomía privada se presenta un “derecho protector ampliamente ramificado y forzado”; el consumidor “entre algodones” ya no es evidentemente el “ciudadano mayor de edad”, cuyo orgullo ciudadano constituía en otros tiempos el soporte de la comunidad“. La “imagen lamentable del consumidor conformista, versátil y sometido a determinación ajena“ se superpone y oscurece la decisión fundamental anclada en nuestro ordenamiento jurídico privado. – ¿Se desarrolla el Código civil hacia un derecho del pequeño burgués? MÖSCHEL, en el lugar citado. – La transformación del concepto de contrato que se deriva de todo ello es inaceptable; ERNST, Neues Vertragsrecht für die deutsche Wirtschaft? (¿Un nuevo derecho contractual para la economía alemana? FAZ de 19-05-2001, 8; PICKER, Schuldrechtsreform und Privatautonomie (Reforma del derecho de obligaciones y autonomía privada), JZ 2003, 1035 (“...nueva asistencia a costa de libertad ...“).

¹⁰⁰ Número especial der Deutschen Notar-Zeitschrift (Revista Notarial alemana), 2002, 29 y ss., especialmente 38 y s. Compárese, por lo demás, KRAFKA, en el lugar citado, 681.

¹⁰¹ En relación a ello y en lo que sigue, KRAFKA, en el lugar citado, 681 y s.

¹⁰² Documentación en KRAFKA, en el lugar citado, 681, nota al pie de página 19.

Primero se abordó la cuestión del tratamiento jurídico de las fianzas prestadas en situaciones extremas por familiares del deudor principal, que carecían de recursos. Un número elevado de decisiones judiciales de los tribunales superiores han declarado nulas de pleno derecho tales fianzas.¹⁰³ Recientemente, también se ha declarado nula por oponerse a las buenas costumbres, una fianza como garantía de un crédito en cuenta corriente prestada frente a un instituto de crédito por un empleado a favor de su empleador, por miedo a perder su empleo.¹⁰⁴

Por último, la jurisprudencia de los tribunales superiores y del Tribunal Constitucional Federal también ha declarado nulas, en base al control judicial del contenido, capitulaciones matrimoniales en condiciones extremas, que se apartaban del “concepto normal” de la regulación legal „gravando a la parte abstractamente más débil“¹⁰⁵

3. Justicia contractual mediante la escrituración notarial. Solución a la problemática mediante el papel del notario como “mediador y figura integradora del derecho”.¹⁰⁶

Esta “tercera propuesta” ofrece claras ventajas frente a las restricciones legales y al control judicial del contenido de los contratos. La imparcialidad del notario, así como el deber de verificación e información en el procedimiento de escrituración, protegen a las partes interesadas. Sobre todo el deber de imparcialidad prohíbe las cláusulas que favorecen a una sola parte o que resulten desproporcionadas, con el resultado de un contrato justo en un documento público, después de que las partes hayan sido asesoradas por un experto neutral.

Esta ponencia se ocupa en lo que sigue de esta cuestión.

¹⁰³ Documentación en relación a la jurisprudencia en KRAFKA, en el lugar citado, nota al pie de página 20.

¹⁰⁴ BGH de 14-10-2003, XI ZR 121/02, Nota de prensa del BGH (Tribunal Superior Federal) de 14 de octubre de 2003, publicada en Der Betrieb, Número 43 de 24-10-2003, Nachrichten, XV.

¹⁰⁵ Visión de conjunto sobre la problemática global, también desde el punto de vista de los principios jurídicos, en HOHMANN-DENNHARDT, Jueza del Tribunal Constitucional, „Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Eheverträgen“ (“Posibilidades y límites de la configuración de capitulaciones matrimoniales”), conferencia publicada de la Jornada Anuales de trabajo del Notariado Alemán en Würzburgo, el 18-09-2003. Compárese, por lo demás, la visión de conjunto en KRAFKA, en el lugar citado, 682.

¹⁰⁶ KRAFKA, en el lugar citado, 685.

D.**El notario como garante del derecho contractual – Realización práctica.**
El “valor añadido” de la escritura notarial del contrato**I. Atribución de competencias al notario**

El derecho material determina para qué tipo de contratos se requiere escritura notarial. Esta determinación es, en derecho alemán, especialmente terminante. La inobservancia del requisito legal de forma notarial conlleva la nulidad de derecho, art. 125 BGB.

1. El aseguramiento de la finalidad perseguida con la forma notarial, determina el contenido y la envergadura de los deberes profesionales en el procedimiento de escrituración. Los requisitos legales de forma tienen las siguientes funciones:¹⁰⁷
 - a) Garantía de deliberación. Las prescripciones legales de forma a menudo pretenden proteger al declarante, impidiendo que se obligue de forma precipitada en negocios que conllevan un riesgo especial (“función de advertencia”). La finalidad del requisito de forma sería concienciar de la necesidad de una reflexión juiciosa y favorecer la seriedad de la determinación de voluntad conforme a la importancia de la decisión.
 - b) Garantía de prueba. En relación a negocios de gran trascendencia o de extenso contenido, el requisito legal de forma persigue poner de relieve claramente la celebración del contrato con todo su contenido y fijarlo de forma clara, inequívoca y concluyente. El aseguramiento de la prueba tiene lugar en interés de las partes implicadas y en interés público en relación a la llevanza de los registros públicos (Registro de la Propiedad, Registro Mercantil).

La escritura notarial tiene, según el derecho alemán, especial fuerza probatoria. La eficacia probatoria de una escritura notarial en un proceso civil contradictorio se extiende a la prueba de que las personas designadas en la escritura han efectuado ante notario las declaraciones contenidas en la misma (art. 415 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil).

