



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



Notario Professor Dr. Reinhold GEIMER, München

Circulación del documento notarial y sus efectos como título legitimador en el tráfico jurídico

Índice

A. Fundamentos	7
I. Revisión de las funciones del notario	7
II. Atribuciones principales de la función del notario	8
III. Procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje	8
IV. Asesoramiento fiscal	9
V. Las alternativas formales previstas por el Derecho alemán	9
1. Forma escrita	9
a) Lex lata	9
b) De lege ferenda: Reducción de grado a texto legal	10
c) De lege ferenda: Firma electrónica como alternativa a la firma manuscrita	10
d) Declaraciones en los procedimientos del Registro de la Propiedad y del Registro Civil	10
2. Legitimación pública de la firma	11
3. Legalización notarial	11
VI. Documentos electrónicos	11
VII. Dación de fe de hechos	12
VIII. Lengua oficial	12
IX. Consecuencias de la inobservancia de la forma	12
X. Sentido y finalidad de las formas escritas	12
B. Efectos de los documentos notariales	14

I.	El punto de Arquímedes: Introducción de la eficacia de un documento notarial en un determinado ordenamiento jurídico	14
	1. Desde la perspectiva del derecho alemán	14
	2. Desde la perspectiva del sistema del derecho extranjero	14
II.	Efecto probarorio	14
III.	Sin efecto de cosa juzgada	17
IV.	Escrituras públicas como base del negocio jurídico y los fundamentos de derecho: el caso de la comprobación legal	17
	1. Derecho inmobiliario	17
	a) El artículo 313 del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)	17
	b) Artículo 29 de la Ley alemana Reguladora del Registro de la Propiedad (Grundbuchordnung, GBO)	18
	2. Derecho de sociedades y derecho de las personas jurídicas	19
	a) Constitución de sociedades y personas jurídicas	19
	b) Transferencia de participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada	20
	c) Inscripción en el Registro Mercantil	21
	d) Constitución de sociedades peronalistas	21
	e) Función filtradora de la actuación notarial	21
	3. Sucesiones	23
	a) Cooperación del notario con el Juzgado Sucesorio alemán	23
	b) De lege ferenda: Otorgamiento de declaraciones de herederos ante notario	24
	c) De lege ferenda: Competencias del notario para custodias oficiales especiales de testamentos y aperturas de disposiciones por causa de muerte custodiadas por el notario	24
	d) Archivo testamentario central en formato electrónico	24
V.	Efecto de ejecución del acto notarial	25
VI.	Concesión del exequátur por el notario en lugar de por los juzgados nacionales	26
	1. Auto de ejecución de acuerdos jurídicos entre abogados	26
	2. Autos de ejecución de laudos arbitrales	27
	a) De lege lata	27

b) De lege ferenda	28
VII. Intento de resolución del litigio de forma ectrajudicial mediante intervención notarial como condición previa al acceso a la justicia	28
VIII. Otros medios de descargar la Justicia con la intervención del notario	29
1. Exhibición de libros	29
2. Comunicación electrónica con las oficinas de Registro Público y los Juzgados de Registro	29
IX. La intervención del notario como método para la reducción de costes	30
1. Costes en las transacciones inmobiliarias	30
2. Reducción de costes cuando se evita un litigio	30
C. El papel del notario en la vida de las personas	30
I. Reconocimiento de la paternidad o maternidad y otros negocios jurídicos relacionados con el derecho de filiación y, en especial, con la afiliación	30
II. Capitulaciones matrimoniales y otros convenios entre contrayentes y cónyuges	31
III. Testamentos, contratos sucesorios y otros actos notariales carácter sucesorio	32
1. La obligación de legitimación notarial para la formalización de contratos sucesorios	32
2. Importancia del Derecho Fiscal en la formalización de las disposiciones por causa de muerte	32
3. Importancia del Derecho Internacional Privado (Derecho de colisión) en la formalización de disposiciones por causa de muerte	32
IV. Liquidación de sucesiones	33
V. Cumplimiento de los legados	33
VI. Repudiación de la herencia	34
VII. Contratos sobre la herencia de un tercero aún en vida	34
1. Principio General	34
2. Excepciones	34
VIII. Contratos de repudiación de herencia, legítima y asignación	34
IX. Contratos de compraventa de herencia y contratos de enajenación similares	35
X. Traspaso de porción hereditaria	35
XI. Sucesión hereditaria anticipada	35

XII. Adquisición de una propiedad para vivienda familiar	36
XIII. Comunidades de vida no maritales	36
1. Relaciones jurídicas emandadas de la convivencia	36
2. Relaciones jurídicas con respecto a los hijos	36
XIV. Parejas de hecho homosexuales registradas	36
D. El notario como intermediario de los empresarios y las empresas	37
I. Los actos de constitución, ampliación de capital y modificación de los estatutos de constitución de las sociedades de capitales	37
II. El acto de transformación de la sociedad	37
III. Acuerdos de agrupación, de transferencia de beneficios y otros acuerdos societarios	38
IV. Contratos societarios de compraventa	39
E. Cuestiones de derecho internacional	39
I. Determinación del derecho internacional	39
II. Capacidad de actuación de los notarios	40
III. Competencia internacional	40
1. Ausencia de límites en el ámbito de actuación del notario por causa de las relaciones internacionales objeto de la legalización	40
2. Competencias internacionales exclusivas de los notarios alemanes	41
a) Transferencias de propiedades inmobiliarias alemanas (Endoso de patrimonio)	41
b) Transferencia de cédulas hipotecarias parciales y de deuda inmobiliaria parcial	41
c) Subasta de bienes inmuebles	41
d) Acuerdos societarios, estatutos, modificaciones estatutarias, transformaciones y transferencias de capital alemán en sociedades de capital	41
IV. Autenticidad de los instrumentos extranjeros	42
V. Locus regit formam actus (auctor regit actum): Derecho del lugar como alternativa a la forma precista por el estatuto de la sociedad	43
1. Art. 9 del Convenio Europeo sobre Derecho Contractual y art. 11 de la Ley alemana de introducción al Código Civil (EGBGB)	43
2. Consecuencias de la elección del derecho aplicable a la forma	43
3. Ámbito de aplicación	44

a)	Transferencia de derechos reales: actos de petición	44
b)	Negocios jurídicos y causantes que cumplan los requisitos de organización de sociedades y personas jurídicas alemanas	45
c)	Formalización de testamentos y contratos sucesorios	45
VII.	Lex fori - Principio fundamental	45
F.	Cumplimiento internacional de instrumentos ejecutables	46
I.	Principio fundamental de la urgencia del auto de ejecución	46
1.	Ausencia de reconocimiento de la ejecutabilidad extranjera por extensión del efecto	46
2.	El exequátur como acto constitutivo	48
3.	Efectos del auto de ejecución	49
II.	El auto de ejecución de los instrumentos ejecutables extranjeros según el derecho autónomo alemán	49
1.	Art. 794 párr. 1 núm. 5 de la Ley alemana de Enjuiciamiento (ZPO)	49
2.	Proposición: Aplicación análoga de los arts. 722 y 723 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (ZPO)	49
3.	Digresión: La posición liberal mantenida por otros ordenamientos jurídicos sobre la cuestión del auto de ejecución de los instrumentos públicos extranjeros ejecutables	50
4.	Resumen	51
III.	Flexibilidad completa de los documentos ejecutables mediante la revocación del requisito del exequátur?	51
IV.	Convenios de Bruselas y Lugano, así como el Reglamento competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil	52
1.	Auto de ejecución conforme al art. 50 de los Convenios de Bruselas y Lugano, así como art. 57 del Reglamento (CE) Núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000	53
2.	Concepto de documento público en sentido del art. 50 de los Convenios Bruselas y Lugano y del art. 57 del Reglamento (CE) n° 44/2001	53
3.	Obligación de ejecución incondicional	54
V.	Particularidades del auto de ejecución	55
1.	Condiciones para el auto de ejecución	55

a)	La legitimidad de los documentos notariales extranjeros y su ejecutoriedad según el derecho del primer estado	55
b)	La capacidad de actuación del notario extranjero	55
2.	Ausencia de comprobación de la competencia internacional del primer estado	56
a)	El derecho alemán autónomo	56
b)	Convenios de Bruselas y Lugano y Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil	57
3.	La compatibilidad del título con el orden público del segundo estado	58
VI.	El catálogo de excepciones del art. 1, párrafo 2, núm. 1 de los Convenios de Bruselas y Lugano, y el Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000	58
VII.	Ausencia de títulos jurídicos públicos sobre el auto de ejecución	59
VIII.	Procedimiento del auto de ejecución	59
IX.	Alegaciones del deudor	60
1.	Alegaciones contra la admisibilidad de la cláusula ejecutiva	60
2.	Alegaciones contra las reclamaciones materiales	60
a)	Acción declarativa	60
b)	Reconvención ejecutiva (art. 767 de la ZPO) y otras demandas de oposición	61
X.	Indemnización por ejecución injustificada	62
XI.	Consecuencias de la denegación del exequátur	62
XII.	Convenio mundial de ejecución y competencia territorial	63
G.	Límites territoriales del Exequátur: L'exequatur sur l'exequatur ne vaut	65
H.	Tesis	66

A. Fundamentos

I. Revisión de las funciones del notario

A continuación se tratarán los efectos de las escrituras y otros actos notariales alemanes y extranjeros desde la perspectiva alemana. Para ello no se concibe el concepto de forma limitada. Además, se tratarán también las funciones del notario alemán que no se manifiestan en un documento público.

Entre las tareas del notario en Alemania, se encuentran no sólo las funciones de dación de fe, sino también el cumplimiento de muchas otras tareas de jurisprudencia preventiva. Si se quisieran agrupar estas funciones en una cláusula general, se podría enunciar del siguiente modo: al notario le corresponde el asesoramiento jurídico, que sirve a la seguridad y protección mediante concurso conforme a derecho en la formación de relaciones jurídicas privadas (justificación, modificación y revocación de derechos), no sólo en interés de las partes otorgantes sino también en pro de los intereses públicos de la seguridad jurídica y la evitación del litigio¹. No resulta viable realizar una enumeración exhaustiva. El concepto se encuentra más bien abierto al objeto.

La redacción del contrato es particularmente importante en la justicia preventiva, así como en los casos en los que la ley no prevé el concurso obligatorio del notario.

También tienen cabida en este punto las medidas para la convalidación jurídica de los actos jurídicos, las llamadas “funciones de ejecución”, que están normalizadas legalmente, y cuyo significado en la práctica supera de nuevo esta ejecución de deberes². A esta función de ejecución pertenece en particular la comunicación del notario sobre el vencimiento del precio de compra en los contratos de compraventa, la solicitud de aprobación de división y de otras autorizaciones de derecho público, como por ejemplo en virtud de la ley de transferencia inmobiliaria y del reglamento de transferencia inmobiliaria, la solicitud de la documentación de cancelación, el control del pago del precio de compra, así como la solicitud de certificado del registro civil. Uno de los aspectos más importantes de las actividades notariales es la custodia notarial (depósito de dinero, valores y objetos de valor). Hay que añadir los procedimientos de conciliación formales en las particiones hereditarias y en el saneamiento del derecho real.

¹ Véase Frenz en Eylmann/Vaasen: *Bundesnotarordnung-Beurkundungsgesetz*, (2000), *BNotO* art.1 Rf. 11.

² Art. 51 Ley alemana de Legalización Documentaria (*BeurkG*).

Pero esto no abarca todo el ámbito de actuación del notario. También puede notificar, elevar protestas de cheques y letras, dar fe en las certificaciones de edad, etc.

II. Atribuciones principales de la función del notario

Una de las atribuciones principales de la función del notario en la evitación de conflictos y en la descarga de la justicia es la dación de fe en los negocios jurídicos, el asesoramiento y la asistencia a las partes en la fase preliminar de la legitimación no sólo en la ejecución del acto jurídico formalizado sino también en la inscripción en el registro de la propiedad, así como en el registro mercantil. En los procedimientos de formalización, el notario debate los puntos conflictivos y se esfuerza en el diálogo con las partes para acordar una medida compensatoria que satisfaga los intereses opuestos. El notario, mediante sus escrituras, procura que se reduzca la cantidad de litigios.

III. Procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje

En este contexto, se encuentran los procedimientos de mediación y arbitraje. Al notario se le concede la función de arbitraje en virtud del art. 8 párrafo 3 del Reglamento Notarial alemán (*Bundesnotarordnung, BNotO*) sin necesidad de otra autorización. Los notarios pueden llevar a cabo actos de conciliación voluntaria. A ellos especialmente les corresponde este tipo de resolución extrajudicial de conflictos en calidad de mediadores imparciales versados en leyes.

La función común de estos procedimientos es la neutralización y solución de conflictos mediante el asesoramiento y la discusión imparcial con el notario como titular de un cargo público (relacionado con la función del juez) para evitar que los conflictos lleguen a los tribunales. Así se descarga la justicia y se sirve equitativamente a los intereses públicos y a los intereses de las partes.

Se trata de uno de los campos de actividad “naturales“ de los notarios, los cuales son especialmente aptos, en calidad de representantes de un cargo público obligados con la imparcialidad y la independencia, para desempeñar funciones próximas a las judiciales con el fin de descargar la justicia.

El Colegio Notarial alemán apoya activamente estas pretensiones. El Colegio ha dispuesto un reglamento aplicable a la conciliación mediante notario. También ha publicado un acuerdo tipo de arbitraje, que el notario puede añadir a su escritura pública por voluntad de las partes, para hacer posible una decisión por parte de un tribunal de arbitraje en litigios que se presenten posteriormente entre las partes. Según la

recomendación del Colegio Notarial alemán, el árbitro, si es posible, debe nombrarse en el documento.

Junto al Colegio Notarial alemán, la Asociación alemana de Notarios se ha ocupado del tema de las funciones de arbitraje y conciliación. Esta asociación ha creado un tribunal de arbitraje institucional bajo la designación de “Tribunal de arbitraje y conciliación de los notarios alemanes“.

IV. Asesoramiento fiscal

Generalmente, el notario puede tomar parte activa en el asesoramiento jurídico, incluso en los casos en los que no se estipula la escritura notarial. También debe asesorar sobre impuestos, pero no de forma obligatoria, pues el notario no es un asesor fiscal. Está autorizado para el asesoramiento fiscal, pero no está obligado a ello.

No obstante, el derecho fiscal juega un papel importante en la formalización de contratos y escrituras notariales. Se puede hablar de una interdependencia entre el derecho civil y fiscal. Los defectos de constitución fiscales pueden ocasionar cuantiosas pérdidas, por lo que es importante que el notario aclare anteriormente que él no asume ninguna responsabilidad en las repercusiones fiscales de la legalización y recomiende consultar a un asesor fiscal. Sin embargo, si asume el asesoramiento fiscal, también será responsable de las consecuencias fiscales negativas.

V. Las alternativas formales previstas por el Derecho alemán

El Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) distingue las siguientes formas:

1. Forma escrita

a) Lex lata

En la forma escrita, la escritura notarial debe estar firmada de forma manuscrita por el emisor mediante la firma o por medio de una rúbrica legitimada ante notario. En un contrato las partes deben firmar las mismas escrituras notariales. Si en el contrato se protocolizan más escrituras notariales idénticas, es suficiente según el art. 126 párrafo 2 del Código Civil alemán (*BGB*), que cada parte firme las escrituras notariales pertenecientes a la otra parte.

b) De lege ferenda: Reducción de grado a texto legal

Está claro que la exigencia de firma de puño y letra supone un óbice para las transacciones económicas electrónicas. De ahí que el legislador pretenda reducir la forma escrita en muchos casos a texto legal. Esta forma simplificada frente a la forma escrita precisa sólo de una declaración con letra legible. No es necesaria la firma manuscrita, por lo que esta forma no suscrita debería facilitar el negocio jurídico.

El texto debería sustituir a la forma escrita estricta en los ámbitos relacionados con declaraciones sin efecto probatorio fundamental, así como con consecuencias jurídicas no fundamentales o poco factibles y que no requieren una función preventiva para el declarante, la cual es inherente a la forma escrita mediante el requisito de la firma manuscrita.

De este modo prevalece la forma escrita en la promesa de una renta vitalicia según el art. 761 del *BGB*, en la fianza (art. 766 del *BGB*), en la promesa abstracta de deuda (art. 780 del *BGB*) y en el reconocimiento abstracto de deuda (art. 781 del *BGB*). Aquí el requisito de forma escrita tiene predominantemente una función preventiva. El deudor debe estar protegido ante la exigencia prematura de pago.

Puesto que no aparece la firma del declarante, el texto, a diferencia de la forma escrita, no tiene que plasmarse en papel sino que también es válido el soporte electrónico.

c) De lege ferenda: Firma electrónica como alternativa a la firma manuscrita

También se debería poner en funcionamiento una variante electrónica como opción a la firma manuscrita. Si la forma escrita legal prescrita fuera sustituida por la forma electrónica, el otorgante de la declaración debería añadir su nombre a ésta y otorgar el documento electrónico con una firma electrónica legalizada según la Ley alemana de Firmas (*Signaturgesetz*) .

En un contrato las partes deben firmar electrónicamente cuando corresponda un documento idéntico en la forma designada anteriormente. Así se da paso al proyecto de reforma del nuevo art. 126a del *BGB* por el que se podría sustituir la firma manuscrita por la firma electrónica.

d) Declaraciones en los procedimientos del Registro de la Propiedad y del Registro Civil

Las declaraciones para las que el derecho procesal correspondiente prevé una instancia, como ocurre actualmente en los actos del Registro de la Propiedad y del Registro Civil, deben quedar en soporte de papel por el momento. Sin embargo, en el futuro deberán

crearse las condiciones técnicas y legales para la llevanza electrónica de los actos del Registro de la Propiedad y del Registro Civil, lo que posibilitará el tráfico jurídico electrónico con la oficina del Registro de la Propiedad y con el juzgado del Registro Civil.

2. Legitimación pública de la firma

Si la ley dispone la legitimación pública de la firma para una declaración, la declaración se debe extender de forma escrita y la firma del declarante debe ser legitimada por un notario, art. 129 del *BGB*. Si la declaración se firma por el otorgante mediante signo, la legitimación notarial del signo prevista para la forma escrita en el art. 126 párr. 1 del *BGB* es necesaria y suficiente.

3. Legalización notarial

El procedimiento de legalización está regulado por la Ley alemana de Legalización Documentaria (*Beurkundungsgesetz, BeurkG*). Ante notario tiene lugar una comparecencia, en la que las partes otorgantes expresan su declaración de voluntad, según el art. 8 de la *BeurkG*.

A diferencia de lo previsto para la forma escrita (art. 126 párrafo. 2 del *BGB*) se puede legalizar de forma separada la oferta y la aceptación contractual en el acto de legalización notarial de un contrato, incluso por diferentes notarios (en diferentes lugares), art. 128 del *BGB*.³

La legalización notarial es la forma más “sólida“. Sustituye a la forma escrita y a la fe pública, según el art. 126 párrafo 3 y el art. 128 párrafo 2 del *BGB*.

VI. Documentos electrónicos

La Ley alemana de Legalización Documentaria (*BeurkG*) establece en sus arts. 8 y siguientes. que hay que dejar constancia por escrito de la negociación de legalización. El notario ha de firmar ésta mediante la inclusión de su sello y ha de leer de viva voz el acta de la declaración de voluntad de las partes, que también deberá ser firmada por las partes. Una vez que hayan otorgado, el texto leído de viva voz tiene que firmarse ante notario bajo el anexo de su sello. En la dación de fe de la declaración de voluntad hay que leer el acta a las partes y también tienen que firmarla, una vez han aprobado el texto leído.