- c) Garantía de información. La ley prescribe en especial la forma de escrituración cuando es necesario el asesoramiento especializado y la información por parte de un órgano independiente e imparcial de la Administración de Justicia en relación a expedientes importantes y jurídicamente complejos (función de asesoramiento e información). Esta función que va más allá de la simple función de advertencia o prueba tiene un fundamento político jurídico – toda prescripción legal de forma

¹⁰⁷ Visión de conjunto en BERNHARD, en Beck’sches Notar-Handbuch (Manual del notario), F, núm. al margen 9 y ss.

es el resultado de una ponderación jurídico legal y política entre utilidad, costes y otras desventajas.¹⁰⁸

2. El derecho alemán impone requisitos de forma especialmente para contratos relativos a bienes inmuebles (el fundamento legal se encuentra en el art. 311 b] BGB, en este precepto se basa el “monopolio de escrituración“ del notario alemán para todas las transacciones relativas a bienes inmuebles en sentido amplio). También se requiere escritura pública para las capitulaciones matrimoniales, los contratos sucesorios y los contratos sociales de personas jurídicas, transmisión de participaciones, modificaciones estatutarias de personas jurídicas y las actas de la Junta General de las sociedades anónimas, así como para contratos que tienen conexión entre sí y contienen elementos, como parte esencial del contrato, que requieren una forma determinada. Estos solo son los ejemplos prácticos más importantes.

La documentación de negocios inmobiliarios ocupan prácticamente un primer plano para el notario alemán. Las disposiciones de última voluntad, según derecho material alemán, también pueden adoptarse mediante testamento ológrafo. No se exigen requisitos de forma para los contratos de sociedad de las sociedades personales, es decir, de la sociedad de derecho civil y sociedades mercantiles personales (sociedad colectiva y sociedad comanditaria, ésta última aparece en la práctica con frecuencia bajo la forma jurídica de una GmbH & Co. KG¹⁰⁹), así como las transmisiones de participaciones de las mismas.¹¹⁰ Esta última posibilidad se utiliza con frecuencia en la práctica jurídica alemana, sobre todo en relación a la compraventa de empresas concebida como “share deal“.¹¹¹

II. La documentación notarial imparcial de los contratos como garantía del derecho contractual

Esta garantía se basa en dos pilares fundamentales:

- La norma básica conformadora de la posición de imparcialidad del notario, párrafo 1 del art. 14 BNotO, tal y como ha sido expuesta en detalle en esta ponencia.
- La norma conformadora del comportamiento que obliga al notario a realizar una verificación e información amplia, párrafo 1 del art. 17 BeurkG.

¹⁰⁸ KANZLEITER, Die notarielle Beurkundung als ein Weg zum „richtigen Vertrag“ (La documentación notarial como medio para alcanzar el “contrato justo“). Número especial 2001, 100 años de Deutsche NotarZeitschrift (Revista Notarial alemana), 69, 80.

¹⁰⁹ Forma jurídica mixta de sociedad entre KG (sociedad comanditaria) y GmbH (sociedad de responsabilidad limitada) = KG, en la que el socio colectivo que responde personalmente es una GmbH; esta forma es frecuente en Alemania sobre todo en empresas medianas.

¹¹⁰ Siempre que la sociedad tenga inmuebles, de cuya transmisión se trata en definitiva; opinión mayoritaria, compárese MÜNCHENER KOMMENTAR-ULMER, núm. al margen 26 y ss, art. 719 BGB (Código civil alemán).

¹¹¹ Todo notario que se ocupe en gran medida del derecho económico, puede confirmar la tendencia del asesoramiento práctico alemán (no notarial) de evitar la forma notarial en relación a las operaciones de derecho empresarial, sobre todo, en relación a las transmisiones de participaciones, o de interpretar objetivamente los requisitos de forma de un modo restrictivo.

Aquí nos interesa, de una parte el procedimiento, utilidad y efectos de garantía de la escritura notarial, de otra, los límites de su eficacia.

1. Algunas consideraciones sobre el procedimiento de documentación notarial.
 - a) La “deliberación“ (art. 8 BeurkG) es el punto central de la documentación.¹¹²

El legislador alemán ha reforzado, mediante la Ley de 23.07.2002¹¹³, el contenido sustancial de la “deliberación” notarial en dos sentidos. Como ya hemos expuesto, se ha introducido una frase en relación a los “contratos con consumidores”, el notario ha de procurar que “el consumidor tenga la ocasión de ocuparse del asunto al que la documentación se refiere, con anterioridad a la misma”. Un borrador del contrato ha de ser enviado a las partes dos semanas antes de llevar a cabo la documentación. Además, las partes interesadas o una “persona de su confianza” han de estar presentes en la documentación.

Este nuevo precepto fue muy discutido.¹¹⁴ Lo cierto es que la documentación del negocio jurídico se caracteriza por la “deliberación” ante el notario, con la presencia simultánea de las partes interesadas ante el mismo y con la actuación consultiva de éste.¹¹⁵ Este es el contenido esencial de lo que se entiende por documentación notarial, que sin duda ha sido reforzado por la nueva regulación.

La deliberación siempre comprende la lectura en voz alta por parte del notario del texto formulado por escrito, art. 8 BeurkG. Por una parte, ello tiene la finalidad de servir de punto de conexión a los deberes de aclaración e información. De otra, tiene que garantizarse que las partes conozcan exactamente todos los detalles de sus declaraciones, y que el notario realice un control al respecto. El texto del contrato hace las veces de lista de control, que se va repasando para alcanzar un acuerdo efectivo sobre los puntos que aún quedan por aclarar – o aquéllos que solo aparentaban estar claros –.

La lectura tiene, al igual que la firma final de las partes, la función de un « settlement events ». A través de esta formalización de la celebración del contrato se crea una sensación de “ahora o nunca”.¹¹⁶ Todo notario experimenta continuamente el significado especial de la celebración del contrato formalizado de este modo.
 - b) El procedimiento de documentación notarial, en presencia de las partes interesadas y del notario como asesor jurídico neutral, es un “procedimiento mediador” opuesto al “procedimiento dialéctico” de representación de cada parte contractual por un asesor jurídico. Ambos

¹¹² REITHMANN, DNotZ (Revista Notarial alemana) 2003, 603.

¹¹³ La denominada Ley modificadora de la asistencia letrada ante los Tribunales Superiores Territoriales (OLG-Vertretungsänderungsgesetz), BGBl.(Boletín Oficial Federal) 2002 I, 2850.

¹¹⁴ Compárese arriba B I. 3., último párrafo.

¹¹⁵ REITHMANN, en el lugar citado, 604.

¹¹⁶ WALZ, Verhandlungstechnik für Notare (Técnicas de negociación para notarios), en el lugar citado, 169 y s.

ofrecen la posibilidad de alcanzar un “contrato justo”.¹¹⁷ En general, si se compara a ambos procedimientos, no puede decirse que ninguno de ellos ofrezca “mayor garantía de justicia”.

El procedimiento mediador es adecuado, sobre todo, cuando entre las partes interesadas no existen grandes conflictos de facto o de derecho. También cuando resulta factible salvar la contraposición de intereses mediante una solución objetiva adecuada, y las partes interesadas confían en que el notario imparcial les propondrá soluciones ponderadas. Esta es la típica situación de los contratos inmobiliarios, tal y como predomina en la práctica notarial.¹¹⁸

De otra parte, el procedimiento “dialéctico” ofrece mayores ventajas, o es necesario, para alcanzar estipulaciones contractuales “justas”, cuando existe una gran divergencia de intereses económicos y jurídicos, y por consiguiente, alternativas de configuración. Este es el caso de los contratos de compraventa de una empresa (ejemplo frecuente en la práctica). Éste es un contrato complejo que regula una relación económica difícil sobre el trasfondo típico de una fuerte contraposición de intereses entre el vendedor y el comprador. En estos casos de celebración del contrato “difícil” y más bien atípica, es lo más indicado la representación de cada parte a través del correspondiente asesor jurídico (lo que, en general, reconocen las partes por sí mismas). Si en tales situaciones existe un deber legal de documentación notarial, el notario tendrá la función de un « moderador ».¹¹⁹

2. La “desigualdad” contractual es uno de los problemas esenciales del derecho contractual moderno, tal como ha quedado expuesto y probado en la Parte C precedente. La documentación notarial soluciona este problema en gran medida, o al menos, lo reduce considerablemente.
 - a) Las “alteraciones de la igualdad contractual”, es decir, la “supremacía de una parte contratante que determina a otra”¹²⁰ pueden basarse en:¹²¹
 - Una supremacía de hecho, que la otra parte contratante no puede evitar, a pesar de que es consciente de la situación de desigualdad, o
 - en una inferioridad “situativa” de una parte contratante, que no es consciente de que la otra parte contratante le impone sus intereses.

¹¹⁷ KANZLEITER, en el lugar citado, 69, 77 y ss.; REITHMANN, El contrato de promoción construcción “justo”, Libro homenaje a Johannes Bärmann y Hermann Weitnauer, Munich 1990, 513.

¹¹⁸ KANZLEITER, en el lugar citado, 78 y s.

¹¹⁹ KANZLEITER, en el lugar citado, 79.

¹²⁰ HÖNN, Kompensation gestörter Vertragsparität (Compensación de la igualdad contractual alterada), en el lugar citado; LIMMER, Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz (Justicia contractual de las escrituras europeas y derecho europeo del consumidor), en el lugar citado; RICHTER, Rechtsgestaltende Funktion des Notars (Función del notario configuradora del derecho); passim respectivamente.

¹²¹ Así el análisis sumario en RICHTER, en el lugar citado, 21.

Este segundo supuesto es especialmente importante: faltan informaciones necesarias, existe una inferioridad intelectual o una inferioridad en la situación concreta de negociación.¹²²

- b) El párrafo 1 del art. 17 BeurkG obliga al notario a asegurarse de que el contrato que se eleva a escritura pública
- corresponda a la voluntad real de las partes,
 - sea justo,
 - sea conforme al derecho y esté claramente redactado, y
 - no perjudique a las partes interesadas inexpertas y poco versadas.¹²³

Tanto la imparcialidad sin excepciones del notario como su amplio deber de verificación e información, protegen a los implicados en la documentación ante los riesgos latentes o evidentes de una posición contractual desigual.

La documentación notarial “filtra” el contenido del contrato para alcanzar un “contrato justo”.¹²⁴

Se garantiza un contrato “justo”, en tanto que ofrece “seguridad jurídica”. La tarea principal del notario consiste en determinar los hechos y aplicar al contrato las normas jurídicas pertinentes, incluyendo estipulaciones para el supuesto de incumplimiento y efectuar la inscripción del contrato en los registros, especialmente en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil (en suma, momento esencial de la “tutela” del notario en relación al contrato).

Además, se garantiza un contrato “justo”, en el marco de lo posible, en el sentido de “justicia contractual”. El deber de imparcialidad prohíbe categóricamente al notario documentar estipulaciones contractuales desproporcionadas o que solo benefician a una parte. De este modo, el control notarial del contenido tiene efectos preventivos con anterioridad al control judicial que tiene un efecto puramente represivo.¹²⁵

- c) El derecho contractual abarca, junto a los sectores típicamente relevantes del derecho civil material y otros campos jurídicos pertinentes, sobre todo, el derecho fiscal. Si bien no se espera del notario que tenga conocimientos especiales en derecho fiscal, el notario puede remitir a las partes a un asesor fiscal o a la administración tributaria. Las escrituras notariales de contratos alemanas contienen a menudo una indicación de este tipo.¹²⁶ Incluso una discusión o indicación general dan ya lugar, como confirma la experiencia, a que se lleve a cabo una revisión concreta

¹²² Otras diferenciaciones en LIMMER, en el lugar citado, 28.