³ Ejemplo: El comprador de un inmueble en Hamburgo que reside en Berlín acepta ante un notario de Berlín la oferta hecha en documento público de un notario en Munich donde reside el vendedor.

Las escrituras notariales de los notarios alemanes siempre se realizan en papel. Aún no existe una forma electrónica alternativa. Todavía no se puede saber como se desarrollará esto en un futuro. En la actualidad, como ya se ha mencionado, se trabaja en una ley para la adaptación de la forma escrita del derecho privado al tráfico moderno de negocios jurídicos. En cualquier caso, se seguirá precisando la legalización notarial.

VII. Dación de fe de hechos

Junto a la legalización de las declaraciones de voluntad, entre las funciones del notario se encuentra la dación de fe de hechos. El notario puede dar fe de hechos que ha formalizado directamente. Las conclusiones y evaluaciones legales no pueden ser objeto de un documento testimonial. En este punto, entran en consideración, por ejemplo, legalizaciones de decisiones de asamblea según los arts. 36 y ss. de la *BeurkG*, completados con el art. 130 de la Ley alemana de Acciones (*Aktiengesetz, AktG*) para la legalización de la Junta General de una sociedad anónima y de una sociedad comanditaria por acciones.

VIII. Lengua oficial

La lengua oficial en Alemania es el alemán. Las escrituras notariales se emiten fundamentalmente en lengua alemana. El notario puede emitir, conforme al art. 5 párrafo 2 de la Ley alemana de Legalización Documentaria (*BeurkG*), la escritura pública en otra lengua, en tanto que sea suficientemente experto en esa lengua.

IX. Consecuencias de la inobservancia de la forma

Si no se respetara la forma determinada por la ley, se produciría la nulidad del acto jurídico.⁴ Esto también se aplica cuando en un caso concreto se fija una forma determinada por el acto jurídico, (art. 125 del *BGB*.)

X. Sentido y finalidad de las formas escritas

Las disposiciones de la forma legal sirven para proteger al otorgante ante compromisos anticipados en los negocios jurídicos arriesgados (función preventiva).⁵ La finalidad de la

⁴ Aunque la ley prevé la posibilidad de restablecimiento en determinados conjuntos de situaciones, como por ejemplo art. 313 párr. 2 del *BGB*: La forma que falta se subsana mediante asiento en el Registro de la Propiedad.

⁵ Véase para más detalles Bernhard: *Beck'sches Notarhandbuch*, 3ª. Edición, (2000) Rf. 10 y ss.

forma debe evocar la conciencia, exhortar la deliberación pendiente y solicitar una formalidad de la declaración de voluntad correspondiente al significado de la resolución. Sobre todo, donde el derecho alemán asegura que el declarante conoce el texto de la declaración de voluntad, designa, ya sea la forma de firma manuscrita ya sea la legalización notarial. Mediante la lectura a viva voz de la escritura notarial, se asegura institucionalmente, en el procedimiento de legalización notarial, la protección frente a exigencias de pago anticipado, así como el asesoramiento sobre las consecuencias legales del negocio jurídico, particularmente en interés de aquellas partes del contrato menos sólidas económicamente.

Junto a esto se encuentra el concepto de aseguramiento de la prueba. Este tiene lugar ante todo en interés de las partes, para delimitar la conclusión del contrato desde la negociación preliminar y el contrato o bien para comprobar la licitud del acto jurídico y hacerlo reconocible ante terceros. El aseguramiento de la prueba también sirve al interés público, por ejemplo para la descarga de la llevanza del Registro a través de la comprobación de la identidad del firmante mediante la legitimación. En los negocios importantes del derecho inmobiliario, del derecho sucesorio y del derecho de sociedades, el legislador alemán exige la legalización notarial. En especial, se exige legalización notarial para el consumidor cuando es necesario el asesoramiento competente más allá de una función preventiva y probatoria pura en los procesos importantes legalmente complicados, mediante la colaboración de un órgano del poder judicial independiente e imparcial.

En los procedimientos de legalización, le corresponde al notario la declaración de voluntad de la parte, el esclarecimiento de las circunstancias y la presentación del hecho comprobado en forma escrita conforme a derecho. Como instrumento para el aseguramiento del equilibrio de las partes del contrato, el legislador establece la forma escrita. Sólo si se garantiza esto, será legítima conforme a la filosofía del derecho la libertad contractual. A este efecto, la legalización por un notario imparcial versado en leyes es la forma más sólida y estable para evitar el desequilibrio, conforme a las distintas jurisprudencias y diferentes poderes económicos. En la negociación de la legitimación, el notario cumple una función social como intermediario para asegurar una formalización del acto jurídico conforme a derecho.⁶

De este modo, se fomentará una protección óptima del consumidor, sobre todo mediante el informe notarial estipulado en el art. 17 de la Ley alemana de

⁶ Bernhard: *Beck'sches Notarhandbuch*, 3ª Edición, (2000) Rf. 20.

Legalización Documentaria (*BeurkG*). Además, el notario tiene la función de ocuparse de que las partes sin experiencia y poco expertas no se vean perjudicadas.

B. Efectos de los documentos notariales

I. El punto de Arquímedes: Introducción de la eficacia de un documento notarial en un determinado ordenamiento jurídico

1. Desde la perspectiva del derecho alemán

Un documento notarial produce efecto de la misma forma que una resolución judicial, no por sí mismo, sino que es necesario que así se recoja en un determinado ordenamiento jurídico. En consecuencia, la cuestión sobre la eficacia de las escrituras notariales sólo puede ser planteada y respondida desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico determinado.

2. Desde la perspectiva del sistema del derecho extranjero

A continuación se tratarán los efectos de las escrituras notariales principalmente desde la perspectiva del derecho alemán, pero se pone de relieve que las escrituras notariales alemanas también pueden tener efectos desde la perspectiva del ordenamiento jurídico extranjero, especialmente, cuando en virtud de las normas del derecho internacional privado se conduce el procedimiento conforme al derecho extranjero en lugar del alemán. Este es el caso, cuando se trata de un documento alemán que se quiere reconocer en el extranjero, es decir, si desde la perspectiva del derecho extranjero aplicable se acepta con el mismo valor o efecto.

II. Efecto probatorio

Una escritura notarial es un documento público en virtud de los arts. 415 y siguientes de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozessordnung, ZPO*). Ésta establece en su art. 415 la prueba del procedimiento de legalización mediante notario. Pero la libre apreciación de la prueba está limitada por el juez⁷. Sólo es lícita la prueba que ha sido legalizada en un procedimiento correcto.

El documento formalizado ante notario es la forma establecida por la Ley alemana de Legalización Documentaria, que preceptúa la plena fuerza de prueba de la declaración

⁷ art. 286 de la *ZPO*.

legalizada (manifestación de la voluntad)⁸, como es el caso de los procedimientos factuales legitimados.⁹ Esto también se aplica a las escrituras notariales extranjeras, siempre que cumplan los mismos requisitos que las alemanas.¹⁰ Todo el proceso de legalización notarial tendrá la fuerza probatoria del documento. No sólo el contenido de la declaración, sino también las averiguaciones en el documento sobre la identidad del declarante, su edad (relevante en la capacidad para contratar), la convicción del notario sobre la capacidad para contratar así como la capacidad para testificar, el lugar, la fecha y otras circunstancias de la declaración.

No sólo contienen fuerza probatoria los documentos notariales, es decir las actas legalizadas por el notario, sino también las declaraciones legalizadas ante notario. Si el notario legitima una firma en una declaración privada, declara la legitimidad de esa firma.¹¹ Aquí interviene la norma de prueba legal estipulada en el art. 416 de la *ZPO*. Si la firma es legítima, la declaración se considera válida. Esta prueba no puede ser rebatida, si la contraprueba admite en acta notarial, conforme al art. 415 párr. 2 de la *ZPO*, que el procedimiento descrito en el acta notarial se legalizó de forma defectuosa. Por tanto, la fuerza de prueba de la legitimidad de la firma es incluso más "sólida" que el acta notarial.¹²

La legitimación de la firma en blanco¹³ tiene principalmente el mismo valor de prueba. Pero el juez del Registro de la Propiedad, como es el caso del auxiliar de justicia, así como el juez del Registro Civil, puede no aceptar la declaración cuando exista duda sobre si la firma en blanco se rellenó de la forma correcta.¹⁴ Una traducción alemana elaborada por el notario a partir de una escritura notarial en otro idioma posee también fuerza probatoria conforme al art. 50 de la Ley alemana de Legalización Documentaria (*Beurkundungsgesetz, BeurkG*).¹⁵

Las escrituras notariales formalizadas por los notarios alemanes, poseen, según el art. 437 párr. 1 de la *ZPO*, la presunción de idoneidad por sí mismas. En caso de duda sobre esta idoneidad, el tribunal puede disponer una declaración sobre dicha idoneidad según el art. 437 párr. 1 de la *ZPO*.

⁸ art. 415 de la *ZPO*.

⁹ art. 418 de la *ZPO*.

¹⁰ Winkler: *Beurkundungsgesetz*, 14ª Edición, 1999, art. 1 Rf. 12.

¹¹ art. 418 de la *ZPO*.

¹² Winkler, *Beurkundungsgesetz*, 14ª Edición, (1999), art. 1 Rf. 18.

¹³ Art. 40 párr. 5 de la Ley alemana de Legalización Documentaria (*BeurkG*)

¹⁴ Winkler art. 1 Rf. 20.

¹⁵ Winkler art. 1 Rf. 22.

Esta prescripción no es válida para los documentos formalizados ante notario extranjero. Además es *sedes materiae* conforme al art. 438 de la *ZPO*, que establece:

„(1) Si un documento formalizado ante una autoridad extranjera o ante un persona titular de poder público del extranjero, se considera auténtico sin prueba exhaustiva, el tribunal deberá dictar sentencia de acuerdo con las circunstancias del caso.

(2) Para probar la idoneidad de un documento basta la legalización mediante un cónsul o un legado del país.“

La legalización prueba la legitimidad de la firma y la condición oficial del fedatario y en algunos casos la autenticidad del sello¹⁶, pero no el cumplimiento de los requisitos del estado de origen, con tanto que conforme al art. 13 párr. 4 de la Ley alemana Consular no se haya efectuado lo que se conoce como dilación en la legalización.¹⁷

Las a veces tan molestas formalidades de la legalización (art. 438 de la *ZPO*) desaparecen con el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la supresión de exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros.¹⁸ En el ámbito de aplicación de este convenio basta la apostilla del estado de origen. De este modo se evitan las dificultades de la cadena de legalizaciones necesarias para el proceso de legalización.

Además, los documentos extranjeros están libres de formalidades en virtud de los convenios bilaterales y multilaterales, incluso si firmaron el Convenio de la Haya.¹⁹ Así, por ejemplo, en virtud del art. 1 del Convenio Franco-Alemán sobre la supresión de la legalización en documentos públicos extranjeros de 13 de septiembre de 1971²⁰:

„Los documentos públicos..... no necesitan ninguna legalización, apostilla, legitimación o cualquier otra formalidad para su utilización en el otro Estado.“

La preferencia de este convenio frente al Convenio de la Haya se establece expresamente en el art. 11 párr. 2.

A este respecto, se menciona también el art. 49 de los Convenios de Bruselas y Lugano así como el art. 56 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

¹⁶ art. 13 párr. 2 de la Ley alemana Consular . A este efecto, Spellenberg en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3ª Edición, Art. 11 de la EGBGB Rf. 95.

¹⁷ Véase Bindseil en Hecker/Müller-Chorus, *Handbuch der konsularischen Praxis*, 2ª Edición, (1998), art. 4 C Rf. 6 y ss. Véase Spellenberg en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3ª Edición, Art. 11 de la EGBGB Rf. 97.

¹⁸ Boletín Oficial del Estado alemán (*Bundesgesetzblatt*) 1965 II 875.

¹⁹ Compilación por ejemplo por Spellenberg en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3ª Edición, Art. 11 de la EGBGB, Rf. 98.

²⁰ Boletín Oficial del Estado alemán (*Bundesgesetzblatt*) 1974 II 1075.

judiciales en materia civil y mercantil²¹, que entrará en vigor el 1 de marzo de 2002 y que sustituirá al Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y de ejecución. Tras esto, los documentos que se presenten en el procedimiento de exequátur no necesitarán “ni la legalización ni ninguna formalidad similar“. Esto mismo establece el art. 35 del Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (“Bruselas II“)²², y el art. 19 párrafo 2 del Reglamento (CE) nº 1347/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo procedimientos de insolvencia²³ así como el art. 4 párrafo 4 del Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil²⁴.

III. Sin efecto de cosa juzgada

La escritura pública no se otorga con efecto legal material, sino que en este aspecto se diferencia esencialmente de la resolución judicial.²⁵ Si un otorgante desea que le sea garantizado su derecho con pleno efecto jurídico, debe reclamar judicialmente una resolución declaratoria o condenatoria. El efecto probatorio de la escritura pública intervendrá de nuevo en la fase de prueba del procedimiento.

IV. Escrituras públicas como base del negocio jurídico y los fundamentos de derecho: el caso de la comprobación legal

1. Derecho inmobiliario

a) El artículo 313 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*)

La función del notario adquiere una importancia esencial en materia de derecho inmobiliario. El art. 313 del Código Civil alemán (*BGB*) es *sedes materiae*. Por lo dispuesto en este artículo se precisa un contrato de legitimación notarial, mediante el cual la parte correspondiente se compromete a transferir o adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles. Para ello, no es suficiente la legitimación notarial de las firmas. Se

²¹ Diario Oficial de la Comunidad Europea nº L 12 de 16 de enero de 2001, pag. 1.

²² Diario Oficial de la Comunidad Europea nº L 160 de 30 de junio de 2000, pag. 19.

²³ Diario Oficial de la Comunidad Europea nº L 160 de 30 de junio de 2000, pág. 1.

²⁴ Diario Oficial de la Comunidad Europea nº L 160 de 30 de junio 2000, pág. 37.

²⁵ Consúltese Geimer *DNotZ* (1975), 461, 482 para más información .

precisa acta notarial, que los otorgantes deben leer y consentir y que debe ser firmada tanto por ellos como por el notario.

No obstante, un contrato celebrado en inobservancia de esta forma, es válido en todo su contenido, siempre que se efectúe su transferencia e inscripción en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 313 apdo. 2 del *BGB*.

El notario interviene de forma fundamental en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles y derechos reales (por ejemplo, derechos hereditarios) y en la concesión de derechos sobre propiedades inmobiliarias. La escritura pública no produce efecto por sí misma en la transmisión de bienes o en la cesión de derechos. Para la inscripción en el Registro de la Propiedad son precisos también otros requisitos. El derecho alemán no se acoge en este punto al tradicional principio consensual del derecho romano. A diferencia del derecho vigente en otros países con sistemas jurídicos de tradición romana, la inscripción en el Registro de la Propiedad, así como en otros registros (por ejemplo, en el Registro Marítimo alemán) es, conforme al derecho alemán, de carácter constitutivo y no únicamente declarativo. Para la transferencia de la propiedad y la consignación de derechos sobre bienes inmuebles, los arts. 873, 925 del *BGB* estipulan un doble hecho constitutivo, el acuerdo ante notario y la inscripción en el Registro.

b) Artículo 29 de la Ley alemana Reguladora del Registro de la Propiedad (*Grundbuchordnung, GBO*)

El art. 313 del *BGB* se completa con el art. 29 de la Ley alemana Reguladora del Registro de la Propiedad (*GBO*). Sólo se efectuará una inscripción en el registro, cuando el consentimiento de inscripción y las interpretaciones adicionales necesarias para la inscripción hayan sido probados mediante escritura pública o escritura pública legalizada. Siempre que no se haga constar en el Registro de la Propiedad, los demás supuestos de inscripción precisarán ser probados mediante escrituras públicas o escrituras públicas igualmente legalizadas. Mediante esta norma, se pretende asegurar la corrección de las inscripciones en el Registro, en lo que afecta a la coincidencia entre el contenido de los asientos en el Registro y la situación legal material. También establece los fundamentos para sancionar la máxima garantía de corrección del Registro de la Propiedad. Para la probación del acta de inscripción se exigirán unos requisitos estrictos, dado que en el sistema del Registro de la Propiedad alemán prevalece especialmente la protección de la buena fe. Asimismo, la adquisición (de buena fe) de bienes no legitimados, así como de bienes legitimados, conlleva la pérdida de la propiedad, como es el caso del derecho

sobre propiedades reales que no hayan sido inscritas en el Registro de la Propiedad. Dichos requisitos sólo podrán ser legalizados por el notario.

2. Derecho de sociedades y derecho de las personas jurídicas

a) Constitución de sociedades y personas jurídicas

La función del notario no sólo juega un papel determinante en materia inmobiliaria, sino también en el ámbito del derecho de sociedades y de las personas jurídicas y, de igual forma en lo relativo al asesoramiento comercial. La constitución de sociedades de responsabilidad limitada²⁶ y sociedades por acciones²⁷, así como la ampliación de capital y la modificación de estatutos²⁸ precisan la legitimación notarial.

La fe pública tampoco legitimará en este caso la constitución de la sociedad ya que primero la sociedad deberá figurar como persona jurídica con responsabilidad limitada en el Registro Mercantil mediante su inscripción en el mismo.²⁹ También a este respecto se podrían establecer dos hechos constitutivos, a saber la escritura de constitución ante notario y la inscripción en el Registro Mercantil.

Este principio está en vigor prácticamente en todo el mundo, como se estipula con toda certeza en las legislaciones en vigor en la mayoría de estados miembros de la Unión Europea. De este modo, la inscripción en el Registro Mercantil *de legibus latis* adquiere carácter constitutivo, como en los casos de la constitución y la ampliación de capital, pero también de agrupaciones registradas, otras modificaciones en los estatutos de la sociedad, las fusiones y las escisiones. Sin embargo, debería cuestionarse el dogma que hasta ahora postulaba de forma irrefutable la fuerza constitutiva de la inscripción en el Registro Mercantil, así como en otros registros, en el ámbito del derecho de las sociedades capitalistas. A pesar de las protestas de los usuarios sobre la lentitud del procedimiento preciso para la inscripción, el establecimiento de un Registro central de ámbito nacional o europeo no sería la solución.³⁰ Habría que considerar con mayor detenimiento la necesidad de mantener el efecto constitutivo de la inscripción. De hecho, no se pueden eliminar los controles legales sobre las constituciones, las ampliaciones de

²⁶ Art. 2 de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG*).

²⁷ Art. 23 de la Ley alemana de Acciones (*Aktiengesetz, AktG*).

²⁸ Arts. 130, 179 y ss. de la *AktG*, arts. 53 y ss. de la *GmbHG*.

²⁹ Art. 41 *AktG*, art. 11 de la *GmbHG*.

³⁰ Se daría lugar a más burocracia aún. En este punto, los remedios sólo podrían lograrse mediante una mejor organización de personal y de material en los juzgados de registro. No siempre produce buenos resultados.

capital y las transformaciones, ni tampoco reducirlos al primitivo procedimiento denominado “*table A*” del derecho consuetudinario inglés, puesto que se debe proteger el tráfico comercial, así como a los consumidores, ante constituciones de sociedades sin la suficiente consistencia legal y ante las inscripciones no válidas.