¹²³ RICHTER, en el lugar citado, 22; JERSCHKE, Die Wirklichkeit als Muster – der richtige Weg zum gerechten Vertrag (La realidad como modelo – el camino adecuado hacia el contrato justo), DNotZ-Sonderheft (Revista Notaril alemana, número especial) 1989, 21 y ss., 23.

¹²⁴ RICHTER, en el lugar citado, 23.

¹²⁵ Arriba C. III., 2.

¹²⁶ SPIEGELBERGER, en Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), E, núm. al margen 12 y s.

desde el punto de vista fiscal (el refrán: “más vale prevenir que curar” no solo encuentra aplicación en la carrera de derecho), lo cual supone una contribución invalorable a la configuración contractual “justa” desde el punto de vista fiscal.

De forma análoga se puede aplicar esta experiencia a otras ramas jurídicas especiales, incluso, no pocas veces, a cuestiones económicas que influyen o fundamentan el contrato que se pretende realizar.

3. El resultado de la configuración jurídica notarial de derecho contractual es la escritura del contrato. De la configuración notarial, con fundamento en la independencia e imparcialidad, resulta así un “producto” que solo el notario puede ofrecer en el mercado de prestaciones de servicio y de asesoramiento jurídico”. El “valor añadido” (en el sentido del tema general de este congreso) de la escritura notarial resulta de
 - la validez jurídica en todos los aspectos jurídicos pertinentes,
 - la ejecutoriedad inmediata, párrafo 1, número 5 del art. 749 ZPO (no obstante, en derecho alemán, esta fuerza ejecutiva no existe per se sino solo si se indica expresamente en la escritura),
 - la mayor fuerza probatoria, especialmente en relación al lugar y la fecha de la documentación, arts. 415 y 418 ZPO.

Es previsible, también se encuentra en preparación en Alemania, que la celebración del contrato por vía electrónica se incorpore como nuevo medio al “repertorio” notarial. Con ello no debe alterarse cualitativamente el procedimiento notarial y la escritura resultante, si no desaparecerían las peculiaridades de la configuración notarial. Sobre todo, se trata de garantizar la voluntad contractual de las partes implicadas y de que el notario lleve a cabo un control en relación a sí las partes efectivamente han entendido las indicaciones e informaciones.¹²⁷

4. Límites de las garantías que la documentación notarial imparcial ofrece en el derecho contractual.

Los límites se dan ya en relación a los deberes de verificación e información del notario, que no tienen un alcance ilimitado. Así, reconocidamente¹²⁸, el deber de información del notario no se refiere al alcance económico del negocio jurídico a documentar. El notario no es el “tutor” de las partes, y tampoco su asesor fiscal o financiero.¹²⁹

Lo mismo puede decirse de la trascendencia fiscal. Independientemente de ello, es razonable indicar la necesidad de un asesoramiento fiscal especial, lo que a menudo se hace en la práctica, como ya se ha dicho.

¹²⁷ RICHTER, en el lugar citado, 31 con otras referencias

¹²⁸ Sobre todo BERNHARD, en Beck'sches Notar-Handbuch (Manual del Notario), F, núm. al margen 55; KEITEL/WINKLER, núm. al margen 89 y ss. en relación al art. 17 BeurkG.

¹²⁹ KEITEL/WINKLER, en el lugar citado, núm. al margen 90 con otras referencias

Además, dicho en términos generales, el procedimiento de documentación notarial, regido por el principio de la mediación, puede resultar inadecuado o insuficiente en función del caso y de la situación. Ya se ha mencionado que, sobre todo, en caso de contratos complejos en los que existe una acentuada contraposición de intereses, puede ser preferible un procedimiento “dialéctico” con un asesoramiento jurídico separado.

El principio vigente de la autonomía privada, al fin y al cabo garantizado por el derecho constitucional alemán,¹³⁰ también establece limitaciones. La libertad contractual es una parte esencial de este principio. Por ejemplo, si la parte contratante “inexperta” o “poco versada” toma conciencia de la situación de hecho y de derecho gracias a la información notarial, no es posible un control notarial más amplio ni el ejercicio de ningún tipo de influencia aun cuando la otra parte contratante imponga condiciones contractuales unilaterales. En un caso así, el notario “no puede hacer nada más”, todo práctico conoce esta situación. Se origina una situación contractual “obvia” que excluye la “desigualdad”.¹³¹ Se sobrentiende que siempre se aplican las cláusulas generales del art. 134 BGB (oposición a la ley) y del art. 138 BGB (oposición a las buenas costumbres, “ordre public”) que, en general, limitan jurídicamente la libertad contractual.

III. Imparcialidad del notario como garantía del derecho contractual. Intento de valoración. Otros aspectos

1. Valorar significa sopesar las ventajas y desventajas. Según la opinión en Alemania, la intervención del notario como mediador neutral y experto en la celebración del contrato reúne también algunos puntos negativos en el “lado pasivo”, sin embargo, prevalecen claramente las ventajas en el “lado activo”.
 - a) En el “lado pasivo” se encuentra la imposición legal de la forma notarial, que según el derecho alemán es un requisito constitutivo para la validez jurídica del contrato correspondiente. No hay posibilidad de elegir, es inevitable acudir al notario. Algunos círculos, sobre todo, del sector económico, lamentan esta situación.

Los aranceles originados por la documentación notarial van inevitablemente unido a ello y dichos aranceles son indisponibles según el derecho alemán pertinente, tal y como se ha expuesto. Hoy en día no puede ignorarse que una fuerte “concienciación en relación a los costes” en el mundo de la economía, suscita una cierta aversión contra la imposición de la forma notarial y la carga de los gastos resultantes. En círculos económicos, sobre todo en relación a grandes contratos, es costumbre eludirlo acudiendo a sistemas de documentación extranjeros más económicos y más sencillos, que a menudo solo consisten en la rubricación de un texto preparado en otra parte.¹³²

¹³⁰ Compárese – sobre todo – MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Kommentar zum Grundgesetz (Comentarios a la Ley Fundamental), publicación continua, núm. al margen 101 y ss. en relación al art. 2 de la Ley Fundamental (GG).

¹³¹ RICHTER, en el lugar citado, 22 y s.

¹³² En relación a la validez jurídica de la documentación realizada en el extranjero existe una jurisprudencia continua del Tribunal Superior Federal, p.e. BGHZ 80, 78 y s., la “equivalencia” de los

Este punto negativo en relación a los costes pierde con frecuencia importancia si se observa detenidamente. El sistema de valoración de los aranceles del derecho alemán relativo a los costes procura que la importancia económica del negocio jurídico a documentar y los costes se encuentren siempre en una relación adecuada. El asesoramiento de ambas partes contratantes por el notario, como asesor jurídico común, ocasiona en todo caso, por regla general, costes claramente inferiores a la consulta por separado de un asesor jurídico propio.¹³³

Queda por observar que los aranceles notariales también comprenden el seguro de responsabilidad civil profesional del notario, que, en Alemania, viene impuesto preceptivamente (art. 6 a] y párrafo 1 del 19 a] BNotO). Este seguro no aporta directamente nada al contrato “justo” pero, en cualquier caso, garantiza a las partes la compensación de eventuales daños, cuando ese objetivo no pueda alcanzarse por un error del notario.¹³⁴

- b) En el “lado activo” se encuentran todas las ventajas jurídicas y prácticas de la configuración contractual mediante la documentación notarial y su “resultado”, la escritura notarial, tal y como se ha descrito más arriba. Que estas ventajas son contundentes se infiere en nuestros días, sobre todo, de la confrontación directa y la comparación con el sistema del derecho de los consumidores, divergente desde el punto de vista jurídico y práctico a nivel europeo. Este derecho de los consumidores, que ha surgido recientemente de forma independiente, se caracteriza resumidamente por:¹³⁵

- el concepto de consumidor
- el contenido contractual obligatorio
- la forma escrita, entendida como información al consumidor
- el establecimiento de plazos de reflexión y derechos de revocación y rescisión.

En la Parte C de esta ponencia, referente al derecho contractual general, ya se dejó constancia y se comentó cómo ha surgido de este modo un nuevo derecho contractual, que se aparte considerablemente de la idea que hasta ahora se tenía del derecho contractual determinado por la

procedimientos de documentación extranjeros requiere que se cumplan los siguientes criterios fundamentales : deber de verificación e información; determinación de la identidad de las partes; acta; lectura en voz alta; autorizar; firmar y sellar.

¹³³ Compárese en relación a la configuración de los aranceles notariales del derecho alemán, también ventajosa para las partes implicadas en comparación internacional, KANZLEITER, en el lugar citado, 80; SCHWACHTGEN, DnotZ (Revista Notarial alemana) 1999, 268, 270 y s.; EUE, Rechtspflege oder Rechtsbesorgungsmarkt (Administración de Justicia o mercado de suministros de derecho), en el lugar citado, 611 y s. con referencia a una publicación en la revista de economía CAPITAL 9/1993, 199 y ss. y un informe de la empresa de auditoría KPMG.

¹³⁴ Indicación justificada en KANZLEITER, en el lugar citado, 82, que, por lo demás, declara al notariado como “la profesión mejor asegurada“. Esta apreciación debe ser correcta.

¹³⁵ Visión de conjunto con las Directivas de la UE más importantes en relación al derecho de los consumidores, en RICHTER, Rechtsgestaltende Funktion des Notars (Función del notario configuradora del derecho), en el lugar citado, 25.

autonomía privada. Resumidamente¹³⁶, sobre todo se critica: la división del derecho contractual, según participe o no un “consumidor” en la celebración del contrato, con todas las dificultades que encierra una definición de este concepto que ofrezca seguridad jurídica; el contenido jurídico obligatorio de los contratos de consumidores, a cuyo efecto simplemente se presupone la comprensión empírica y jurídica (en este sentido resulta problemático, por ejemplo, el conocido régimen de Time-Sharing); la exigencia de forma escrita en relación a la información a los consumidores, con una tendencia a redactar contratos con textos desbordantes que recuerdan a la práctica contractual estadounidense; la introducción de plazos generales de reflexión (que se corresponden con el principio angloamericano de “cooling off”), así como los correspondientes derechos de revocación y rescisión, a coste de una considerable inseguridad jurídica, siendo ésta probablemente la crítica más importante.

- c) La documentación realizada por el notario, como mediador imparcial entre las partes implicadas, hace innecesarias tales intervenciones drásticas en el derecho contractual, insatisfactorias desde el punto de vista jurídico. No puede dudarse de que los contratos notariales, en lo que a la “justicia contractual interna” se refiere, presentan, gracias al apoyo decisivo de los “mecanismos de autocontrol”, una “mayor igualdad” que los contratos no documentados.¹³⁷

Por lo demás, los contratos notariales se adaptan flexible y rápidamente a los cambiantes criterios de justicia. Las Cámaras Notariales siempre han reaccionado con prontitud, con las Directivas correspondientes, a las nuevas configuraciones contractuales del mundo de la economía que originan una especial necesidad de protección. Ello se puso de manifiesto, por ejemplo, en relación al derecho de promoción-construcción. Ningún procedimiento legislativo, y mucho menos la jurisprudencia, que tan solo surge años más tarde, permite una reacción de tal rapidez a los nuevos modelos configuradores y creadores, y también a los inconvenientes.¹³⁸ El contrato notarial ofrece mayores ventajas, también en relación a una rápida actualización del contenido del contrato.¹³⁹

2. El asesoramiento jurídico imparcial¹⁴⁰ y la configuración jurídica que realiza el notario tienen la finalidad de evitar conflictos. En el plano del consenso voluntario se anticipa a la función judicial resolutoria de conflictos. Ello tiene

¹³⁶ RICHTER, en el lugar citado, 26 y ss.