Se deberían delegar en el notario funciones de control propias del Registrador. La sociedad no se constituye inicialmente como persona jurídica con responsabilidad limitada sobre el haber social mediante la inscripción en el Registro Mercantil, sino con la legitimación del notario que refrenda que la sociedad se ha constituido conforme a derecho. Este supuesto también es válido en el caso de las ampliaciones y transformaciones de capital.

Una modificación de esta categoría resultaría el remedio más sencillo, eficaz y económico para acallar las quejas relativas a los lentos procesos de inscripción. De este modo, se descongestionarían de forma significativa las oficinas de Registro, ya que la inscripción en el Registro, que en este caso tendría sólo efecto declarativo, se efectuaría sin necesidad de comprobación ulterior por parte del Juzgado Sucesorio, una vez que el notario la hubiese autorizado.³¹

Con esta propuesta no se pretende suplantar al registrador, puesto que, en primer lugar, las competencias de los notarios sólo se llevarían a cabo junto con las del Registrador, por lo que no le sustituiría, y en segundo lugar, la puesta en práctica de dichas competencias contrapuestas dependería enteramente de la voluntad de cada estado. Los estados harían uso de dicha opción, cuando su sistema de justicia se encontrase en una situación de extremo colapso y todas las demás medidas políticas particulares para abreviar el proceso de inscripción hubieran fracasado. Este supuesto va a considerarse seriamente en el futuro y, de hecho, ya ha sido puesto en práctica parcialmente en Italia.

b) Transferencia de participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada

El art. 15 de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbHG*) regula la actuación notarial para la transferencia de participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada. La transferencia de participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada no deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. En este caso

³¹ La particularidad de que sólo existan notarios en los países del ámbito del notariado latino no es motivo para rechazar esta propuesta de antemano. También podría ponerse en práctica en los estados de la *Common Law* y en los de tradición nórdica, ya que dichos estados podrían delegar la función de control en otras instancias.

no se estipula un doble hecho constitutivo. De hecho, la cesión de participaciones sociales sólo será efectiva mediante la actuación notarial.³²

c) Inscripción en el Registro Mercantil

Siempre que no se disponga de la fe pública, se requerirá la legitimación de la inscripción en el Registro mercantil por parte del notario. La intervención del notario, conforme al art. 12 del Código de Comercio alemán (*Handelsgesetzbuch, HGB*) hace efectiva la seguridad jurídica del registro. Por consiguiente, la mayoría de las inscripciones en el Registro Mercantil se formalizan ante notario, aunque no se haya prescrito de este modo. Mediante este procedimiento, se fomenta la precisión y validez de la inscripción en el Registro Mercantil.

d) Constitución de sociedades personalistas

En la práctica jurídica, el notario interviene incluso en aquellos ámbitos en los que no es obligatoria su actuación, como es el caso de la constitución de las sociedades personalistas (sociedades colectivas, sociedades comanditarias, cuando no se hayan ligadas a una obligación de aportación de bienes inmuebles o participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada³³), ya que conforme a los arts. 12, 106 y 162 del Código de Comercio alemán (*HGB*), el notario deberá legitimar la inscripción. Por este motivo, el notario actuará, en muchos casos, en la preinscripción y con frecuencia también en la redacción de la escritura constitutiva de la sociedad.

e) Función filtradora de la actuación notarial

En la legitimación de la firma por parte del notario no sólo interviene la función probatoria, sino que también existe una función filtradora fundamental para los registros oficiales, porque se evita la tramitación de procedimientos impropios e incorrectos. Este sistema supone también un medio de protección para los no expertos en materias mercantiles.

A este respecto, el Colegio Notarial Alemán ha propuesto modificar y ampliar el art. 40 de la Ley alemana de Legalización Documentaria (*BeurkG*). Esta disposición regula la legitimación de la firma. La voluntad legisladora se ocupa *de lege lata* de garantizar la

³² Si hubiera lugar, siempre y cuando se presentaran las autorizaciones y consentimientos prescritos por derecho.

³³ Cuando los bienes inmuebles, derechos reales o participaciones sociales de una sociedad se aporten a una sociedad de responsabilidad limitada, se requerirá legalización en virtud del art. 313 párrafo 1 del *BGB* o el art. 15 de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbHG*).

prueba con respecto a la identidad de los otorgantes. De este modo, se concluye que es insuficiente el uso que se realiza de los efectos ligados a la intervención del notario. De hecho, en muchos casos, con motivo de la legitimación de las firmas, el notario también se ocupa del contenido legal de las declaraciones suscritas. Esto beneficia no sólo al declarante, sino también al destinatario de la declaración. De este modo, además se libera al Tribunal Sucesorio de la tramitación de procedimientos viciados o totalmente incongruentes.³⁴ No resulta descabellado afirmar que sin el concurso del notario en la preparación y la comprobación de las declaraciones registrales es materialmente imposible que tenga lugar un procedimiento registral conforme a derecho. El notario previene procedimientos viciados, ilícitos, equívocos o indebidos. Lleva a efecto los deseos y peticiones de los comparecientes, conforme a la formulación jurídica a la que están acostumbrados los jueces encargados del registro y los funcionarios de la administración de justicia y contribuye de forma fundamental a que se produzca una tramitación fluida. Sin la función filtradora del notario, los Tribunales Sucesorios³⁵ alemanes trabajarían de un modo más improductivo. Los defectos de forma de las declaraciones realizadas por los comparecientes dan lugar a demandas de información aclarativas que exigen mucho tiempo para su resolución, así como a resoluciones legales formales, que resuelvan las declaraciones defectuosas. Estos efectos positivos de la legitimación de firmas no deben ser interpretados como meros efectos reflejos, como se hacía hasta ahora, sino que deberían llegar a incluirse en los textos legales, según propuesta del Colegio Notarial alemán.

³⁴ Se consideran consignatarios no sólo el Juzgado del Registro y el Registro de la Propiedad (art. 1 párr. 1 apdo. 1 de la Ley alemana reguladora del Registro de la Propiedad alemán (*GBO*) sino también los demás juzgados de registro (art. 8 del Código de Comercio alemán (*HGB*), art. 10 párr. 2 de la Ley alemana de Sociedades Cooperativas, art. 160b de la *FGG*, arts. 21, 55, 1588 del *BGB*, art. 1 del Ordenamiento del Registro Marítimo), así como otras entidades, por ejemplo, la Oficina Federal de Transporte Aéreo Civil (art. 78 de la Ley alemana Reguladora de los Derechos sobre Aeronaves (*Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen [LuftzRG]*)).

Las siguientes disposiciones son aplicables para las declaraciones dirigidas a los tribunales y que se han de legitimar: art. 19 de la Ley alemana reguladora del Registro de la Propiedad (*GBO*), art. 29 del *SchRegO*; para los consentimientos jurídico procesales: arts. 22 párr. 2, 27 del *GBO*; así como para las inscripciones registrales: art. 12 del Código de Comercio alemán (*HGB*), art. 5 párr. 2 de la Ley alemana de Sociedades de Participación [*PartGG*], art. 157 I de la Ley alemana de Sociedades Cooperativas (*GenG*), arts. 77, 150 apdo. 2 del *BGB*.

³⁵ En el proceso de inscripción en el Registro de la Propiedad alemán, también afectaría a los oficiales del Registro.

3. Sucesiones

a) Cooperación del notario con el Juzgado Sucesorio alemán

Además del trabajo conjunto entre el notario y, por una parte, la oficina de registro y, por otra, el Juzgado Sucesorio, hay que resaltar su cooperación con el Juzgado Sucesorio alemán. Al igual que en un número reducido de países, en Alemania aún existe la figura jurídica denominada “declaración de herederos”. Se trata de un certificado que resuelve quién es el heredero. Certifica el derecho sucesorio ante terceras partes de buena fe, incluso cuando sea materialmente incorrecto, según los arts. 2365 y 2366 del Código Civil alemán (*BGB*). Queda estipulado del mismo modo para el testimonio del albacea, en virtud del art. 2368 del *BGB*.

Las inscripciones en el Registro de sucesiones intestadas, sólo pueden llevarse a cabo, con arreglo al art. 35 de la Ley alemana Reguladora del Registro de la Propiedad (*GBO*), cuando los herederos prueben su condición de tales mediante la declaración de herederos. Cabe una excepción para testamentos notariales y pactos sucesorios. Será suficiente que se pruebe el heredero mediante una disposición por causa de muerte contenida en una escritura notarial, siempre que se presente, en lugar de la declaración de herederos, la escritura notarial que contenga la disposición por causa de muerte y el acta de la apertura de dicha disposición. La gran importancia y confianza depositada en la función del notario por parte del ordenamiento jurídico alemán queda pues demostrada.

El Juzgado Sucesorio formaliza la declaración de herederos *de lege lata* al igual que el testimonio del albacea. Por regla general, el Juzgado de Primera Instancia competente será el correspondiente a la jurisdicción de la última residencia del testador.³⁶ Es obligatorio que el solicitante certifique sus circunstancias sobre la herencia bajo juramento. Las competencias pertinentes en la protocolización de dicha atestiguación bajo juramento corresponden al notario, junto con el Juzgado Sucesorio. En la práctica, será el notario el que actúe en la preparación y asesoramiento de un número elevado de declaraciones de herederos. En estos supuestos, el notario debe aclarar las circunstancias

³⁶ Si el testador fuere alemán y residiere o tuviere domicilio en Alemania en el momento de la sucesión, el Juzgado del Registro en Schöneberg de Berlin-Schöneberg sería competente. Dicho Juzgado del Registro podrá transferir el asunto por causa mayor a otro juzgado, art. 73 párr. 2 de la Ley alemana sobre Jurisdicción Voluntaria (*FGG*). Si el testador fuere extranjero y no residiere ni tuviere domicilio en Alemania en el momento del fallecimiento, sería competente cualquier Juzgado del Registro, en cuya jurisdicción existiera un Juzgado Sucesorio, en vista de las materias sucesorias contempladas por el ordenamiento alemán, art. 73 párr. 3 de la *FGG*.

legales y de hecho concernientes a la herencia y tomar en consideración la formulación de la reclamación de herencia.

En este punto también aparece la función de notario con carácter de filtro. Los juzgados se ven aliviados de forma significativa, al no tener que ocuparse de las peticiones imprecisas o impertinentes, ya que el notario interviene en lo posible en la disposición imparcial y en la resolución de aclaraciones de procedimiento con efecto.

b) *De lege ferenda: Otorgamiento de declaraciones de herederos ante notario*

Para reducir el volumen de trabajo de los juzgados, el Colegio Notarial alemán ha propuesto delegar en los notarios las competencias referidas al otorgamiento de declaraciones de herederos. El derecho sucesorio es, por tanto, parte esencial de la función del notario. Los notarios desempeñan funciones importantes *de lege lata* en el procedimiento de formalización del certificado de heredero, en calidad de intermediarios neutrales en causas sucesorias. Las experiencias positivas en este sentido van ligadas a la delegación de competencias en los notarios con relación a los otorgamientos de declaraciones de herederos. De este modo, se produciría en Alemania una evolución que ya se da en Austria desde hace largo tiempo, donde la ejecución del “procedimiento hereditario” es prácticamente competencia de los notarios en calidad de “comisarios” del juzgado.

c) *De lege ferenda: Competencias del notario para custodias oficiales especiales de testamentos y aperturas de disposiciones por causa de muerte custodiadas por el notario*

Existe otra propuesta más que atañe a la cesión de competencias al notario en los casos de custodia oficial de testamentos³⁷, así como de apertura de disposiciones por causa de muerte custodiadas por el notario.

d) *Archivo testamentario central en formato electrónico*

El Colegio Notarial alemán también pretende instaurar una central de archivos testamentarios gestionados electrónicamente, tal y como ya existen en algunas organizaciones notariales de otros países europeos. También existe un proyecto para desarrollar una conexión que traspase las fronteras. Mediante este sistema se podría

³⁷ El notario debe dirigir *de lege lata* todos los testamentos que haya legitimado a los Juzgados de Primera Instancia para su custodia oficial, arts. 2258a y ss. del *BGB*. Sólo pueden permanecer en el archivo documental del notario los pactos sucesorios por deseo expreso de los otorgantes, art. 2300 del *BGB*, art. 34 párr. de la *BeurkG*.

acelerar el proceso de comprobación para averiguar si una persona determinada ha establecido disposiciones por causa de muerte (testamentos y / o pactos sucesorios) y su contenido. El sistema actual está desfasado y, en vista de la gran proporción de extranjeros en la población, ya no resulta de gran eficacia informativa. En la actualidad no existe ningún registro centralizado en Alemania, sino únicamente un sistema descentralizado de comunicación entre los Registros de Nacimiento. El Registro Civil notifica que se ha otorgado ante notario la muerte de un testador, a partir del momento del registro de una defunción y lo comunica, a su vez, al Tribunal Sucesorio competente. Esto presupone que la muerte se registrará en el Registro Civil alemán.

V. Efecto de ejecución del acto notarial

El efecto ejecutivo de los documentos notariales posee gran importancia en la realidad jurídica. El acto de ejecución es un instrumento conspicuo para el cumplimiento del derecho de forma inmediata y efectiva y, al mismo tiempo, para la reducción de trámites en los juzgados nacionales.

Además, se trata de un método cómodo para que los ciudadanos puedan constituir un documento ejecutivo de forma asequible.³⁸

El art. 794 párr. 1 núm. 5 de La Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*) regula la ejecución forzosa de aquellos derechos, que se hayan formalizado por un notario dentro de los límites de su jurisdicción conforme a la forma establecida y a la que se haya sometido el deudor, en virtud del derecho específico de la ejecución forzosa. Se consideran excepciones aquellos derechos,

- que no se pueden regular por comparación,
- que se otorguen conforme a una declaración de voluntad, por ejemplo:
- si es concerniente a la existencia de un contrato de arrendamiento urbano.

El título ejecutivo notarial se formaliza en escritura con fuerza ejecutiva ante notario, que posee la misma fuerza legal que una resolución judicial. Sin embargo, dicho título, a diferencia de la resolución judicial, no ha lugar en situaciones patológicas de litigio entre

³⁸ Se calcula que en Alemania aproximadamente un 95 % de todos los contratos de transacciones inmobiliarias se realizan bajo sometimiento a ejecución. Además, también se incluyen en esta categoría casi todos los préstamos de bancos y otros institutos de crédito, junto con aquellos realizados en el ámbito privado. Huelga afirmar que el sometimiento de ejecución forzosa puede practicarse y, de hecho, se practicará con mayor frecuencia por los notarios alemanes, por ejemplo, en los supuestos de reconocimientos abstractos de deudas y los divorcios consensuales. Conforme a la nueva versión del art. 794 párr. 1 núm. 5 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*) las estadísticas de los actos notariales ejecutorios se verán aumentadas en Alemania.

las partes, sino que tiene cabida cuando existe un sometimiento a la ejecución forzosa por parte del deudor en el marco de un procedimiento no contencioso.³⁹

El documento con fuerza ejecutiva se encuentra muy extendido en Alemania. Por ejemplo, en el ámbito de los bancos y las cajas de ahorros casi todas las concesiones de crédito se protocolizan mediante un sometimiento de ejecución.

En virtud del art. 800 de la *ZPO*, el sometimiento de ejecución puede efectuarse cuando la ejecución forzosa sea aceptada por los respectivos propietarios de los inmuebles. Este supuesto permite la inscripción en el Registro de la Propiedad.

No solamente se promueve la ejecución de los créditos conforme al art. 794 párr. 1 núm. 5 de la *ZPO*, sino también de los compromisos de compra y otros compromisos de pago.

El legislador ha reconocido las ventajas de esta figura jurídica, por lo que se ha ampliado su ámbito de aplicación. Desde el 1 de enero de 1999 el sometimiento de ejecución forzosa no se limita a las causas económicas, sino que se aplica en principio a todas las pretensiones jurídicas con arreglo a derecho, es decir, que también podrán ser ejecutadas aquellas que se otorguen conforme a una acción u omisión. De este modo, por ejemplo, con objeto de un sometimiento de ejecución forzosa notarial puede producirse la obligación de construir una edificación según lo establecido en el proyecto de construcción o la obligación de desocupar un inmueble. Así, el acreedor no precisa la intervención de un juzgado, sino directamente del agente ejecutivo del juzgado, como por ejemplo, el juzgado ejecutivo, que puede actuar mediante la ejecución forzosa.

VI. Concesión del exequátur por el notario en lugar de por los juzgados nacionales

1. Auto de ejecución de acuerdos jurídicos entre abogados

El legislador alemán ha introducido además la figura de los acuerdos jurídicos entre abogados con carácter ejecutable para mayor descarga del volumen de trabajo en la administración de justicia.⁴⁰ Un acuerdo alcanzado por los abogados en nombre y en derecho de las partes se declara ejecutable a instancia de parte, siempre que el deudor se someta a la inmediata ejecución forzosa y que el acuerdo se haya depositado en el Juzgado de Primera Instancia especificando la fecha de su aprobación, en la que una de las partes tiene competencia general en el momento de efectuarse el acuerdo.

³⁹ Véase la cita de von Bar relativa al contexto internacional, en la nota al pie de página número 90.
⁴⁰ Arts. 796a y ss. de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*).

Por consentimiento de las partes, el acuerdo podrá ser formalizado y declarado ejecutable, en virtud del art. 796c de la *ZPO*, por un notario, cuya residencia oficial se encuentre en la jurisdicción de uno de los juzgados competentes que se establecen en el art. 796a párr. 1 de la *ZPO*. De este modo, esta función genuinamente judicial se delega en el notario, diferenciándose claramente de las funciones que se recogen en el Ordenamiento Notarial alemán, especialmente de las propias de la fe pública.⁴¹

A pesar del recurso de auto de ejecución con la conformidad de las partes, es obligación del notario desistirla, cuando se deduzca claramente de las circunstancias que las partes carecen de las facultades necesarias, tanto objetivas como subjetivas, para formalizar el acuerdo o cuando el acuerdo no se formalice conforme a las prescripciones del derecho que deben cumplirse por parte de la Administración. De todas estas circunstancias se desprende que el notario se encuentra en una situación equiparable a la del juez.

La resolución positiva por parte del notario confiere poder de ejecución al acuerdo entre abogados y hace constar su efecto legal, así como la imposición del derecho declarado ejecutable con fuerza legal.

2. Autos de ejecución de laudos arbitrales

a) De lege lata

La formalización del exequátur se considera competencia participada añadida de los notarios en virtud de la reforma del Derecho del Proceso Arbitral alemán en vigor desde el 1 de enero de 1998, es decir, el auto de ejecución de laudos arbitrales estipulado en las disposiciones legales (que se promulguen conforme a un acuerdo en el marco del procedimiento arbitral). El art. 1053 párr. 4 de la *ZPO* es una consecuencia lógica de la creación de competencias alternativas de los notarios para la reducción de las tramitaciones en los juzgados, en virtud del art. 796c de la *ZPO*. Conforme a lo mencionado, el notario puede declarar la ejecución de un laudo arbitral con el consentimiento de las partes, según lo estipulado, siempre y cuando dicho notario posea residencia oficial en el distrito notarial con jurisdicción competente para el auto de ejecución, que se establece en el art. 1062 de la *ZPO*. Por tanto, la resolución positiva confiere fuerza ejecutiva al laudo arbitral en la misma medida que el exequátur de los

⁴¹ Art. 20 del Ordenamiento Notarial alemán (*BNotO*).

juzgados nacionales. Sin embargo, una resolución denegatoria por parte del notario tendrá fuerza legal bajo las mismas estipulaciones que las resoluciones paralelas de los juzgados nacionales.

b) De lege ferenda

El Colegio Notarial alemán ha propuesto delegar en un futuro también en los notarios el auto de ejecución de todos los laudos arbitrales, incluyendo aquellos formalizados en un laudo arbitral litigioso.