¹³⁷ LIMMER, en el lugar citado, 39 y ss, con otras referencias

¹³⁸ LIMMER, en el lugar citado, 41 y s., con otras referencias

¹³⁹ WAGNER, *Beratung und Mediation als Beitrag des Notariats zur Streitverhütung* (Asesoramiento y mediación como contribución del notariado a la prevención de litigios), XXIII. Congreso Internacional del Notariado Latino en Atenas, 2001, Ponencia I, 38, habla de “Controlling de contratos”.

¹⁴⁰ Compárese GAUPP, *Rechtsberatung durch den Notar bei Übertragung von Immobilien* (Asesoramiento jurídico notarial en la transmisión de inmuebles), *Notarius International*, Vol. 4, 1999, 73.

como efecto un aligeramiento de los tribunales.¹⁴¹ También tiene efectos preventivos, de antemano, en contraposición al derecho europeo de los consumidores que determina preceptivamente el contenido del contrato y por lo demás remite a la vía judicial.

Esta posición y función de asesor imparcial especial que tiene el notario es el punto de partida para nuevas formas de actividad notarial, ya acabadas de concebir pero, en parte, no realizadas en detalle.

- a) El párrafo 4 del art. 8 BNotO permite expresamente al notario, actuar como árbitro. La Cámara Notarial Federal adoptó en 2000 un acuerdo en relación a la actividad arbitral, que incluye reglas de procedimiento y de retribución. Este acuerdo permite al notario actuar como árbitro según un procedimiento estándar. Los tribunales arbitrales son apropiados allí donde es necesaria una pericia especial y requieren un acuerdo arbitral que excluye expresamente la vía judicial ordinaria.

Como ejemplos importantes de la jurisdicción arbitral notarial se mencionan,¹⁴² el derecho económico, incluyendo el derecho privado de la edificación, el derecho de sociedades y el derecho sucesorio. En relación a este último, resultan interesantes en la práctica las cláusulas de arbitraje sucesorias, especialmente en lo que respecta a cuestiones de validez e interpretación de las disposiciones de última voluntad.¹⁴³

- b) La mediación es un tema muy discutido, cuya importancia práctica hasta ahora no se corresponde con la envergadura de la discusión. El objetivo, dicho en términos generales, es llegar a un equilibrio de intereses sobre una base no (exclusivamente) jurídica – a diferencia de un procedimiento arbitral – creando una “win-win-Situation“, de la que cada parte legítimamente espera obtener ventajas.¹⁴⁴

Campos de aplicación son, sobre todo¹⁴⁵, el derecho de familia; el derecho administrativo, especialmente el derecho medioambiental y también en relación a grandes procesos¹⁴⁶; el derecho económico; la renegociación de contratos de derecho civil cuando y han fracasado las renegociaciones sobre contratos complejos y de larga duración (ejemplo:

¹⁴¹ RICHTER, Vorsorge als Prinzip einer sozialen Rechtsordnung in Europa (Prevención como principio de un orden jurídico social en Europa), en el lugar citado, 63.

¹⁴² Compárese en detalle WAGNER, en el lugar citado, 67, 70 y ss. con amplia documentación.

¹⁴³ Compárese. NIEDER, Handbuch der Testamentsgestaltung (Manual de la configuración de testamentos), 2. Ed., 2000, núm. al margen 1019 y ss.

¹⁴⁴ WAGNER, en el lugar citado, núm. al margen 125.

¹⁴⁵ Exposición completa en WAGNER, en el lugar citado, 41 y ss, núm. al margen 119 y ss.

¹⁴⁶ Compárese el reciente conflicto en relación al ruido producido por los vuelos en los alrededores del aeropuerto de Zurich, que mantiene intensamente ocupados a los Ministros de Transportes Stolpe en Berlín y Leuenberger en Berna. Se ha iniciado un procedimiento de mediación. „Das Mediationsverfahren bestimmt über die Dauer der Süd-Anflüge“ (“El procedimiento de mediación establece la duración de los vuelos desde el sur“), Neue Zürcher Zeitung, núm. 259 de 07-11-2003, 15 y núm. 260 de 08/09-11-2003, 57. El Ministro de Transporte Leuenberger comenta al respecto en una entrevista: La mediación puede mostrar soluciones, “ el arte de esta mediación será hacer desaparecer esta desavenencia“.

contratos de arrendamiento de locales de negocios) y un procedimiento judicial posiblemente llevaría a un reajuste del contrato.

Del procedimiento de mediación no se espera, por lo general, una solución definitiva. El mediador no tiene ninguna facultad decisoria como un tribunal judicial o arbitral. Con frecuencia, el punto central de la mediación consiste en mostrar soluciones en las que las partes, con sus intereses, no han pensado.

La independencia, imparcialidad y la experiencia como mediador del notario, lo predestinan para esta función. Por lo demás, no entraré en hacer una exposición completa sobre el tema mediación.¹⁴⁷

IV. Conclusión y perspectivas

Ruego se me permita presentar algunas conclusiones y perspectivas.

1. El notariado de cuño continental europeo que representa la U.I.N.L., se ve confrontado con diferentes tendencias de desarrollo . Por una parte, se trata de las consecuencias de una creciente liberalización y desregulación sobre el derecho contractual, y también sobre el estatuto del notario dentro del derecho profesional. Pero por otra parte, también se trata de límites necesarios a la libertad contractual y las posibilidades de su aplicación práctica al derecho contractual.

La “desregulación“ está de moda y se propaga con eficacia. Bajo el título “Premio nobel aboga por la desregulación”, apareció un artículo en las páginas de economía de un importante periódico alemán, con fecha de 7 de noviembre de 2003. El premio nobel de economía, James Buchanan, pedía en una conferencia ante uno de los institutos alemanes más prestigiosos de investigación económica “conceder mayor importancia a la libertad contractual en la economía”.¹⁴⁸ Este llamamiento es una señal típica de nuestros días, que vienen marcados desde el punto de vista económico y también jurídico por la internacionalización y la globalización en todo el mundo, incluyendo a los antiguos Estados comunistas.