VII. Intento de resolución del litigio de forma extrajudicial mediante intervención notarial como condición previa al acceso a la justicia

Una fase más en el proceso fomentador del litigio extrajudicial viene recogida en la Ley de 15 de diciembre de 1999⁴². Conforme a lo preceptuado en el artículo 15a de la Ley de Introducción a la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*EGZPO*) sólo se podrá determinar la aceptación del recurso de un procedimiento de menor cuantía, después de que se haya intentado resolver el litigio conjuntamente por parte de una entidad mercantil establecida o reconocida por la administración de justicia del estado federal alemán correspondiente.⁴³ Antes de la celebración de un intento de resolución mediante arbitraje no se puede acceder al procedimiento judicial. El demandante debe presentar un certificado emitido por la entidad mercantil donde conste que ha existido un intento previo de acuerdo que ha concluido positivamente con el recurso.⁴⁴ En un número considerable de legislaciones de los estados federales alemanes, la figura de dicha entidad mercantil puede ser ejercida por el notario. Así se establece, por ejemplo, en la Ley Bávara de Procedimientos Arbitrales de 25 de Abril de 2000.⁴⁵

⁴² Boletín oficial del estado alemán (*Bundesgesetzblatt*) 1999 I 2400.

⁴³ Esto también es aplicable a: litigios jurídico-económicos en el Juzgado de Primera Instancia que versen sobre derechos, cuyo valor no supere la suma de 1.500 marcos alemanes; litigios sobre derechos de vecindad según lo estipulado en los arts. 910, 911 y 923 de Código Civil alemán (*BGB*) y el art. 906 del *BGB* así como en las disposiciones legales propias de los estados federales alemanes en virtud del art. 124 de la Ley alemana de introducción al Código Civil, siempre que no se trate de materia de herencias;
- Litigios sobre causas de delito contra el honor, que no se hayan reproducido a través de la prensa o la radiotelevisión;

⁴⁴ Esta certificación se le ha de exponer a instancia de parte, siempre que no se haya tramitado el procedimiento de conciliación que el propuso, en un plazo de tres meses.

⁴⁵ Boletín de Ordenamiento y Legislación de Baviera (*Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt*) (2000), 268.

Con la figura jurídica del arbitraje obligatorio, el legislador alemán inicia una evolución, que en los países del ámbito angloamericano se conoce como *Alternative Dispute Resolution* (Resolución alternativa de litigios).

Con el arbitraje obligatorio surge un nuevo área de cooperación entre el notario y los Juzgados de causas civiles. Desde el punto de vista dogmático, se trata de una evolución muy interesante, que ya se ha previsto en el artículo 104 de la Ley alemana de Normalización del Derecho Real (*Sachenrechtsbereinigungsgesetz*)⁴⁶. Todo lo expuesto concierne a problemas relacionados con la reorganización de los derechos de propiedad en la antigua República Democrática Alemana, es decir, en el territorio alemán unificado del este.

VIII. Otros medios de descargar la Justicia con la intervención del notario

1. Exhibición de libros

Para aliviar el sistema de justicia, el Colegio Notarial alemán ha sugerido que los notarios formalicen la exhibición pública en el Registro de la Propiedad, puesto que pronto funcionará en toda Alemania el Registro de la Propiedad en formato electrónico, mediante el que se podrá consultar el contenido del Registro de la Propiedad desde las notarías, a través de Internet. De este modo, se facilitará a los ciudadanos el acceso a los datos del Registro de la Propiedad. Hasta ahora la información se viene ofreciendo a través de las oficinas del Registro descentralizadas y los Juzgados de Primera Instancia en los que se custodia el Registro.

2. Comunicación electrónica con las oficinas de Registro Público y los Juzgados de Registro

Los notarios alemanes pretenden agilizar la comunicación electrónica con los registros gestionados públicamente, en especial con las oficinas de Registro Público y los Juzgados de Registro. De este modo, podría efectuarse una comunicación más rápida y económica para ambas partes. Para establecer la infraestructura necesaria, el Colegio Notarial alemán está preparando un sistema de intranet de alta seguridad para notarios. Ésta, a su vez, podría conectarse con las correspondientes redes electrónicas de otros países miembros de la Unión Europea.

⁴⁶ A este respecto, véase Vossius: "*Sachenrechtsbeeinigungsgesetz*", (1995), Rf. 1 y anteriores al art. 87.

IX. La intervención del notario como método para la reducción de costes

1. Costes en las transacciones inmobiliarias

No hay que obviar el efecto reductor de costes que produce la actuación notarial. Esta es la causa que justifica que Alemania presente los costes más bajos por transacciones inmobiliarias de toda Europa y, por extensión, de todo el mundo. De hecho, son considerablemente inferiores a los de aquellos países que no pertenecen al ámbito del notariado latino, ya que los costes de las transacciones efectuadas en el área de la *Common Law* son significativamente más altos.

2. Reducción de costes cuando se evita un litigio

A su vez, también pueden reducirse costes mediante la intervención notarial para evitar un litigio. Sólo una milésima parte de todas las escrituras públicas ante notario son materia de resolución judicial.⁴⁷

C. El papel del notario en la vida de las personas

Tras este repaso a las distintas funciones que el derecho alemán establece para los notarios, me gustaría cambiar de perspectiva y plantearme qué usuarios se dirigen normalmente al notario.

I. Reconocimiento de la paternidad o maternidad y otros negocios jurídicos relacionados con el derecho de filiación y, en especial, con la afiliación

Ya en el momento del nacimiento de una persona, puede intervenir el notario, a efectos de reconocer la maternidad o paternidad con la afiliación.

La equiparación con carácter obligatorio de los nacimientos legítimos e ilegítimos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos⁴⁸ y el Tribunal Constitucional alemán⁴⁹ ha dado lugar a una reforma en el derecho de filiación alemán, por la cual se deroga la legitimación de los hijos nacidos de forma “ilegítima”.

⁴⁷ Véase Schwachtgen *DNotZ* (1999), 269, 270.

⁴⁸ *EGMR FamRZ* (1995), 1106.

⁴⁹ *BVerfGE* (1992), 158, *BVerfG FamRZ* (1995), 789.

II. Capitulaciones matrimoniales y otros convenios entre contrayentes y cónyuges.

En este punto, tendría cabida el repertorio completo de los tipos de expediente de derecho de familia y legitimación, pero no considero necesario entrar en detalles al respecto, puesto que en todos los países se contemplan los mismos puntos, incluso cuando los remedios jurídicos sean técnicamente diferentes en cada uno de ellos.

En especial, me gustaría resaltar la importancia esencial del notario en la formalización de capitulaciones matrimoniales. El derecho alemán ni prohíbe ni obstaculiza la formalización de capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio.

Especialmente ahora que el índice de divorcios en Alemania es considerablemente alto, resulta bastante frecuente que se regulen contractualmente todos los aspectos relevantes del matrimonio. Dichos contratos no regulan únicamente el régimen económico, sino también cuestiones relacionadas con el denominado equilibrio de abastecimiento y el deber de alimentos en caso de divorcio. A este efecto, también hay que contemplar los acuerdos sobre herencias y legítimas de los cónyuges.

En el caso de una ruptura matrimonial, el notario se ocupará de acreditar los acuerdos que regulan las condiciones posteriores al divorcio, siempre que los cónyuges decidan separarse de mutuo acuerdo, es decir, siempre que deseen evitar el litigio.⁵⁰ Por este procedimiento la mayor parte de las propiedades de la sociedad de gananciales pasarán a pertenecer a todos los efectos a uno de los cónyuges, que aceptará figurar como futuro acreedor único de las obligaciones hipotecarias existentes sobre la propiedad, así como de las obligaciones bancarias que de dicha hipoteca se desprendieren, mientras que el otro cónyuge queda liberado de la mayor parte de la responsabilidad, o al menos debe ofrecérsele esta posibilidad.

⁵⁰ Para el divorcio consensual vigente, ya se proyecta la introducción de un procedimiento de determinación por escrito. De este modo, se evita el juicio oral obligatorio en el Juzgado de Familia. Este procedimiento, que se caracteriza por su potencial economizador y su rapidez, deberá comenzarse cuando las partes hayan presentado un convenio legitimado notarialmente que regule todos los aspectos relevantes del divorcio.

III. Testamentos, contratos sucesorios y otros actos notariales de carácter sucesorio

1. La obligación de legitimación notarial para la formalización de los contratos sucesorios

Cuando el vínculo conyugal no se deshace por causa de divorcio, se interrumpe por causa de muerte. En estos casos, con frecuencia se suele requerir el consejo profesional del notario. No se estipula que esta sea una condición necesaria, ya que los testamentos, así como los testamentos comunitarios, también pueden formalizarse en documento privado. Sólo se requiere la dación de fe del notario en el caso de los contratos sucesorios.

Las partes contratantes quedarán obligadas mediante el contrato sucesorio, es decir, no podrán alterar las disposiciones por causa de muerte de forma unilateral. Tanto los contratos sucesorios como otros tipos de contrato relativos a la sucesión íter vivos se eliminaron, como ya es sabido, conforme a lo estipulado en el Código Civil francés. Esta disposición ha ejercido su influencia en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países del ámbito jurídico romano hasta la actualidad.

2. Importancia del Derecho Fiscal en la formalización de las disposiciones por causa de muerte

El derecho fiscal relativo a las herencias influye con frecuencia en la formalización de disposiciones por parte del testador. La normativa referida a dicho derecho suele ser objeto de reformas jurídicas de origen político.

3. Importancia del Derecho Internacional Privado (Derecho de colisión) en la formalización de disposiciones por causa de muerte

El asesoramiento del notario también es de gran importancia con miras a la globalización de las relaciones entre individuos. En la actualidad, no es infrecuente que un alemán residente en Berlín o Munich pueda poseer propiedades inmobiliarias en otros países, como Italia, Florida o Suecia. En estos casos el notario deberá determinar qué derecho prevalece, así como asesorar a las partes para que el contenido de las disposiciones por causa de muerte también se pueda formalizar conforme al derecho de Florida, Italia o Suecia.

La prohibición de formalizar contratos sucesorios desempeña un papel fundamental en este contexto. Dado el caso, el notario asesorará a las partes que otorguen disposiciones idénticas en contenido unilateralmente con el fin de evitar que no se reconozca el contrato sucesorio en el estado en el que se hará efectiva la herencia.

IV. Liquidación de sucesiones

Estos ejemplos muestran con claridad que el notario acompaña a los hombres “desde la cuna hasta la sepultura”.

Tras la muerte, en las liquidaciones de sucesiones, también lleva a cabo la partición de la herencia entre los coherederos, siempre que se incluyan en la herencia bienes inmobiliarios o participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada.

V. Cumplimiento de los legados

Las mismas consideraciones son también aplicables para el cumplimiento de los legados en cuanto a las propiedades inmobiliarias y a las participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada. Según el derecho alemán, no existe el legado de vindicación. De hecho, el legado sólo posee efecto de obligación.⁵¹ Esto significa que la herencia se transfiere completa al heredero o herederos, incluyendo los objetos del legado. A estos efectos, el heredero o herederos están obligados a transferir, o mejor dicho, a transmitir los objetos de la herencia al tomador del legado.⁵² He aquí un ejemplo al respecto: Un testador designa a su esposa como única heredera y deja su sociedad de responsabilidad limitada a su sobrino. Una vez ocurrida la defunción, la mujer se constituye como heredera única. Es decir, que al objeto de la sucesión universal, ella será la propietaria de las participaciones sociales de la sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, estará obligada por la disposición por causa de muerte a transferir al beneficiario del legado las participaciones sociales mediante un instrumento notarial.

⁵¹ También denominado legado de condenación.

⁵² El art. 2174 del Código Civil alemán (BGB) estipula: “Mediante el legado, los beneficiarios tendrán derecho a exigir de los reclamados el usufructo de los objetos legados“. Cuando se aplique el derecho internacional privado alemán relativo al derecho de sucesiones extranjero (art. 25 de la EGBGB) que prevé el legado de vindicación, no se reconocerá el efecto real relativo a los objetos legados que se encuentren en Alemania, debido a que la materia relativa a la sucesión de derechos reales no compete al Estatuto Sucesorio, sino al Estatuto de Derechos Reales, por el que prevalece la norma *lex rei sitae* (art. 40 de la EGBGB). Por ello, la categoría del legado de vindicación (formalizado según el derecho extranjero) se “reduce” a la del legado de condenación. A este respecto consúltense las publicaciones del “Bundesgerichtshof (BGH)”: *NJW* (1995), 59; del “Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG)”: *BayObLGZ* (1995), 376; y de Palandt/Heldrich: *BGB*, 60ª Edición (2001), art. 25 de la EGBGB, Rf. 11.

VI. Repudiación de la herencia

El derecho sucesorio alemán no reconoce la *hereditatis iacens*.⁵³ Con la muerte del testador la herencia pasa a los herederos. Éstos no tienen obligación de aceptar la herencia e incluso pueden repudiarla. En muchos casos, el notario también interviene en la repudiación de la herencia, porque la declaración de repudiación ha de materializarse en documento público, si no se efectúa mediante escrito presentado ante el tribunal sucesorio.⁵⁴

VII. Contratos sobre la herencia de un tercero aún en vida

1. Principio general

El derecho alemán conoce de forma diferente a otros ordenamientos jurídicos extranjeros los contratos que tengan por objeto la sucesión de un tercero supérstite. Estos son considerados nulos en esencia, conforme al art. 312 del Código Civil alemán (*BGB*). Las mismas disposiciones son aplicables al contrato sobre la legítima o el legado sobre la herencia del tercero supérstite.

2. Excepciones

Sin embargo, estas prescripciones no se aplican al contrato que se concluya entre los futuros herederos legales sobre la parte de la herencia o sobre el legado de uno de ellos.

VIII. Contratos de repudiación de herencia, legítima y asignación

Los contratos de repudiación de herencia, de legítima y de asignación requieren la legitimación del notario conforme al art. 2348 del *BGB*. Estas disposiciones comprenden contratos de renuncia al derecho a la herencia o legítima con los familiares o el cónyuge del testador. Esto mismo se aplica para lo que se conoce como repudiación de asignación conforme al art. 2352 del *BGB*.⁵⁵

⁵³ Sucintamente en el art 1922 párr. 1 del Código Civil alemán (*BGB*): Con el fallecimiento de una persona (Testador) sus bienes (Herencia) pasan en su totalidad a una o más personas.

⁵⁴ Art. 1945 párr. 1 del Código Civil alemán (*BGB*).

⁵⁵ En este punto se produce la siguiente situación: El renunciante se constituiría heredero mediante un testamento colectivo obligatorio o mediante un contrato sucesorio con un tercero mediante un legado.

IX. Contratos de compraventa de herencia y contratos de enajenación similares

Los contratos mediante los que el heredero vende la herencia devengada, requieren una legitimación notarial conforme al art. 2371 del *BGB*. Este precepto también encuentra aplicación conforme al art. 2385 *BGB* en contratos similares, tanto en la venta de la herencia adquirida por el vendedor mediante contrato, como en otros contratos que nacen de la enajenación de una herencia devengada o adquirida de otro modo por el enajenador.

X. Traspaso de porción hereditaria

Los contratos en los que existe un único heredero no son frecuentes en la práctica, porque el heredero único, por norma general, no recibirá la herencia *in toto*, sino que sólo hereda bienes específicos del legado hereditario. Sin embargo, en las comunidades sucesorias ocurre con frecuencia que un coheredero venda su parte de la herencia a otro de los coherederos o a un tercero. En estos supuestos, también se precisa el traspaso real de la parte de la herencia mediante la dación de fe notarial conforme al art. 2033 párr. 1 apdo. 2 del *BGB*.

XI. Sucesión hereditaria anticipada

La sucesión hereditaria anticipada juega un papel importante en la práctica de los notarios. En esta variante, el testador entrega, aún en vida, una parte considerable de sus bienes a sus hijos, o a quien él considere oportuno, para que administren bien sus bienes y para que tengan la posibilidad de incrementarlos. Con frecuencia, el enajenador se reserva el usufructo o al menos un derecho de habitación en la propiedad transferida durante el resto de su vida.

Para la sucesión hereditaria anticipada, no regulada demasiado en detalle en la ley, se ha desarrollado una amplia práctica jurídica cautelar, que contiene especialmente el caso en el que la generación más joven fallezca antes que la generación mayor. En este caso se establece una reserva retroactiva en el documento.

La sucesión hereditaria anticipada es una práctica usual desde hace mucho tiempo entre los agricultores, pero también entre los empresarios, cuando, por ejemplo, un padre que quiere jubilarse, traspasa su negocio a su hijo.

Recientemente se está poniendo cada vez más de moda entre los particulares, por motivos relacionados principalmente con el derecho fiscal impuesto sobre las herencias, especialmente, si el legislador pretende aumentar el impuesto sobre la herencia.

XII. Adquisición de una propiedad para vivienda familiar

La función del notario en la compra de una propiedad también es importante para el ciudadano común, ya sea en la adquisición de una parcela para construir o en la adquisición de una vivienda en propiedad horizontal.

En muchos casos, adquiere una casa que está por construir o una vivienda todavía sin construir, es decir, que en el momento de la escritura sólo existe un plano de construcción, referido al denominado contrato promotor. Debe garantizarse que el comprador esté protegido, en caso de que tanto el vendedor como el constructor (promotor) no terminen el proyecto en construcción.

XIII. Comunidades de vida no maritales

1. Relaciones jurídicas emanadas de la convivencia

La cantidad de parejas que viven juntas sin casarse (lo que se conoce como convivencia no matrimonial) está aumentando. Entre las parejas de hecho existe la misma necesidad de regulación, o mayor incluso que entre las parejas casadas, especialmente si se tiene en cuenta que no existe una obligación de alimentos recíproca y que el supérstite no será heredero legal del compañero o compañera que fallezca primero⁵⁶

2. Relaciones jurídicas con respecto a los hijos

En las parejas de hecho entra en consideración sobre todo el reconocimiento de la paternidad y los pactos de alimentos, así como la filiación de los hijos y los convenios sobre el cuidado de los ancianos y el derecho de visita.

XIV. Parejas de hecho homosexuales registradas

El 1 de agosto de 2001 entrará en vigor en Alemania la ley que terminará con la discriminación de las parejas homosexuales.⁵⁷ Esto se llevará a cabo mediante la declaración de la pareja de hecho de dos personas del mismo sexo ante la autoridad designada. Además, los convivientes han de fijar su régimen económico. La situación económica por lo general será la liquidación de bienes, que corresponde al régimen económico de la separación de bienes establecido entre los cónyuges.

⁵⁶ Para información detallada al respecto, véase Grziwotz: *Beck'sches Notarhandbuch*, 3ª Edición, (2000), Vol. III.

⁵⁷ Boletín Oficial del Estado Alemán (*Bundesgesetzblatt*) 2001 I 266.

También pueden establecer un régimen económico diferente a la forma legal mediante un pacto de comunidad de vida formalizado ante notario.

En este marco surge un nuevo ámbito de competencia para el notario.

La pareja de hecho registrada tiene los mismos derechos sucesorios y de legítima que la pareja casada. Pueden otorgar testamento conjunto, que conforme al derecho que regía previamente sólo era posible para las parejas casadas. También pueden concluir contratos sucesorios y de legítima ante notario.

D. El notario como intermediario de los empresarios y las empresas

A continuación nos centraremos en las figuras de los empresarios y las empresas, desviando así nuestra perspectiva de los ciudadanos en general. Conforme al sistema jurídico alemán, al notario también le corresponden funciones en este aspecto, aunque renunciaremos a la descripción detallada, por lo que la información se presentará a modo de esquema conciso.

I. Los actos de constitución, ampliación de capital y modificación de los estatutos de constitución de las sociedades de capitales

Como ya se ha mencionado, la constitución de sociedades de capital (sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas, etc.) requiere la legitimación notarial. También es necesaria dicha legitimación en los casos de ampliación o reducción de capital, así como en la modificación de estatutos. En las grandes sociedades anónimas, a su vez, el notario debe dar fe de cada junta de accionistas.

II. El acto de transformación de la sociedad

Las mismas estipulaciones son aplicables al derecho de transformación. Desde el 1 de enero de 1995 Alemania posee una legislación modernizada en materia de transformaciones. Dicha legislación agrupa a las numerosas legislaciones independientes que existían para regularizar las transformaciones y fusiones en una única ley y, a su vez, amplía las posibilidades sobremanera.⁵⁸ A las figuras jurídicas de la fusión y la transformación ya conocidas, la ley añade la escisión, a la que hasta ahora sólo podían acceder las entidades fiduciarias. De este modo, el número de empresas al que se puede

⁵⁸ Para más detalles véase Heckschen en *Beck'sches Notarhandbuch*, 3ª Edición, (2000), vol. IV.

aplicar la transformación se ve considerablemente ampliado. En efecto, surgen muchas nuevas posibilidades para la reestructuración por medio de la sucesión universal.⁵⁹ Según la legislación vigente en la actualidad, sólo pueden tomar parte en una transformación aquellos titulares que posean residencia en el territorio nacional.⁶⁰ La transferencia con aplicación internacional aún no está prevista por la ley. Es posible que cuando dicho supuesto se normalice en el Tribunal de la Unión Europea se produzcan ciertas modificaciones legales. La sentencia “Centros” del TUE⁶¹ es un indicio a este efecto. La nueva Ley alemana de Transformaciones amplía las competencias del notario para aquellos casos en los que no se precisaba hasta ahora la comparecencia notarial, como es el caso de las Juntas de Socios de las cooperativas y los acuerdos de fusión entre cooperativas.

A raíz de la internacionalización del mercado, en la actualidad se está produciendo una tendencia fusionadora significativa, tanto en Alemania como en el resto de países de la Unión Europea, en el marco del Espacio Económico Común, así como en las transacciones transatlánticas. A estos efectos, el notario habrá de tomar parte significativa en la mencionada macroestructura económica existente en Alemania y Europa.

III. Acuerdos de agrupación, de transferencia de beneficios y otros acuerdos societarios

No está estipulado que el notario deba dar fe en los acuerdos societarios entre sociedades anónimas y entre éstas y las sociedades de responsabilidad limitada, así como entre éstas

⁵⁹ En grandes líneas, podrían establecerse cuatro grupos de tipos de transformación:

1. Fusión por
 - Absorción
 - Creación
2. Escisión (con los siguientes subgrupos)
 - a) Segregación (escisión impropia) societaria
 - por creación
 - por absorción
 - b) Escisión societaria
 - por creación
 - por absorción
3. Transferencia patrimonial
 - Transferencia patrimonial completa y parcial
4. Modificación sustancial.

⁶⁰ Art. 1 párr. 1 de la Ley alemana de Transformaciones (*Umwandlungsgesetz, UmwG*); Véase Zimmermann en *Beck'sches Notarhandbuch*, 3ª Edición, (2000), G Rf. 189.

⁶¹ TUE, Sentencia de 9 de marzo de 1999 Asunto C-212/97 (1999), I-1484 = IPRax (1999), 360 (Behrens: 323). Sobre las reacciones de los juzgados nacionales frente a esta sentencia consúltese Behrens: *IPRax* (2000), 384.

últimas y las sociedades por acciones. La constancia por escrito de los mismos es suficiente. Los acuerdos societarios deben ser aprobados en las juntas de accionistas de la sociedad matriz y las filiales. A continuación, los acuerdos alcanzados deberán inscribirse en el Registro Mercantil y, en este punto, comparece el notario. Los acuerdos de agrupación empresarial y de transferencia de beneficios se suelen cerrar por motivos fiscales. Con estos acuerdos una sociedad (matriz o madre) transmite la capacidad de gestión a otra sociedad (filial). La sociedad matriz se compromete a ceder los beneficios totales a la sociedad filial, y ésta, a su vez, se compromete a hacerse responsable de las pérdidas. De este modo, se posibilita una compensación inmediata que recibe el nombre de consorcio contractual, que tendrá la capacidad de reducir el coste fiscal. A diferencia del acuerdo de agrupación, se puede cerrar un pacto de transferencia de beneficios y resultados con efecto retroactivo al comenzar el ejercicio económico, ya que en esta operación no se corre el riesgo de que los actos inicialmente lícitos terminen siendo ilícitos posteriormente.⁶²

IV. Contratos societarios de compraventa

En los actos de formalización de contratos de compraventa entre sociedades, el notario vuelve a desempeñar un papel fundamental, así como en las denominadas *Share-Deal* (transferencias de participaciones societarias) y en las *Asset-Deal* (transferencias de bienes de la sociedad) con el requisito indispensable de la dación de fe conforme al art. 313 del Código Civil alemán (*BGB*) y del art. 15 de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbHG*).

E. Cuestiones de derecho internacional

I. Determinación del derecho internacional

El notario alemán no está obligado a conocer el derecho extranjero. Sin embargo, sí debe conocer perfectamente el derecho internacional alemán y debe determinar, conforme a dicha legislación, si se puede aplicar el derecho extranjero conforme a las disposiciones

⁶² La Ley alemana de Sociedades Anónimas contiene, junto a las estipulaciones propias de los acuerdos de agrupación y transmisión de beneficios en su art. 291, disposiciones sobre la denominada comunidad de beneficios, art. 292 párr. 1 núm. 1 de la Ley alemana de Sociedades Anónimas (*AktG*), acuerdo de lucro repartible: art. 292 párr.1 núm. 2 (*AktG*) y el acuerdo de contratos societarios de locación y traspaso: art. 292 párr. 1 núm. 3 (*AktG*).

alemanas. Por ello, deberá asesorar a este efecto a los otorgantes, según el art. 17 párr. 3 apdo. 2 de la Ley alemana de Legalización Documentaria (*BeurkG*).

El notario puede documentarse sobre los contenidos de dichas legislaciones extranjeras, por ejemplo, en el Instituto Notarial Alemán (*Deutsches Notarinstitut*) en Würzburg. Se trata de un servicio muy efectivo dependiente del Colegio Notarial alemán, que dispone de una biblioteca excelente, así como de un personal sobresaliente.

II. Capacidad de actuación de los notarios

La autorización necesaria para la formalización de instrumentos públicos viene dada por el poder del Estado. El notario, como titular de un poder público, puede actuar exclusivamente dentro de las fronteras territoriales de su país. Por ejemplo, si un notario alemán viaja a Méjico con el fin de dar fe de un contrato de compraventa o un testamento, estaría perjudicando la soberanía territorial de Méjico⁶³ y Alemania sería expedientada en el marco del derecho internacional por causa de dicha violación de la soberanía. El instrumento formalizado, por tanto, no tendría validez como instrumento público dentro de dicho estado.

Entre estos, se deben distinguir los casos de dación de fe en Alemania sobre procesos factuales, en los que compareció un notario alemán en el extranjero. Por ejemplo, si el notario alemán comparece en una Junta de Accionistas de una sociedad anónima alemana en Zürich y formaliza un acta sobre lo acaecido en dicha Junta una vez que ha vuelto a Alemania, ya en su despacho, entonces la legalización sí será válida, ya que se realizó en Alemania. Sin embargo, el notario habrá violado el Derecho Internacional. Suiza podría presentar una reclamación en la Oficina de Asuntos Exteriores (*Auswärtiges Amt*) en Berlín o en la embajada alemana en Berna. Además, en cualquiera de estos casos, se abrirá un expediente disciplinario contra el notario.

III. Competencia internacional

1. Ausencia de límites en el ámbito de actuación del notario por causa de las relaciones internacionales objeto de la legalización

Siempre que el notario alemán posea competencias en Alemania, su ámbito de actuación para legalizar con relación a las relaciones internacionales será ilimitado.⁶⁴ Es

⁶³ Véase, por ejemplo, *BGH DnotZ*, (1999) 346.

⁶⁴ Para más detalles consúltese el informe sobre Alemania de Wirmer y Ott con ocasión del XX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino en Cartagena de Indias (Colombia).

intrascendente que:

- se aplique el derecho extranjero
- las partes otorgantes del negocio jurídico sean extranjeras o residan en el extranjero, incluso si es de forma permanente
- que los objetos del negocio jurídico se encuentren registrados en el extranjero.

2. Competencias internacionales exclusivas de los notarios alemanes

a) Transferencias de propiedades inmobiliarias alemanas (Endoso de patrimonio)

Alemania posee una serie de competencias internacionales exclusivas. De hecho, sólo los notarios alemanes serán competentes para legitimar la transferencia de las propiedades inmobiliarias y los derechos reales alemanes, según lo estipulado en el art. 925 del Código Civil alemán (*BGB*).

b) Transferencia de cédulas hipotecarias parciales y de deuda inmobiliaria parcial

Las mismas estipulaciones son válidas para la transferencia de cédulas hipotecarias parciales y de deuda inmobiliaria parcial conforme al art. 20 párr. 2 del Ordenamiento Notarial alemán (*BNotO*).

c) Subasta de bienes inmuebles

En virtud del art. 20 párr. 3 del *BnotO* se aplican las mismas disposiciones para la subasta de bienes inmuebles.

d) Acuerdos societarios, estatutos, modificaciones estatutarias, transformaciones y transferencias de capital alemán en sociedades de capital

(i) Doctrina rigurosa

La cuestión sobre si los notarios extranjeros pueden actuar en el ámbito del Derecho de Sociedades y, en su caso, en qué medida pueden hacerlo, sigue siendo polémica.

Alemania posee una capacidad de actuación internacional en los actos formalizados por escrito. Es decir, en los acuerdos societarios, las transferencias societarias, las modificaciones estatutarias, las transformaciones y las transferencias de capital alemán en las sociedades de capital sólo puede intervenir el notario alemán, ya que el sentido y el objetivo de su comparecencia es su jurispericia. No siempre puede esperarse de un

notario extranjero que posea conocimientos precisos del Derecho de Sociedades alemán. Por lo tanto, no sería la persona apropiada para asesorar y aconsejar a este respecto.⁶⁵

(ii) Doctrina liberal

Los juzgados alemanes se han mostrado bastante críticos ante esta doctrina⁶⁶. Sin embargo, si el notario extranjero posee una formación y unas funciones equivalentes a las del notario alemán y si el derecho procesal de legitimación es parecido al alemán, la legitimación notarial extranjera quedará equiparada a la alemana. Para esta sustitución, la jurisprudencia alemana no prevé el mismo procedimiento que el establecido en la Ley alemana de Legalización Documentaria (*BeurkG*), sino sólo una equivalencia de efecto.⁶⁷ A este respecto, se debe probar que la legitimación extranjera pone en práctica la formalización del mismo modo que el notario alemán en cumplimiento del procedimiento. No es suficiente que el fedatario extranjero posea el título de “Notario“. Deberá demostrar que ha recibido una formación y un estatus jurídico comparable al del notario alemán y que efectúa procedimientos de legitimación comparables a los alemanes.⁶⁸

IV. Autenticidad de los instrumentos públicos extranjeros

Además, se debe distinguir dentro del proceso de sustitución, la fase de comprobación de la autenticidad de los instrumentos notariales extranjeros. Es decir, el estado en el que tendrá efecto el instrumento extranjero exigirá al estado en el que se legitimó el instrumento la presentación de una certificación por escrito que pruebe la autenticidad del instrumento, es decir, que el fedatario correspondiente deberá certificar que dicho instrumento es válido y está legitimado conforme al derecho del estado en el que se otorga. Este tipo de legalización responde a la cuestión probatoria sobre la autenticidad del instrumento pero no a la cuestión fehaciente sobre el cumplimiento de la formalización por parte de un fedatario (equivalente al alemán). En el art. 438 de la *ZPO*, que no prescribe la legalización como requisito obligatorio y la liberalización mediante el Convenio de la Haya sobre supresión de la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros de 5 de octubre de 1961⁶⁹, se contempló ya desde un principio

⁶⁵ Consúltese, por ejemplo Zimmermann: *Beck'sches Notarhandbuch*, 3ª Edición, (2000) G Rf. 190 y ss.

⁶⁶ Véase Spellenberg: *Münchener Kommentar zum BGB*, 3ª Edición, art. 11 de la *EGBGB* Rf. 92.

⁶⁷ *BGH NJW* (1981), 1160. Geimer ofrece una opinión crítica al respecto en *DNotZ* (1981), 406.

⁶⁸ Véase Wolfsteiner: *DNotZ* (1978), 532; Brambring: *NJW* (1975), 1255.

⁶⁹ Boletín Oficial del Estado Alemán (*Bundesgesetzblatt*) 1965 II 875.

mediante la introducción de la apostilla. En el ámbito de aplicación de este convenio, la apostilla emitida por un estado de origen es suficiente, siempre que no se renuncie a todas las comprobaciones mediante otros acuerdos de derecho internacional con el estado de origen.

V. Efectos de los instrumentos extranjeros

Por lo tanto, si en Alemania se considera auténtico el instrumento del notario u otro fedatario extranjero, se equiparará básicamente a la fuerza probatoria de un instrumento formalizado por un notario alemán (arts. 415, 417, 418 de la *ZPO*), siempre que el fedatario extranjero y el procedimiento de legitimación en el extranjero sea comparable con el correspondiente homólogo alemán.⁷⁰ De este modo, un “instrumento” legitimado por un *notary public* de los Estados Unidos nunca podría calificarse como “instrumento válido” en virtud del art. 128 del *BGB* y los arts. 8 y ss. de la Ley alemana de Legalización Documentaria (*BeurkG*), incluso si el *notary public* atestigua que ha leído de viva voz el protocolo y que ha sido otorgado y firmado de puño y letra por las partes comparecientes.

VI. Locus regit formam actus (auctor regit actum): Derecho del lugar como alternativa a la forma prevista por el estatuto de la sociedad

1. Art. 9 del Convenio Europeo sobre Derecho Contractual y art. 11 de la Ley alemana de introducción al Código Civil (*EGBGB*)

El principio fundamental *Locus regit formam actus* se estipula en art. 9 del Convenio Europeo sobre Derecho Contractual de 19 de junio de 1990 y (en un ámbito de aplicación amplio) en el art. 11 de la *EGBGB*. Existe la opción de aplicar el derecho de la sociedad (estatuto de efecto) o el derecho del lugar.

2. Consecuencias de la elección del derecho aplicable a la forma

Las partes otorgantes del acuerdo pueden elegir de forma expresa y concluyente el derecho competente para conocer del negocio jurídico. Las reglas correspondientes al Convenio de Roma sobre Derecho Contractual se modifican en Alemania en virtud del art. 27 y ss. del *EGBGB*. La elección de derecho produce que el negocio jurídico completo en todas sus facetas jurídicas se rija por el ordenamiento jurídico elegido. Si las partes eligiesen, por ejemplo, el derecho alemán para un contrato de compraventa que

⁷⁰ Ver Spellenberg en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3ª Edición, art. 11 de la *EGBGB* Rf. 97b.

tenga por objeto un bien inmueble español, se aplicará la forma establecida en el art. 313 del *BGB* conforme a la perspectiva alemana, lo que implica que el contrato de compraventa deberá ser legitimado por un notario.⁷¹ Existe la posibilidad de subsanación del art. 313 apdo. 2 del *BGB*. Si la transferencia de propiedad se hace efectiva mediante el derecho del lugar, se subsanarán los defectos de forma de la legitimación notarial (art. 313 apdo. 1 del *BGB*), incluso cuando (como sucedía en el ejemplo anterior), dicho derecho (en este caso, el español) no contemple ni el traspaso (o lo que es lo mismo, el contrato real sustituido por el contrato de compraventa sobre la transferencia de la propiedad del inmueble) ni la inscripción (constitutiva) en el Registro de la Propiedad.⁷²

3. **Ámbito de aplicación**

a) **Transferencia de derechos reales: actos de petición**

La norma *locus regit actum* no es válida con carácter ilimitado. No es aplicable en los casos dispuestos en el art. 9 párr. 6 del Convenio Europeo sobre Derecho Contractual, ni conforme al art. 11 párrafos 4 y 5 de la *EGBGB* en provisiones reales, es decir, transferencias de derechos reales, como es el caso de los actos de petición. Esta excepción a la regla no incluye aquellas disposiciones reales cuyo objeto sea un negocio jurídico de deuda obligacional. En este caso prevalece la forma del lugar, incluso cuando se aplica un derecho, en el caso de un acuerdo sobre la obligación de una deuda, que no contemple la diferencia existente conforme al derecho alemán entre negocios obligatorios y reales, como por ejemplo, con la perfección de un contrato de compraventa que permita traspasar la propiedad. No obstante, no debe aplicarse el art. 11 párr. 4 de la *EGBGB*, fundado sobre el art. 9 párr. 6 del Convenio Europeo sobre Derecho Contractual, en los casos sujetos al derecho del estado de ubicación correspondiente “cuyas formalidades obligatorias se hayan de aplicar sin que contemplen el lugar de la perfección del contrato ni el derecho sobre el que se funda.”

⁷¹ *BGHZ* 52, 239; *BGHZ* 53, 194; *BGHZ* 57, 337; *BGHZ* 73, 391. Sobre las posibles diferencias existentes entre si la elección de derecho se hace de forma expresa o concluyente, consúltese Spellenberg en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3ª Edición, art. 11 de la *EGBGB* Rf. 34.

⁷² Las particularidades son controvertidas, a este respecto, véase por ejemplo Palandt/Heldrich, *BGB*, 60ª Edición, (2001), art. 11 de la *EGBGB* Rf. 6.

b) Negocios jurídicos y causantes que cumplan los requisitos de organización de sociedades y personas jurídicas alemanas

Como ya se ha mencionado, la doctrina alemana se muestra bastante escéptica sobre la exclusión de la forma del lugar mediante la aplicación análoga del art. 11 párr. 5 de la *EGBGB* a efectos de los negocios jurídicos y sus causantes que cumplan los requisitos de las sociedades y las personas jurídicas alemanas, incluso cuando los negocios correspondientes, así como sus causantes, requieran su inscripción en el Registro de la Propiedad alemán.⁷³

c) Formalización de testamentos y contratos sucesorios

La forma del lugar prevalece en la legalización de testamentos según el Convenio de La Haya sobre el derecho aplicable a la forma de disposiciones de última voluntad de 5 de octubre de 1961, suscrito por Alemania. En la legislación nacional, se pueden encontrar al respecto las disposiciones expuestas en el art. 26 de la *EGBGB*. A su vez, tendrán aplicación los contratos sucesorios que se estipulan en el Convenio de La Haya, puesto que los contratos sucesorios no se contemplan en los países con derecho de base romanizada.