Las profesiones de asesoramiento jurídico participan en estas tendencias, que fueron tema importante del Foro Internacional en el XXIII. Congreso Internacional del Notariado Latino en 2001, en Atenas. Allí¹⁴⁹ se resaltó la creciente influencia del Common Law, el poder de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que acentúa esta influencia del Common Law, la tendencia

¹⁴⁷ Detalladamente WAGNER, en el lugar citado, 40 y ss., núm. al margen 109 y ss., con amplia documentación.

¹⁴⁸ Conferencia ante el WALTER-EUCKEN-INSTITUT en Friburgo/Breisgau. Frankfurter Allgemeine Zeitung, Núm. 259, de 07-11-2003, 15. – Compárese, por el contrario, HELMUT SCHMIDT, Canciller Federal alemán 1974 – 1982, „Das Gesetz des Dschungels ... Der Raubtierkapitalismus bedroht die offene Gesellschaft ...“ (“La ley de la jungla ... el capitalismo feroz amenaza a la sociedad abierta...“); Die Zeit, Núm. 50 de 04-12-2003, 21 y s.

¹⁴⁹ TALPIS, resumen escrito de la der “Introducción“ al tema, en el lugar citado.

cada vez más acentuada al establecimiento de grandes bufetes (multidisciplinarios) británicos y americanos, también en los países de Europa y América del Sur que cuentan con notariados latinos tradicionales.¹⁵⁰

La Unión Europea persigue sistemáticamente la desregulación también en relación a las profesiones de asesoramiento jurídico. Esto es en este momento (a finales del año 2003) especialmente actual. El comisario europeo de la competencia, MONTI, anunció, al final de una conferencia sobre el tema “Regulación de las profesiones liberales“ a finales de octubre de 2003, que la Comisión va a examinar la compatibilidad de todas las normas profesionales nacionales con el derecho europeo de la competencia “a la luz de los resultados de la conferencia” y “de los procedimientos de consulta realizados”. MONTI resalta que serán puntos centrales de este examen las normas reguladoras de los aranceles y las prohibiciones de competencia, así como la prohibición de las cooperaciones multidisciplinarias, que él considera como “difícil de justificar “.¹⁵¹

Según el concepto europeo, el modelo de contrato basado en la protección de los consumidores, tal y como se ha expuesto, serviría de contrapeso para alcanzar un equilibrio. Como palabras claves nombraremos de nuevo, la forma escrita, información documentada, derechos de revocación, control judicial del contenido y, finalmente, decisiones judiciales en procedimientos contenciosos. La Administración de Justicia preventiva mediante la configuración contractual del notario pasa a un plano secundario.

2. Ante este trasfondo, el notariado alemán y europeo está seriamente preocupado por el futuro de la profesión.¹⁵² Frente a ello, sus particularidades institucionales y funcionales pasan a ocupar un primer plano, y por consiguiente, los aspectos específicos del derecho profesional que diferencian y delimitan positivamente al notario de otras profesiones de asesoramiento jurídico y económico. Por ello, la independencia e imparcialidad del notario ocupan el primer plano.

¹⁵⁰ En detalle, de la experiencia de un abogado asesor de empresas que ejerce en un gran bufete, al respecto LOUSANOFF, en el lugar citado, *passim*.

¹⁵¹ Compárese “Europa im Überblick” (“Europa en panorama“), 33/2003, de 29-10-2003, de la Asociación de la Abogacía alemana (DeutschenAnwaltVerein), Oficina de Bruselas, así como DAV-Depesche, 40/03, de 23-10-2003; LÜHN, Comisión Europea: Berufsrecht hemmt den Wettbewerb? (¿Limita el derecho profesional la competencia?), Asociación de la Abogacía alemana (DeutscherAnwaltVerein), Anwaltsblatt (Boletín de la Abogacía) Dezember 2003, 688 y ss.; BNotKIntern 6/2003, 6 y ss., Informe sobre la Conferencia de la Comisión Europea sobre la regulación de las profesiones liberales, con la impresión general alarmante de que...“ el notariado se ha visto involucrado en un proceso de desarrollo que no solo afecta a determinados grupos profesionales, sino al estado de la comunidad en Europa en general“.

¹⁵² Artículos de los últimos años: „Zukunftsfragen des Notariats – Aktuelle Reformthesen vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklung“ (“Perspectivas de futuro del notariado – Tesis actuales de reforma ante el trasfondo del desenvolvimiento europeo“), 26. Jornadas del Notariado Alemán en Dresden, en 2002, DNotZ-Sonderheft (número especial de la Revista Notarial alemana), 219 y ss.; „Die Zukunftsperspektiven des Notariats – öffentliches Amt und freiberufliche Strukturen“ (“Las perspectivas de futuro del notariado – estructuras de cargo público y de profesión liberal), Jornadas del Notariado Alemán en Münster, en 1998, Conferencias HECKSCHEN y EULE, DNotZ-Sonderheft (número especial de la Revista Notarial alemana), 308 y ss.; HELLGE, ZNotP (Revista para la práctica notarial) 2000, 306; OTT, Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung (El notariado ante la discrepancia entre el estatuto jurídico tradicional y el desarrollo económico), número especial 2001 100 años Deutsche Notar-Zeitschrift (Revista Notarial alemana), 83 y ss.