VII. Lex fori – Principio fundamental

El principio de *lex fori* es aplicable al derecho procesal en todo el mundo⁷⁴, incluso en los casos en los que se vaya a aplicar el derecho extranjero por naturaleza (en inglés, *on the merits*) por ejemplo, para la capacidad de obrar de un extranjero o para un contrato obligatorio (por ejemplo, si las partes comparecientes en el negocio jurídico eligen un derecho y mediante su elección hacen intervenir un derecho extranjero), se aplica el derecho procesal alemán para el procedimiento ante los tribunales y las autoridades alemanes, interrelacionándose de este modo con el derecho procesal de legalización documentaria. El requisito probatorio de la introducción de la inscripción mediante instrumento público o instrumento otorgado públicamente protege a las oficinas de registro nacionales y a las partes otorgantes al mismo tiempo. Las inscripciones deben realizarse conforme a unas medidas seguras, exactas y probatorias, de modo que se eviten, en lo posible, la aparición de conflictos o inexactitudes jurídicas. La presunción de exactitud registral del Registro de la Propiedad alemán (art. 891 del *BGB*) y la pérdida

⁷³ Consúltase Spellenberg en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3ª Edición, art. 11 de la *EGBGB* Rf. 1 y ss.; también en *Festschrift Schütze*, (volumen conmemorativo) (1999), 887, 898 y ss.

⁷⁴ Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4ª Edición, (2001), Rf. 319.

de derecho, como es el caso de la exclusión de un posible legitimado auténtico mediante adquisición de buena fe (art. 892 del *BGB*) se han de establecer con un fundamento ético y jurídico, como ya se ha mencionado anteriormente, sólo mediante el cumplimiento de un proceso de legitimación exacto y un proceso de inscripción igualmente exacto.⁷⁵

A este respecto se refiere también el art. 16 de los Convenio de Bruselas y Lugano y el art. 22 del Reglamento (CE) Núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000. Según el art. 16 núm. 1 y el art. 22 núm. 1 sólo los tribunales del estado correspondiente tienen competencia exclusiva para decidir sobre las reclamaciones materiales, es decir, los tribunales del estado en el que se encuentra el inmueble o los derechos reales. Según el art. 16 Núm. 2 de los Convenios de Bruselas y Lugano, así como según al art. 22 núm. 2 del Reglamento (CE) Núm. 44/2001, para las demandas que tengan por objeto la validez, nulidad o disolución de una sociedad o una persona jurídica o las resoluciones de sus órganos, serán competente en el orden internacional, exclusivamente, los tribunales de los estados en cuya territorialidad tenga residencia la sociedad o la persona jurídica. Estas disposiciones son aplicables únicamente en aquellos casos que traten de un procedimiento que se considere contradictorio entre dos partes, conforme al modelo del procedimiento civil clásico.⁷⁶ Sin embargo, la valoración ofrecida debe trasladarse al ámbito de la jurisdicción voluntaria y, en especial, al procedimiento de legitimación.

F. Cumplimiento internacional de instrumentos ejecutables

I. Principio fundamental de la urgencia del auto de ejecución

1. Ausencia de reconocimiento de la ejecutabilidad extranjera por extensión del efecto

A pesar de la globalización y la interconexión internacional de hoy en día, aún no se aplica automáticamente a los países extranjeros⁷⁷ el efecto de ejecución⁷⁸ correspondiente

⁷⁵ El informe de Wirner y Ott ya es bastante elocuente a este respecto.

⁷⁶ Para una información más detallada consúltese Geimer: *Festschrift Schippel* (Volumen conmemorativo), (1996), 869, 883; Geimer/Schütze: *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, (1997), art. 2 Rf. 57 y art. 16 Rf. 152.

⁷⁷ El art. 328 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*) no es aplicable en este supuesto, al igual que el art. 26 de los Convenios de Bruselas y Lugano, y el art. 33 del Reglamento (CE) Núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

⁷⁸ Desde la perspectiva alemana es fundamental Wolfsteiner, *Die vollstreckbare Urkunde*, (1978); desde la perspectiva austriaca Rechberger/Oberhammer/Bogensberger, *Der vollstreckbare*

a un instrumento notarial⁷⁹ dado en el estado de origen. En especial no se aplica a aquellos en los que debe tener lugar la ejecución. Dentro del marco de esta doctrina rigurosa, tampoco existe *el reconocimiento del instrumento ejecutable*. En la ejecución de instrumentos notariales entre países es preciso, además de la urgencia de un exequátur, un auto de ejecución en el estado en el que se pretende ejecutar, al igual que sucede en la ejecución de sentencias de capacidad de los tribunales nacionales y de los tribunales de arbitraje.

La ejecutoriedad conforme al derecho del primer estado implica el señalamiento de los organismos ejecutores nacionales, para que hagan cumplir el derecho estipulado por recurso, incluso por fuerza si fuera necesario. El señalamiento de los organismos ejecutores de otro estado queda desestimado por razones de derecho internacional. Se trata de respetar la soberanía de los estados extranjeros.

Por este motivo, las normas del primer estado respecto a la aplicación del efecto de ejecución de un instrumento notarial no se aplican a los organismos ejecutores de otros estados. En estos estados, que denominaremos segundos estados en lo sucesivo, sólo se respetará el efecto de ejecución del primer estado, si y sólo si así se prevé en el ordenamiento jurídico del segundo estado.

El legislador del segundo estado podría estipular que se aplicase el efecto de ejecución del primer estado de instrumentos ejecutables extranjeros dentro de su territorio nacional. La envergadura de la ejecutoriedad se debe determinar en función de la extensión del efecto en el segundo estado conforme al derecho del primer estado.

De este modo no es válido el derecho alemán, como se desprende de los arts. 722 y 723 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*). Ningún ordenamiento prevé dicho reconocimiento a efectos de una extensión del efecto de la ejecutoriedad. Además, el reconocimiento se limita *a grosso modo* a la fuerza legal (*res iudicata*), el efecto de exclusión, constitución y de intervención, así como el efecto de comunicación de conflictos.⁸⁰ El instrumento ejecutable no produce estos efectos.

Las mismas disposiciones son aplicables en el ámbito de los convenios y pactos internacionales del derecho de sociedades secundario de la Unión Europea. En este punto

Notariatsakt, (1994) y Wagner/Knechtel, *Notariatsordnung*, 5ª Edición, (2000), comentarios al art. 3 NO Rf. 1 y ss.

⁷⁹ Geimer, *Vollstreckbare Urkunden ausländischer Notare*, DNotZ (1975), 461.

⁸⁰ Véase Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4ª Edición, (2001), Rf. 2799 y ss., con respecto a los efectos de las resoluciones con capacidad de ser reconocidas.

sólo se menciona el art. 31 y ss. de los Convenio de Bruselas y Lugano⁸¹, así como el art. 38 y ss. del Reglamento (CE) Núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que entrará en vigor desde el 1 de marzo de 2002 y que sustituirá al Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución.

2. El exequátur como acto constitutivo

Como ya se ha visto, todos los ordenamientos conocidos hasta ahora desestiman el efecto de ejecución entendido como la aplicación de un reconocimiento real en el país correspondiente. Debe evitarse la concepción que interpreta que los organismos ejecutores alemanes obedecen las órdenes de los órganos de justicia extranjeros. Asimismo, un reconocimiento de la ejecutoriedad extranjera produciría un conflicto práctico considerable. Mediante el reconocimiento se aplicaría la ejecutoriedad extranjera en el territorio nacional, lo cual produciría la necesidad de determinar el alcance de la ejecutoriedad incluyendo la cuestión sobre cuándo se ha de hacer efectiva conforme al derecho de ejecución del primer estado. No se puede exigir el conocimiento del derecho de ejecución extranjero por parte de un organismo ejecutor, en especial por parte de un agente ejecutivo.⁸²

La ejecutoriedad en el territorio nacional, deberá, por lo tanto, conferirse originalmente mediante un título ejecutivo extranjero⁸³, sin atender a si se trata de un instrumento notarial ejecutable o a una resolución judicial. Por lo tanto, el exequátur del segundo estado, que produce efecto, no garantiza que se aplique la ejecutoriedad extranjera en el territorio nacional. Se trata más de un acto de constitución procesal.⁸⁴

⁸¹ Leutner hace énfasis de forma razonada en, *Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, (1997), 36, sobre la no contemplación de un reconocimiento, una extensión en el segundo estado del efecto en el primer estado, a diferencia de lo que sucede con las resoluciones de los tribunales extranjeros, ya que el instrumento ejecutable no posee efectos de reconocimiento. La inherente *ejecutoriedaad según el derecho del estado de origen* (S. 203 y siguientes) no es aplicable al estado de ejecución y, además, le confiere la ejecutoriedad según su propio derecho, equiparándolo con los títulos ejecutables nacionales (S. 31).

⁸² Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung* I/2, (1984), 1413.

⁸³ *BGH FamRZ* 1986, 45 = *EWiR* 1985, 207 (Geimer) = *RIW* 1986, 554 = *NJW* 1986, 1440 = *IPRax* 1986, 294 (Dopffel 277).

⁸⁴ Stein/Jonas/Münzberg, *ZPO*, 21ª Edición, art. 722 Rf. 3; Wieczorek/Schütze, *ZPO*, 3ª Edición, art. 722 Rf. 24.

3. Efectos del auto de ejecución

La ejecutoriedad que se desprende de un título de ejecución extranjero mediante el exequátur del segundo estado se determina exclusivamente por el derecho del segundo estado y coincide en contenidos con la ejecutoriedad del título del segundo estado.⁸⁵ También, si se desestima la ejecutoriedad en el primer estado permanece la ejecutoriedad conferida al título extranjero mediante el exequátur en el segundo estado. Asimismo, se puede desestimar mediante demanda de oposición a la ejecución (también denominada reconvencción ejecutiva).⁸⁶ Mediante estos supuestos se garantiza que se pruebe en el procedimiento litigioso y no en el de ejecución forzosa si se ha de omitir la ejecutoriedad.

II. El auto de ejecución de los instrumentos ejecutables extranjeros según el derecho autónomo alemán

1. Art. 794 párr. 1 núm. 5 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (ZPO)

El art. 794 párr. 1 núm. 5 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (ZPO) ofrece una base jurídica para el auto de ejecución de los instrumentos ejecutables extranjeros. Estas disposiciones contemplan únicamente la ejecución forzosa “de instrumentos legitimados por un juzgado alemán o un notario alemán dentro de los límites de su jurisdicción en la forma prescrita“. El ámbito de aplicación del art. 794 párr. 1 núm. 5 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (ZPO) se limita rigurosamente a los instrumentos de los notarios alemanes. Para la ejecución de títulos formalizados por notarios *extranjeros* no existe ninguna disposición prevista en esta base legal.⁸⁷

2. Proposición: Aplicación análoga de los arts. 722 y 723 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (ZPO)

En este caso la base jurídica es la expuesta en los arts. 722 y 723 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil.⁸⁸ Estas disposiciones se formulan conforme al auto de ejecución de los instrumentos extranjeros exclusivamente, es decir, de las resoluciones judiciales. La opinión predominante contempla una concepción amplia del término “resolución“,

⁸⁵ Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4ª Edición, (2001), Rf. 3101.

⁸⁶ Véase epígrafe VIII.

⁸⁷ Stein/Jonas/Münzberg, *ZPO*, 21ª Edición, (1995), art. 794 Rf. 24, 99.

⁸⁸ Geimer *DNotZ* (1975), 461, 464; Geimer *Festschrift Ferid*, (1988), 89 y siguientes; Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4ª Edición, (2001), Rf. 3106; Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung I/2*, (1984), 1620; Zöller/Geimer, *ZPO*, 22ª Edición, (2001), art. 722 Rf. 8. En la misma línea, véase Schütze *DNotZ* (1992), 66, 81; Wiczorek/Schütze, *ZPO*, 3ª Edición, art. 723 Rf. 2.

incluyendo en esta categoría también los instrumentos notariales con fuerza ejecutiva.⁸⁹ Este punto de vista es demasiado limitado, ya que si el derecho alemán se encuentra preparado para admitir la ejecución forzosa en el territorio nacional de las resoluciones de los tribunales extranjeros que cumplan unos requisitos determinados, este principio deberá ser aplicado primeramente a los instrumentos extranjeros con carácter ejecutable. La principal postura contraria a la ejecutoriedad de las resoluciones judiciales extranjeras se fundamenta en un cierto escepticismo sobre la administración de justicia en otros países. Se pretende evitar la aceptación obligatoria en el territorio nacional de protocolos del poder del estado extranjero que no superen unas garantías. Sin embargo, estas reticencias no contemplan que los comparecientes otorguen ante notario sus declaraciones de forma voluntaria y sin la obligación soberana, en los documentos ejecutables formalizados por notarios extranjeros. El internacionalmente conocido *Ludwig von Bar* escribió en el siglo XIX una teoría que aún conserva su plena vigencia:⁹⁰ “Aunque se desconfiare de la decisión de un juez extranjero, ello no implica falsificación ni malentendido grave. Los documentos públicos de jurisdicción voluntaria otorgados en un estado civilizado, son falsificaciones en las que, en realidad, las personas no comparecientes en calidad de usuario son referidas, por fortuna, con poca frecuencia, pues las partes pueden elegir por si mismas los órganos apropiados la mayoría de las veces.

3. Digresión: La posición liberal mantenida por otros ordenamientos jurídicos sobre la cuestión del auto de ejecución de los instrumentos públicos extranjeros ejecutables

Como consecuencia de que el legislador alemán ha omitido regular este problema, todo lo que se concluye para el derecho alemán tras una esforzada argumentación, aparece estipulado *verbis expressis* en la legislación de Austria. En virtud del art. 79 del Reglamento de Ejecución austríaco (*Exekutionsordnung*) se pueden ejecutar con categoría de “instrumentos públicos” aquellos que se hayan legitimado en el extranjero y que posean fuerza ejecutiva en el país de origen. Del mismo modo, otros países también contemplan dicha normativa, como son los casos de Francia en el art. 509 del *Nouveau*

⁸⁹ Véase Baumann en Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, 3ª Edición (octubre del 2000) 795. 170 Ver nota al pie. 4; Stein/Jonas/Münzberg, *ZPO*, 21ª Edición, (1995), art. 722 Rf. 10 así como art. 794 Rf. 24, 99; Véase Spellenberg en *Münchener Kommentar zum BGB*, 3ª Edición, (1998), Art. 11 Rf. 45.

⁹⁰ Véase von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts II*, 2ª Edición, (1889), 542.

Code de Procédure Civile (Nuevo Código Procesal Civil francés), Grecia en el art. 905 apartado f de su legislación procesal civil,⁹¹ Italia en el art. 68 de la Ley *IPR* de 31 de mayo de 1995, España en su art. 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹² y Eslovaquia y Chequia en el art. 63 de su Ley *IPR* de fecha 4 de diciembre de 1963.⁹³

4. Resumen

Conforme a la opinión predominante en Alemania, actualmente no se contempla la ejecución de documentos notariales extranjeros, excepto dentro del ámbito de aplicación de los acuerdos entre dos estados. Por ello, la trascendencia práctica del derecho autónomo alemán se ve enormemente reducida. De hecho, el derecho autónomo alemán no desempeña un papel importante en la realidad legal. El derecho contractual, especialmente los Convenios de Bruselas y Lugano, adquieren predominancia y el Reglamento (CE) Núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil entrará en vigor el 1 de marzo de 2002 y sustituirá al Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución.

III. Flexibilidad completa de los documentos ejecutables mediante la revocación del requisito del exequátur?

El requisito del auto de ejecución del título de ejecución del estado de origen en los demás estados miembros de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 31 y ss. del Convenio de Bruselas y el Convenio de Lugano, además del art. 38 del Reglamento (CE) Núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 supone un gasto económico y de tiempo. Además, conlleva el riesgo de que el deudor de mala fe traspase las fronteras de otro país antes de que el acreedor haya podido conseguir el auto de ejecución. Por lo tanto, se exige la completa revocación del requisito del exequátur en el debate de la reforma, entre otras

⁹¹ Art. 906 III del *ZPG* como *argumentum e contrario*.

⁹² A este respecto, véase Fernández Rozas/Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, (1991), 592.

⁹³ Sin embargo, no en el caso de Suiza, donde no se contempla el instrumento ejecutable, aunque el art. 31 de la Ley *IPR* sobre el reconocimiento y ejecución considera aplicables las disposiciones, como su nombre indica, para el reconocimiento y ejecución de un instrumento público de jurisdicción voluntaria. Véase Jametti Greiner, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, (1998), 208. Conforme al art. 50 del Convenio de Lugano se precisa una obligación de ejecutoriedad, véase a este respecto Jametti Greiner, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, (1998), 353.

cosas, con el fin de incrementar las posibilidades de ejecución y en pro de su eficiencia.⁹⁴ Sin embargo, aún habrá que esperar para que llegue a realizarse esta propuesta. El nuevo Reglamento (CE) Núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 se mantiene en una postura rigurosa con respecto a la urgencia del auto de ejecución. El art. 41 del denominado Reglamento (CE) debe interpretarse como un residuo negativo de la reclamación de los “títulos de ejecución europeos” con carácter transfronterizo. Este artículo estipula: “Se otorgará inmediatamente la ejecución de la resolución una vez cumplidas las formalidades previstas en el artículo 53⁹⁵, sin proceder a ningún examen de acuerdo con los artículos 34 y 35⁹⁶. La parte contra la cual se solicitare la ejecución no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones.”

Esta nueva norma contrasta completamente con el art. 34 de los Convenios de Bruselas y Lugano. De hecho, los Convenios de Bruselas y Lugano establecen un procedimiento *ex parte* para la primera instancia en la que no se llama a comparecer al deudor. Sin embargo, el art. 34 párr. 2 prescribe la probación de las razones previstas para la desestimación por parte del juez del exequátur previstas en los convenios respectivos.⁹⁷ Este requisito probatorio se suprime en la actualidad en pro de la agilización del procedimiento. En la segunda instancia, sin embargo, sí se llevará a cabo con motivo de la apelación del deudor.⁹⁸

IV. Convenios de Bruselas y Lugano, así como el Reglamento (CE) n° 44/2001 de 22 de diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

Los tratados bilaterales han perdido ampliamente su trascendencia en el ámbito europeo, principalmente en relación con los estados miembros de los Convenios de Bruselas y Lugano, a los que también pertenecerá Polonia desde el 1 de febrero de 2000.⁹⁹

⁹⁴ Compárese, por ejemplo, con las propuestas de reforma de la Comisión (DOCE de 31 de enero de 1998 Núm. C 33/22).

⁹⁵ Compárese, por ejemplo, con las propuestas de reforma de la Comisión (DOCE de 31 de enero de 1998 Núm. C 33/22).

⁹⁶ Anteriormente, arts. 27 y 28 del Convenio de Bruselas.

⁹⁷ Respecto a la *probación restrictiva de oficio en procedimientos ex parte ya de conventione lata* consúltese Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, (1997), art. 34 Rf. 27 y ss.

⁹⁸ Art. 45 del Reglamento (CE) Núm. 44/2000.

⁹⁹ Boletín Oficial del estado alemán (*Bundesgesetzblatt*) 2000 II 1246. A este efecto Martiny/Ernst, *IPRax*, (2001), 29; Sawzuk, *Festschrift Schütze*, (volumen conmemorativo) (1999), 733; Wagner, *WIRO* (2000), 47.

1. Auto de ejecución conforme al art. 50 de los Convenios de Bruselas y Lugano, así como art. 57 del Reglamento (CE) Núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000

En el ámbito de aplicación de estos convenios, también en materia civil y mercantil con excepción de las materias citadas en el art. 1 párr. 2 de ambos convenios, aparece el art. 50. En su lugar se aplicará desde el 1 de marzo de 2002 el art. 57 del Reglamento (CE) Núm. 44/2001. Este establece:

„(1) Los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado miembro, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado miembro, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 38 y siguientes. El tribunal ante el que se presentare un recurso con arreglo a los artículos 43 o 44 sólo desestimaré o revocará el otorgamiento de la ejecución cuando la ejecución del documento fuere manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido.

(2) También se considerarán documentos públicos con fuerza ejecutiva, en el sentido del apartado 1, los acuerdos en materia de obligaciones alimentarias celebrados ante las autoridades administrativas o formalizados por las mismas.

(3) El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado miembro de origen.

(4) Serán aplicables, en la medida en que fuere necesario, las disposiciones de la sección 3 del capítulo III. La autoridad competente del Estado miembro en el que se hubiere formalizado el documento público con fuerza ejecutiva expedirá, a instancia de cualquier parte interesada, una certificación conforme al formulario normalizado que figura en el anexo VI del presente Reglamento.“

2. Concepto de documento público en sentido del art. 50 de los Convenios Bruselas y Lugano y del art. 57 del Reglamento (CE) n° 44/2001

El art. 50 del Convenio de Bruselas no habla de documento notarial sino de documento público, aunque en la firma del Convenio de Bruselas el 27 de septiembre de 1968 en el ámbito de los seis estados fundadores de la Comunidad Económica Europea (CEE) se tuvieron en consideración casi exclusivamente los documentos notariales como documentos públicos. El concepto es también más amplio. *Jenard y Möller* destacan en su comentario al art. 50 del Convenio de Lugano¹⁰⁰ tres criterios:

(1) El documento debe ser otorgado ante autoridad pública. Se excluyen los documentos privados con fuerza ejecutoria. El Tribunal de Justicia Europeo ha declarado en su

¹⁰⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas 1990 C 189, 80.

sentencia en el caso Unibank¹⁰¹, que un documento público en sentido del art. 50 del Convenio de Bruselas debe ser formalizado ante una autoridad pública o ante cualquier otra autoridad legitimada en el estado de origen con el fin de otorgar fuerza ejecutoria al documento. Por tanto, los acuerdos entre abogados alemanes no se contemplan en el art. 50 de los Convenios de Bruselas y Lugano. Estos se consideran documentos privados. Se convierten en títulos de ejecución conforme al art. 794 párr. 1 apdo. 4b de la *ZPO*, si se declaran con fuerza ejecutoria ya sea por el tribunal estatal (art. 796b de la *ZPO*) o por el notario (art. 796c de la *ZPO*)¹⁰²

(2) La legitimación debe referirse a la demanda de ejecución, no basta la simple legitimación de la firma.

(3) El documento debe ser ejecutorio por sí mismo en el Estado de origen. No es suficiente que el documento se pueda contemplar en un proceso documental o en un procedimiento similar.¹⁰³

Un hecho constitutivo bastante importante es el concurso del deudor en el establecimiento del título de ejecución; dicho concurso no es necesario, ya que la sumisión por parte del deudor (o su representante) es suficiente.¹⁰⁴ Las protestas de cheque ejecutivas según el derecho francés que nombra al *huissier* sin el concurso del deudor se han de excluir.¹⁰⁵

3. Obligación de ejecución incondicional

La obligación de ejecución se establece conforme al Convenio y en un futuro conforme al Reglamento (CE) n° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 también si en el segundo estado no se contempla el documento de ejecución. También a este respecto, no se debe recurrir al orden público con el fin de rechazar la declaración de ejecución¹⁰⁶

¹⁰¹ Tribunal de Justicia Europeo, 17 de junio de 1999, Asunto C 260/97 (Unibank) EWS, (1999), 268 = *DNotZ* (1999), 919 (Fleischhauer 925) = *IPRax* (2000), 409 (Geimer 366); para más información véase Jayme/Kohler, *IPRax* 99, 401, 409. Trata *in concreto* de los *Gaeldsbrev* daneses (pagarés), que pueden hacerse ejecutables según el art. 478 párr. 1 núm. 5 del *Retsplejlov*.

¹⁰² Compárese con Schütze, *DZWir*, (1993), 133, 135; Wieczorek/Schütze, *ZPO*, 3ª Edición, art. 796b Rf. 11.

¹⁰³ Leutner, *Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, (1997), 45 y ss.

¹⁰⁴ Leutner, 44, 134, 200 f. Gerhard Wagner, *Prozessverträge*, (1998), 778 y ss. Gerhard Wagner se aleja del Procedimiento unilateral sin *caus plausible* y lo califica como contrato procesal. Con frecuencia también en Rosenberg/Gaul/Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11ª Edición, (1997), 184 (art. 13 IV Notal al pie 178).

¹⁰⁵ Leutner, *Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, (1997), 44, 202.

¹⁰⁶ Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, (1997), art. 50 Rf. 4.

En estados que no conocen esta institución jurídica (Reino Unido, Noruega y Suecia), surgirá tarde o temprano la discusión sobre los documentos de ejecución, que dará lugar posiblemente a una tercera ola de expansión tras la recepción del Derecho Romano y la conquista de Napoleón.^{107 108} Dicho desarrollo desencadenará, en dichos países, un cumplimiento inmediato del derecho y la efectiva descarga de la justicia, además de una reducción de costes para los que se han de someter a derecho.

V. Particularidades del auto de ejecución

1. Condiciones para el auto de ejecución

a) La legitimidad de los documentos notariales extranjeros y su ejecutoriedad según el derecho del primer estado

El solicitante debe presentar un documento ejecutable que se haya otorgado según el derecho del primer estado. De este modo, no sólo se probará la legitimidad sino también la ejecutoriedad según el derecho de dicho país. La legalización del documento no es necesaria.¹⁰⁹ Salvo el cumplimiento del deudor, no existe ningún título vigente según el derecho del primer estado por el que el segundo juez deba probar esta objeción. En el caso de que el documento notarial según el derecho del país en cuestión no pueda producir efecto, tampoco procederá su ejecutoriedad. Pero la ejecutoriedad según el derecho del primer estado es un condicionante para el auto de ejecución en el segundo estado.

b) La capacidad de actuación del notario extranjero

El notario extranjero debe haber tenido capacidad de actuación para la formalización del documento ejecutable. Este supuesto no está normalizado explícitamente ni en derecho autónomo ni en los contratos. Sin embargo, ésta se infiere de forma coactiva de los principios del derecho consuetudinario internacional. La legalización por escritura pública es semejante a la ejecución de competencias nacionales¹¹⁰, tanto más a la creación de títulos ejecutivos notariales. El notario actuará como representante de la soberanía, aunque como ya se explicó en el apartado E.I, no podrá intervenir en la

¹⁰⁷ Ley Notarial de 25. *vêntose de l'an XI* (16 de marzo de 1803).

¹⁰⁸ Leutner, *Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, (1997), 287.

¹⁰⁹ Los contratos especiales contienen las disposiciones detalladas en las formalidades, véanse los artículos 50 III, 47 N°. 1 Convenios Bruselas y Lugano.

¹¹⁰ Para el ejercicio del poder público del notariado véase el artículo 45 del *EGV Stumpf/Gabler notar* (2000), 11 con documentación complementaria.

jurisdicción de otros países. No obstante, si éste actuase en territorio extranjero, estaría infringiendo el derecho internacional. Todos los países, incluso los no directamente interesados, deben denegar el acto de ejecución con respecto al título a efecto, puesto que de este modo se estaría violando el derecho internacional.¹¹¹

2. Ausencia de comprobación de la competencia internacional del primer estado

a) El derecho alemán autónomo

La aprobación de *resoluciones judiciales* se presupone por regla general competencia internacional del primer estado.¹¹² Además, en el marco del auto de ejecución de documentos ejecutables extranjeros, se plantea la pregunta de si tiene que probarse la competencia internacional del primer estado y, dado el caso, conforme a qué criterios. Entonces se deberían desarrollar esos criterios cuando la competencia internacional para la constitución de documentos ejecutables acepte el *Spiegelbildprinzip* (lit. principio del reflejo o de reciprocidad)¹¹³. Pero las normas de la jurisdicción competente no se ajustan totalmente a la función del notario. Si no existe otro demandante que no sea el propio juzgado, el notario nunca actuará en contra del deudor sin su voluntad o en su ausencia. El notario no ejercerá ninguna coerción, en oposición a lo que hace el juzgado. La obligación de contestar una demanda por parte del demandado se origina de la relación jurídica procesal establecida mediante la presentación de dicha demanda para los efectos de una carga procesal. En caso de que el demandante no comparezca ante el tribunal, o bien no consienta su defensa, se le podrá declarar en rebeldía. Por otro lado, la situación es diferente en el proceso de legalización. Sólo se obtiene la legalización y con ello el establecimiento de un título ejecutivo notarial si el deudor comparece.¹¹⁴

¹¹¹ Véase Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4ª Edición, (2001), Rf. 533 y ss.

¹¹² Ejemplos en art. 328 párr. 1 núm. 1 del Código Procesal Civil (*ZPO*), art. 16a núm. 1 de la Ley alemana sobre materias de jurisdicción voluntaria (*FGG*); art. 102 II núm. 1 de la Ley alemana de implantación para disposiciones de insolvencia (*EGInsO*).

¹¹³ Con respecto al principio de reciprocidad o “del reflejo” (*Spiegelbildprinzip*), véase Geimer, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, (1995) 6, 114.

¹¹⁴ Se puede hablar, desde el punto de vista de la competencia legal, de un “sometimiento” o de una “contestación incondicional a la demanda”. Véase Martiny, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, edición del Instituto de derecho extranjero y privado *Max-Planck Institut*, III/1, (1984), cap. I art.4 Rf. 544 (Pág. 252): “En el momento en que se estime necesario por cualquier motivo una comprobación de la competencia, debería presentarse un sometimiento bajo la competencia del juzgado.” En el mismo sentido, véanse Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, *IPRG-Kommentar*, (1993), art. 30 Rf. 10: “Es probable que el demandado del acto ejecutivo... no sea

b) Convenios de Bruselas y Lugano y Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

(i) Decisiones judiciales

Los Convenios de Bruselas y Lugano, al igual que el Reglamento (CE) N° 44/2001¹¹⁵, en la actualidad no contemplan en la fase de reconocimiento y auto de ejecución de decisiones judiciales, conforme al art. 28 III del Convenio de Bruselas y al art. 28 IV de Lugano respectivamente, ninguna comprobación de la competencia internacional del primer estado.¹¹⁶ Sin embargo, las excepciones afectan a aspectos en materia de seguridad y consumidores y dentro de la competencia exclusiva del art. 16 de los Convenios de Bruselas y Lugano.

(ii) Documentos ejecutables

No se contempla comprobación alguna de la competencia internacional del primer estado ni en el art. 50 de los Convenios de Bruselas y Lugano, ni en el art. 57 del Reglamento (CE) N° 44/2001.¹¹⁷ Por tanto, los documentos públicos también deben declararse ejecutables en el campo de aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano y del Reglamento(CE) N° 44/2001 respectivamente si se llevan a efecto infringiendo las leyes nacionales sobre competencia, aunque esa infracción del derecho del primer país no dará lugar a la ineficacia del documento, ni por tanto a la del título ejecutivo notarial. Una infracción de las cláusulas de los Convenios de Bruselas y Lugano respectivamente anula las anteriores, ya que el reglamento de competencias de ambos Convenios no es válido para la formalización de escrituras notariales.¹¹⁸

escuchado con mucha frecuencia, excepto por la jurisdicción.“ Entretanto, si el demandado ha sido admitido en su jurisdicción (art. 6, art. 26 secc. C de la *IPRG*), tiene que prestarse a resolver el litigio de forma amistosa ante el tribunal condenatorio extranjero, para que dicha jurisdicción se apruebe en Suiza.“

¹¹⁵ La competencia internacional del primer país en el procedimiento de exequátur no será comprobada de acuerdo con el art. 16 del Reglamento (CE) N° 1347/2000 de 29 de mayo de 2000 sobre la competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y en los correspondientes procedimientos sobre la responsabilidad de los cónyuges sobre los hijos comunes (“Bruselas II“) y con los arts. 16 y 25 del Reglamento (CE) N° 1346/2000 de 29 de mayo de 2000 sobre procedimiento de insolvencia.

¹¹⁶ Véase Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, (1997), art. 28 Rf. 1 y ss.

¹¹⁷ Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, (1997), art. 50 Rf. 13.

¹¹⁸ Véase Geimer *DNotZ* (1999), 764, 766.

3. La compatibilidad del título con el orden público del segundo estado

Siempre que se apliquen análogamente los arts. 722 y 723 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*) a documentos ejecutables, dicha ley será competente en el ámbito del derecho autónomo alemán en virtud del art. 328 párr. 1 núm. 4 en relación con el art. 723 II 2. También los contratos correspondientes prevén en cada caso una comprobación del orden público, particularmente el art. 50 de los Convenios de Bruselas y Lugano, así como el actual art. 57 del Reglamento (CE) N° 44/2001 con fecha de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.¹¹⁹ Todo eso debe ser analizado en los casos en que:

- a) la reclamación de lo ejecutado atente contra el orden público del segundo estado. Aunque los documentos notariales ejecutables extranjeros establecen, por regla general, el pago de dinero, servicios u otras cosas fungibles, no debe ser el caso por norma general;
- b) la relación jurídica que resulte de la reclamación de lo ejecutado coincida con el orden público.
- c) el procedimiento de legalización extranjero sea contrario al orden público. En los casos en los que se acepte tal infracción, al menos en el ámbito del notariado latino, deberán ser supuestos prácticos.

VI. El catálogo de excepciones del art. 1, párrafo 2, núm. 1 de los Convenios de Bruselas y Lugano, y el Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000

El art. 1, párr. 2, núm. 1 de los Convenios de Bruselas y Lugano y del Reglamento (CE) N° 44/2001 excluye determinadas materias de derecho civil del ámbito de aplicación de los Convenios y del Reglamento respectivamente. En contra de la opinión general, basada en el texto legal,¹²⁰ éstas disposiciones excepcionales tampoco se deberían aplicar a los documentos ejecutables.¹²¹ Esto es importante, por ejemplo, en los divorcios de mutuo acuerdo, en el caso de que se estipule ejecutable una suma global como

¹¹⁹ Véase Leutner, *Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, (1997), 31. “Frente al exequátur para decisiones judiciales extranjeras el art. 50 de los Convenios de Bruselas y Lugano concede un privilegio a los documentos ejecutables, ya que en ellos se reducen los causas de negativa...con la salvedad del orden público.” Leutner [39] contempla aquí una prueba de confianza, en particular frente a los notarios. V. además la conferencia de Geimer *DNotZ* (1999), 764.

¹²⁰ Véase el informe de Jenard, art. 50.

¹²¹ Véase Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, (1997), art. 1 Rf. 57 y art. 50 Rf. 9.

compensación por la manutención postmarital (propuesta en el ámbito de aplicación de los Convenios y del Reglamento respectivamente) y por las reclamaciones de derechos de bienes (comprendidos en las disposiciones excepcionales del núm. 1).

VII. Ausencia de títulos jurídicos públicos sobre el auto de ejecución

Los art. 722 y 723 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*) sólo afectan a títulos sobre reclamaciones de derecho civil, y no a títulos ejecutables sobre reclamaciones jurídicas públicas.

Lo mismo ocurre en el derecho contractual. Todos los acuerdos y contratos entre estados, lo mismo que el Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, sólo tratan el auto de ejecución de títulos sobre materia civil y mercantil.

VIII. Procedimiento del auto de ejecución

En el ámbito de aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano, el procedimiento del auto de ejecución está normalizado en gran parte de forma común en el resto de Europa.¹²² Lo mismo ocurre con el Reglamento (CE) N° 44/2001 con fecha de 22 de diciembre de 2000 sobre la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La solicitud para que se declare ejecutable el título ejecutivo notarial extranjero, conforme al art. 31 de los Convenios de Bruselas y Lugano y al art. 38 del Reglamento (CE) N° 44/2001, tiene que dirigirse al presidente de una sala de lo civil del Tribunal Local en Alemania, de acuerdo con el art. 32 de los Convenios de Bruselas y Lugano y 39 del Reglamento (CE) N° 44/2001.¹²³ La competencia del Juzgado Local no será válida. No se admite recurso alguno (en la misma instancia) en contra de la decisión del

¹²² Dentro de los contratos de derecho internacional, hay que tener en cuenta las leyes orgánicas nacionales, a no ser que en el contrato correspondiente se regule el auto de ejecución.

¹²³ La *competencia local* se dispondrá siempre a partir del lugar de residencia y del domicilio del deudor. Si éste no tuviera domicilio en el territorio nacional del país de la ejecución, será competente el tribunal en el que se deba realizar la ejecución forzosa (Art. 32 II de los Convenios de Bruselas y Lugano).

Las competencias material y local del Tribunal Local alemán, conforme al art. 32 de los Convenios de Bruselas y Lugano y al art. 39 del Reglamento (CEE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, son competencias exclusivas, según el art. 3 de la Ley alemana para la establecimiento de contratos entre estados y para la aplicación de Reglamentos del territorio europeo en el área de reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil (*Ley de Procedimientos de Reconocimiento y Ejecución. AVAG, BGBl. 2001 I 288*). Las particularidades del procedimiento del auto de ejecución están reguladas, como complemento a los arts. 31 y ss. de los Convenios de Bruselas y Lugano y al art. 38 del Reglamento (CE) N° 44/2001 - en los arts. 4 y ss. de la AVAG.

presidente, o mejor dicho, sólo se pueden elevar recursos al Tribunal Contencioso-Administrativo Superior. Los recursos jurídicos dirigidos a la Corte Federal de Justicia contra la decisión del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior son lícitos.

IX. Alegaciones del deudor

Las escrituras notariales no reducirán los derechos procesales del deudor. Además, si está sujeto a ejecución forzosa inmediata, puede abandonar o presentar sus alegaciones (pago, compensación, aplazamiento, etc.), por vía de reconvencción ejecutiva y de oposición respectivamente. Las cargas probatorias y de mantenimiento se dividen del mismo modo que en caso de una demanda de cumplimiento por parte del acreedor.

1. Alegaciones contra la admisibilidad de la cláusula ejecutiva

Las alegaciones contra la admisibilidad de la cláusula de un documento ejecutable alemán pueden ser formuladas según los arts. 795, 732, 726 y 768 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*) en procedimientos especiales. No obstante, estos procedimientos se suspenden en caso de que se deba declarar ejecutable un sometimiento de ejecución extranjero. En ese caso, hay que hacer constar las alegaciones en el procedimiento del auto de ejecución.

2. Alegaciones contra las reclamaciones materiales

a) Acción declarativa

Un documento notarial ejecutable no se origina con fuerza material de ley.¹²⁴ Por lo tanto, el deudor tampoco puede, según los arts. 797 IV y 767 II de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*), apoyarse en aquellas alegaciones que ya había podido hacer válidas en el momento de la formalización del documento: No ha lugar exclusión. En caso de que el acreedor haga constar su derecho con efecto legal, (éste) deberá presentar un recurso. Por otro lado, el deudor también podrá formular acciones declarativas negativas contra la declaración. Sin embargo, la ejecutoriedad del título no será suprimida. Es por eso por lo que las acciones declarativas negativas del deudor contra la declaración no son muy frecuentes en Alemania.