El interés público en el cargo del notario se valora muy poco. Pero siempre que se lo toma en consideración se refiere ante todo de manera notable a su independencia e imparcialidad. Esta ventaja y seguridad especial, que el notariado tiene para las partes, es realmente apreciada por el público.¹⁵³

Precisamente en relación al desenvolvimiento reciente de las profesiones de asesoramiento jurídico, el derecho notarial alemán, modificado en los últimos años, asegura ante todo la independencia e imparcialidad del notario. El derecho notarial alemán reconoce y destaca la primacía de la libertad contractual. El derecho notarial alemán pone a disposición un procedimiento consultivo, que evita conflictos, como es el de la documentación notarial, que resulta un instrumento eficiente para contrarrestar las acusaciones al derecho contractual, y ofrece como producto resultante la escritura notarial, que ofrece ventajas en multitud de supuestos.

La imparcialidad del notario, como garantía del derecho contractual, es un valor tradicional de la cultura jurídica en Alemania y en Europa. El desarrollo legislativo ulterior de los últimos años demuestra su capacidad de adaptación, haciendo este valor aún más digno de conservación.

En efecto, lo nuevo no es siempre lo mejor. Probablemente, resulta acertada la declaración de advertencia de STÜRNER – en un contexto diferente pero, en principio, comparable –¹⁵⁴: “En las ciencias sociales, a menudo, se trata más bien de mantener vivo el saber tradicional y hacerlo fructífero en las circunstancias cambiantes del presente, a idear algo realmente nuevo que después pudiera rápidamente evidenciarse como tontería en comparación con las viejas tradiciones de la lucha humana por la justicia”.

¹⁵³ WAGNER, en el lugar citado, 78, núm. al margen 259; Feststellungen über die zu geringe öffentliche Präsenz des Notariats (Observaciones sobre la escasa presencia del notariado), internacional en TALPIS, en el lugar citado, Congreso de Atenas.

¹⁵⁴ Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft (Independencia de los jueces desde un punto de vista científico), Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer (Informaciones de la Cámara Federal de la Abogacía), 5/2003, de 15-10-2003, 214.

RESUMEN

La internacionalización y la globalización han llegado también al asesoramiento jurídico y tienen sus consecuencias. El Common Law y los grandes bufetes multidisciplinares ganan terreno.

En el ámbito europeo, y en consecuencia también en Alemania, el asesoramiento jurídico se ve cada vez más afectado por la desregulación y liberalización. Por otra parte crece la importancia de la protección de los consumidores, con especial repercusión sobre el contenido de los contratos.

Tanto más importantes son las garantías que el notario, gracias a su imparcialidad, proporciona con respecto a la "corrección de un contrato".

- 1. La imparcialidad del notario es la base fundamental que conforma el estatuto de la profesión.**

Está garantizada por la ley y las normas profesionales y en Alemania se aplica a todas las formas de la profesión notarial, incluso para el notario que al mismo tiempo es abogado ("notario abogado").

La imparcialidad distingue al notario de las demás profesiones relacionadas con el asesoramiento jurídico y económico, pero sobre todo del abogado. Actualmente son de especial interés los paralelismos entre el notario y el auditor de cuentas. La ley, con el fin de garantizar la imparcialidad, prohíbe actualmente a nivel internacional a los auditores de cuentas realizar auditorías de cuentas y al mismo tiempo prestar asesoramiento. Esta prohibición ya se aplica en la práctica.

- 2. Existen normas estrictas para garantizar la imparcialidad del notario.**

Esto es válido tanto para el ejercicio de la profesión en general como para modalidades del procedimiento de escrituración en particular.

La ley garantiza la imparcialidad del notario sobre todo si éste ejerce varias actividades profesionales (notario abogado), así como en las asociaciones profesionales (despachos colectivos).

Las nuevas regulaciones del derecho profesional del notariado alemán de los últimos años tienen como principal objetivo garantizar la imparcialidad del notario en este tipo de situaciones.

El entorno económico en el que el notario trabaja se ha complicado y su imparcialidad se ha puesto en peligro debido a dependencias económicas. La imparcialidad notarial debe por tanto demostrarse. De lo contrario, la profesión y la función del notario se pondrían en peligro a sí mismas.

3. **La actividad notarial en Alemania consiste sobre todo en la aplicación del derecho contractual.**

El principio básico del derecho contractual alemán es la máxima de la libertad contractual, de la autonomía privada. Es sabido que este principio no se aplica de forma ilimitada y que existe un marco de tensiones entre la libertad contractual formal y la justicia contractual. La libertad contractual queda limitada por la corrección del contenido.

Existen distintas vías de solución. Las Comisiones de la Unión Europea prefieren las incursiones legales en interés de la protección de los consumidores. Se dictan disposiciones con relación a la forma, la información y la revocación que han encontrado amplia acogida en los sistemas legales nacionales, incluso en el Código Civil alemán. La jurisprudencia corrige el contenido de contratos "abusivos" y determina las consecuencias jurídicas de la nulidad contractual.

La **escrituración notarial** de contratos es otra vía **especial** hacia la corrección contractual. Esta vía ofrece ventajas decisivas en comparación con las restricciones legales y el control judicial del contenido.

4. **El notario es el garante del derecho contractual.**

La ley dispone la atribución de competencias al notario. El objetivo legal de la escrituración notarial es garantizar una deliberación suficiente, garantizar la prueba y garantizar la información suficiente.

La documentación notarial imparcial de los contratos actúa por tanto como **garantía del derecho contractual**. Esta garantía se basa en los pilares fundamentales de la posición **imparcial** del notario y de su obligación de verificar e informar ampliamente y de forma **imparcial**. De esta forma se evita lo máximo posible la "disparidad" en la celebración de contratos.

El procedimiento notarial desemboca en la **escritura notarial**, que supone ventajas fundamentales: validez jurídica en todos los aspectos jurídicos pertinentes, ejecutoriedad inmediata, fuerza probatoria.

A pesar de la crítica situación por la que actualmente atraviesa el notariado europeo, prevalecen las ventajas de la documentación notarial de los contratos. El notariado alemán está respaldado sobre todo por su **imparcialidad** e **independencia** y convencido de sus perspectivas de futuro.