¹²⁴ Véase B III.

b) Reconvencción ejecutiva (art. 767 de la ZPO) y otras demandas de oposición

Las alegaciones del deudor contra la reclamación se harán válidas casi siempre por vía de reconvencción ejecutiva, conforme al art. 767 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (ZPO) o a través de una institución jurídica extranjera comparable. Esto se puede realizar de dos formas:

(i) En el primer estado

Primero, el deudor puede presentar sus alegaciones contra la reclamación material en el primer país, sobre todo por vía de reconvencción ejecutiva y de oposición respectivamente, o mediante otros recursos jurídicos, conforme al derecho de dicho país. De este modo, se desestimarán la ejecutoriedad conforme al derecho del primer estado. El título, por tanto, tampoco será ya ejecutable en el segundo estado; sin embargo, el deudor deberá referirse a todo lo anterior en el procedimiento de exequátur que se celebre en el segundo estado. Si la ejecutoriedad según el derecho del primer estado sólo queda suprimida *porque el procedimiento haya finalizado*, el deudor podrá solicitar la revocación o modificación de la ejecutoriedad del primer estado en un procedimiento especial en el segundo estado según el art. 29 de la Ley alemana para la Realización de Contratos entre Estados y para la aplicación de los reglamentos de la Unión Europea en el ámbito del reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil (Ley de procedimientos de Reconocimiento y Ejecución – AVAG)¹²⁵.

(ii) En el segundo estado

El deudor también puede renunciar a la reconvencción ejecutiva y de oposición en el primer estado (por ejemplo, en el caso de que no tenga bienes allí) y proceder contra el auto de ejecución sólo en el segundo estado. No obstante, deberá presentar entonces sus alegaciones, de acuerdo con los arts. 12 y 14 de la AVAG, en el procedimiento del auto de ejecución. En caso de que permita que el auto de ejecución se declare inapelable, ya no podrá tener relación con las alegaciones que se hubieren originado desde la expiración del plazo para interponer recurso, si formuló alguna queja hasta que el procedimiento de reclamación finalice.¹²⁶

¹²⁵ BGBl. 2001 I 288.

¹²⁶ Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, (1997), art. 36 Rf. 28. Crítica la postura de los legisladores alemanes en el art.14 (y principio del art.15) AVAG. Leutner, *Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr*, (1997), 265 y ss.

Si tales alegaciones en contra se formularon solamente después de que el procedimiento del auto de ejecución hubiere finalizado, la reconvencción ejecutiva defenderá al deudor de la resolución judicial, conforme al art. 14 de la *AVAG*.

Ejemplo: El deudor paga después de que el título haya sido declarado inapelable en Alemania. En este caso, el deudor puede presentar demanda contra el auto de ejecución alemán, conforme al art. 767 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*).

X. Indemnización por ejecución injustificada

El derecho propio del tipo de ejecución es decisivo, desde el punto de vista legal, para reclamar una indemnización por ejecución injustificada. En Alemania, el deudor de un documento ejecutable extranjero está mejor protegido que el deudor de un documento ejecutable alemán. Aunque una responsabilidad obligacional libre de deudas sea válida si se ejecuta la sentencia, según el art. 717, párr. 2 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*), no lo será en la ejecución de los documentos, según el art. 795, párr. 1 núm. 5 de la *ZPO*.¹²⁷ De acuerdo con la Ley alemana para la realización de contratos entre estados y para la aplicación de los reglamentos de la Unión Europea en el ámbito del reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil (Ley de Procedimientos de Reconocimiento y Ejecución, *AVAG*)¹²⁸, para la ejecución de documentos extranjeros existe una reglamentación, que está recogida en el art. 717 párr. 2 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*) y del mismo modo establece una responsabilidad obligacional.

XI. Consecuencias de la denegación del exequátur

En caso de que se rechace el auto de ejecución (debido, por ejemplo, a que el proceso de autorización atente contra el orden público), el acreedor debe reclamar con el fin de conseguir un título ejecutable en el segundo estado. Para ello, debe dirigirse al tribunal estatal de competencia internacional en este tipo de acciones. En el ámbito de aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano, así como del Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hay que considerar los arts. 2 y ss. Si, de acuerdo con esto, el estado en el que se formalizó el documento ejecutable y que

¹²⁷ Zöller/Stöber, *ZPO*, 22. Edición de 2001, art. 717 Rf. 5.

¹²⁸ *BGBI.* 2001 I 288.

además posee la ejecutoriedad, ostenta competencia internacional, pueden producirse complicaciones en caso de que una nueva demanda de cumplimiento sea improcedente según el derecho del país en cuestión porque, por ejemplo, allí se defiende que el acreedor precisa de protección legal contra un título ejecutivo posterior en forma de una sentencia de cumplimiento. Un criterio semejante sería contrario al Convenio.

No obstante, el acreedor no puede quedar desprotegido. Es por eso que, en un caso similar, también en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, del Convenio de Lugano y del Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, se debería aceptar una demanda ante los tribunales austríacos y alemanes respectivamente desde el punto de vista de la competencia internacional provisional, siempre que sea competente para conocer por la ley del lugar.¹²⁹

XII. Convenio mundial de ejecución y competencia territorial

Actualmente, en el marco de la Conferencia de la Haya sobre derecho internacional, se está discutiendo la posibilidad de celebrar un convenio mundial de ejecución y competencia territorial según el modelo del Convenio de Bruselas. Desde la perspectiva del Notariado Latino es muy importante adoptar la modificación del artículo 50 del Convenio de Bruselas también en dicho Convenio mundial sobre ejecución y competencia territorial, porque, teniendo en cuenta la globalización, los documentos notariales ejecutables no podrán estar sujetos a las fronteras nacionales.¹³⁰ Además, se debe evitar de antemano que los países del notariado latino y los países integrantes de la *Common Law* lleguen a un desequilibrio. Estos últimos son los que se verán perjudicados en el proceso, debido al legado del Derecho Romano en el resto del mundo. De hecho, los países de la *Common Law* se encuentran poco influidos por el Derecho Romano si exceptuamos la predilección de los *common lawyers* por los términos latinos. El desarrollo posterior del Derecho Romano en la Edad Media, sobre todo en el norte de Italia, no se produjo o se produjo muy discretamente en las Islas Británicas. Por tanto, es evidente que en los países de la *Common Law* casi no se conoce la institución jurídica del documento con fuerza ejecutiva. Muchos asuntos regulados en el ámbito del notariado latino a través de documentos notariales con fuerza ejecutiva, se resuelven de manera funcional, aunque a la antigua usanza del constructivismo judicial, en los *Summary*

¹²⁹ Respecto a la competencia provisional (no prevista en el texto de los Convenios), véase Geimer/Schütze: *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, (1997), art. 31 Rf. 64.

¹³⁰ Para más detalles, consúltese Fleischhauer: *IPRax* (1999), 216.

Proceedings (procesos sumarios) mediante *judgment by consent* y *judgment by confession* (juicio por consentimiento y por confesión). Estas sentencias entran en el ámbito de aplicación del Convenio mundial de reconocimiento y competencia y deberán, por tanto, ser reconocidas y ejecutadas en todos los países firmantes. Por el contrario, no existe probabilidad alguna de que se consiga con éxito un título ejecutivo notarial en el ámbito internacional si no se adopta la modificación del art. 50 del Convenio de Bruselas también en el Convenio mundial. El art. 34 del proyecto provisional sólo prevé el auto de ejecución de documentos con fuerza ejecutiva bajo el fundamento de la reciprocidad. De llevarse a cabo esta evolución tendría consecuencias lamentables. En dicho caso, los documentos ejecutables en el ámbito del Notariado Latino, como ya se viene poniendo de relieve, son una alternativa eficaz a los procedimientos judiciales y descargan enormemente la justicia. Además no existe ninguna razón práctica para defender la implantación internacional del documento con fuerza ejecutiva sólo en función de la reciprocidad, si continúa omitiéndose la restricción del auto de ejecución de *judgments by consent* o *by confession* (resoluciones por consentimiento y por confesión). En este caso, el notario se encuentra en el mismo escalafón que el juez de causas civiles. Se trata de un poder público con carácter independiente e imparcial, con responsabilidad sobre el contenido jurídico de los instrumentos que formalice.

Expresado de otro modo, desempeña un *professio iuris* procesal.¹³¹ Por consiguiente, es también la *tertium comparationis* con respecto a las resoluciones por consentimiento y por confesión del Derecho Consuetudinario angloamericano. En este punto, la *Common Law* es más arcaica, o, si se quiere expresar de un modo más llano, al menos se encuentra menos evolucionada que la *Civil Law* en los países del ámbito del Notariado Latino. El otro sistema es bastante intrincado si tenemos en cuenta que en los Estados Unidos de América se debe formalizar un certificado de sumisión ante los tribunales, con el fin de que pueda emitirse una resolución por consentimiento o por confesión. Resulta más elegante si el deudor (o su representante legal) comparece ante notario, reconoce su deuda en dicha comparecencia y se somete de forma inmediata mediante un auto de ejecución.

A pesar de que ambas figuras legales se fundamentan en el mismo principio del entendimiento, la formalización de un título de ejecución en un procedimiento no litigioso rápido y asequible, y a pesar de que las resoluciones por consentimiento y por confesión angloamericanas desempeñan la misma función que los instrumentos

¹³¹ Fleischhauer: *IPRax* (1999) 216, 219.

notariales con efecto ejecutivo en los países del Notariado Latino, deberán ser tratados de forma distinta en el actual debate de La Haya. Mientras los documentos con fuerza ejecutiva de los Notarios Latinos no se tengan en cuenta, las quasi-resoluciones de la *Common Law* deben excluirse del ámbito de aplicación de la nueva Convención Mundial. A este efecto, los esfuerzos nacionales en el marco internacional giran *ad absurdum* en torno a la ejecución forzosa y la descarga de la justicia. A este respecto, es conveniente analizar el arbitraje, donde se viene reconociendo desde tiempo inmemorial, que las partes pueden someterse a arbitraje voluntariamente en lugar de a los tribunales nacionales. Las decisiones arbitrales disfrutaban de libre circulación en el plano internacional, puesto que se reconoce que las partes puedan renunciar a la protección jurídica que ofrecen los tribunales nacionales, a cambio de solucionar los conflictos por otros medios. Estas disposiciones en vigor para las decisiones arbitrales, deberían ser aplicables también a los documentos notariales con carácter ejecutivo.

G. Límites territoriales del Exequátur: L'exequatur sur l'exequatur ne vaut

Si en el estado B se declara ejecutable un título de ejecución formalizado en el estado A, el correspondiente exequátur constituye el fundamento de la ejecución forzosa. En este caso, sin embargo, no podría declararse ejecutable en Alemania, sino exclusivamente un título ejecutivo formalizado en el estado A.

El principio *L'exequatur sur l'exequatur ne vaut* se reconoce universalmente¹³².

Consecuentemente, no se podría declarar ejecutable, por ejemplo, una resolución de exequátur mediante un documento público extranjero que se declaró ejecutable en un

¹³² Más información al respecto en Geimer: *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile*, (1966), 26 Nota al pie 7; Geimer: *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, (1995), 87, 171; A este respecto, véase también Geimer/Schütze: *Internationale Urteilsanerkennung I/2*, (1984), 1174; Kegel: *Festschrift Müller-Freienfels* (Volumen conmemorativo), (1986), 392; Kropholler *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 28 (1988), 115; Linke, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2ª Edición, (1995), Rf. 355; Martiny: *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Vol. III 1, (1984), Cap. I Rf. 381; Baumann: *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen in Unterhaltssachen*, (1989), 17; Jametti Greiner: *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, (1998), 100; Stojan: *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile*, (1986), 171; Schack: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2ª Edición, (1996), Rf. 812, 936. Para consultar otras posturas al respecto, véase Schütze: *ZZP* 77 (1984), 287.

tercer país. A este efecto, el límite territorial del estado en el que se resuelve el auto de ejecución es inherente con respecto al exequátur.

Supuesto: En virtud del art. 1053 párr. 4 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (ZPO), un notario alemán declara ejecutable una decisión arbitral formalizada en Nueva York. Posteriormente se pretende ejecutar dicha decisión arbitral en Grecia. La base jurídica para llevar a cabo el cumplimiento del auto de ejecución en este tercer país no se fundamentará en el exequátur notarial alemán, sino exclusivamente en el título de ejecución original, en este caso, en la decisión arbitral formalizada en Nueva York.

H. Tesis

1. En los asuntos importantes concernientes al Derecho Inmobiliario, al Derecho de Sucesiones y al Derecho de Sociedades se precisa la legitimación notarial. La legitimación notarial es y permanece especialmente necesaria para el consumidor, ya que este es el único medio de asegurar el asesoramiento experto y la actuación de un órgano de la administración de justicia independiente e imparcial.
2. La constitución de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Sociedades de Acciones requiere la legitimación notarial, al igual que en los actos de ampliación de capital y modificación de estatutos societarios. El dogma del Derecho de Sociedades de Capital que hasta ahora postulaba de forma irrefutable la fuerza constitutiva de la inscripción en el Registro Mercantil ya no está en vigor. A pesar de las protestas de los usuarios sobre la lentitud del procedimiento preciso para la inscripción, el establecimiento de un Registro central de ámbito nacional o europeo no sería la solución. Asimismo, deberían transferirse al notario más tareas de control propias del personal del registro. La sociedad no se constituye inicialmente como persona jurídica con responsabilidad limitada sobre el haber social mediante la inscripción en el Registro Mercantil, sino con la legitimación del notario que refrenda que la sociedad se ha constituido conforme a derecho. Estas mismas disposiciones deben aplicarse a las ampliaciones de capital y las transformaciones de las sociedades, así como a las modificaciones estatutarias, las fusiones, las escisiones, etc.
3. Los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea reclamaron en su Reunión titulada: “La creación de un espacio para la libertad, la seguridad y el derecho” en Tampere (Finlandia) el 15 y 16 de octubre de 1999 el establecimiento

de un “auténtico espacio jurídico europeo“, en el que los particulares y las empresas puedan hacer valer sus derechos mediante “la incompatibilidad o la complejidad del ordenamiento jurídico” en un marco transfronterizo y sin obstáculos. A este respecto, se pretende la institucionalización de un “título ejecutivo europeo“, mediante el cual se pueda efectuar la ejecución forzosa en todos los estados de la Unión Europea sin otorgamiento del exequátur mencionado.

A este efecto, es especialmente apropiado el documento notarial con fuerza ejecutiva. De este modo, se crea un título de ejecución de un modo económico y sencillo, que se establece conforme a unas bases éticas y jurídicas elevadas y que, a su vez, evita la actuación de los saturados tribunales. El deudor comparece de forma voluntaria y se somete a la inmediata ejecución forzosa también voluntariamente, expresando su consentimiento. De este modo, sus derechos en el procedimiento no se verán limitados, sino que de hecho se verán incluso ampliados en cierto modo, ya que la exclusión de objeciones no tiene lugar, al contrario de lo que sucede en las resoluciones judiciales de cumplimiento.

4. El art. 57 párr. 4 del Reglamento (CE) N°. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil sustituirá al Art. 50 del Convenio de Bruselas desde el 1 de marzo de 2002, a saber:

“...La autoridad competente del Estado miembro en el que se hubiere formalizado el documento público con fuerza ejecutiva expedirá, a instancia de cualquier parte interesada, una certificación conforme al formulario normalizado que figura en el anexo VI del presente Reglamento”

Esta forma precisa, entre otros aspectos, de la instrucción del acreedor y del deudor, así como la “formulación de la obligación de ejecución en la instrucción en el acta”. La expresión “formulación”, en alemán “*Wortlaut*“, de la obligación ejecutable debería suprimirse, puesto que de tener lugar una interpretación confusa de esta forma de redacción, podrían aparecer obstáculos burocráticos que afectaran a la ejecutoriedad internacional de los documentos notariales. Debería ser suficiente, que se aclarase de qué tipo de título ejecutable se trata, mediante referencia específica en el documento notarial.

El Colegio Notarial alemán así como otras representaciones profesionales de los notarios deben ostentar la competencia correspondiente en el otorgamiento del

mencionado acta. De este modo se garantiza la existencia de un cargo público experto y altamente especializado al que confiar los detalles de los instrumentos ejecutables.

5. El Parlamento Europeo propuso que los notarios deberían ser competentes para los autos de ejecución de los documentos extranjeros. La formulación pertinente, lamentablemente, no se recoge por parte del Consejo en el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Esta propuesta debería seguir en marcha y debería modificarse el correspondiente Reglamento .
6. En Alemania, los notarios pueden declarar ejecutables *de lege lata* los acuerdos entre abogados y las decisiones arbitrales que contengan una formulación consensuada (aquellas decisiones arbitrales que incorporan en sí un acuerdo entre las partes) según los artículos 796c párr. 1 y 1053 párr. 4 de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*), siempre que ambas partes lo propongan. De este modo, se concluye que existe una competencia compartida con el tribunal correspondiente territorialmente. Dicha competencia debe ponerse en práctica en los casos de arbitraje y de los autos de ejecución de documentos notariales extranjeros, con el fin de descargar el sistema de justicia.
7. En los países de la *Common Law* no se conoce la figura jurídica de los documentos públicos con fuerza ejecutiva. Un gran número de asuntos que se resuelven mediante los documentos notariales con fuerza ejecutiva en el ámbito del Notariado Latino, en el orden anglosajón se resuelven de una forma equiparable desde el punto de vista funcional, pero más anticuada, desde una perspectiva jurídico-constructiva, mediante los *Summary Proceedings* (procedimientos sumarios) por *judgments by consent* (resoluciones por consentimiento) o *judgments by confession* (resoluciones por confesión). Estas decisiones se incluyen dentro de las previstas en el ámbito de aplicación del ya proyectado Convenio mundial de la Haya de Derecho Internacional sobre competencia y ejecución en materia civil y mercantil y, conforme a esto, deben reconocerse en todos los estados firmantes. A la inversa, no existe ninguna posibilidad de reconocimiento de los títulos notariales con fuerza ejecutiva, siempre que no se aplique en el Convenio de la Haya de competencia judicial y

ejecución lo estipulado en el Art. 50 del Convenio de Bruselas, así como el art. 57 del Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El art. 34, que regula exclusivamente el auto de ejecución de documentos con fuerza ejecutiva basándose en el principio de reciprocidad, es insuficiente. A este efecto, en el ámbito del Notariado Latino, los documentos públicos con fuerza ejecutiva resultan ser una alternativa eficiente al procedimiento judicial y, de este modo, descargan el sistema de justicia significativamente. Tampoco existe ninguna razón práctica para procurar la ejecución de los documentos públicos con fuerza ejecutiva en el orden internacional basándose exclusivamente en la reciprocidad, mientras esta limitación no se aplique a los autos de ejecución de las *judgments by consent* o las *judgements by confession*.

Las decisiones arbitrales gozan de una mayor libertad en el marco internacional, por el simple motivo de que se reconoce que las partes renuncian a la protección jurídica de los tribunales nacionales y deciden resolver sus conflictos por otras vías. Lo que se considera vigente para las decisiones arbitrales, debería considerarse aplicable a los documentos notariales con fuerza ejecutiva con mayor motivo.