



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



*Notario Dr. Gerd-Jürgen RICHTER, Landau*

**La función notarial creadora de derecho**

**Índice**

I.	Introducción	3
II.	Configuración jurídica – negocio jurídico	3
	1. Acerca del concepto	3
	2. Doctrina del negocio jurídico y configuración jurídica	4
III.	Condiciones funcionales de la configuración jurídica notarial	6
	1. Cargo público – campo de actividad funcional	6
	2. Mercado jurídico y ordenación	9
IV.	Líneas que se han llevado hasta la fecha en la función de configuración jurídica	11
	1. Negocio jurídico y administración de justicia	11
	2. Configuración jurídica en el derecho individual	12
	a) Derecho de obligaciones – sucesión anticipada	12
	b) Derecho de sociedades – la sucesión en la participación social	14
	c) Derecho hereditario – tipificación de testamentos	16
	d) Derecho familiar – contrato matrimonial	17
	3. Configuración jurídica en el derecho de protección del consumidor	19
	4. Condiciones de la configuración jurídica notarial hasta la fecha	21
	a) Libertad contractual – justicia contractual	21
	b) Justicia contractual mediante autenticación notarial	22
	c) Obligación de forma	25
V.	Configuración jurídica notarial en un mercado jurídico europeo	25
	1. Derecho del consumidor como punta de lanza de la legislación civil europea	25
	2. Creciente complejidad para la solución del conflicto	30
	3. La utilidad de la configuración jurídica notarial para el mercado jurídico	33

4. Sobre la necesidad de un derecho procesal europeo de autenticación	36
VI. Tesis	39

## **I. Introducción**

El legislador europeo de directrices no sólo ha estandarizado de forma definitiva en la directriz llamada “Time-Sharing”<sup>1</sup> (multipropiedad) el contenido obligatorio del contrato, sino un derecho de rescisión preceptivo por parte del comprador. De esta forma, el derecho contractual estará regulado de forma definitiva, la autonomía contractual eliminada para siempre y prorrogada la voluntad de vínculo contractual.

La actividad que configura el contrato se encuentra con esta norma y lleva a preguntarse por la existencia y las posibilidades de la función de configuración jurídica del notario en unas circunstancias en las que el legislador europeo interviene cada vez más en el derecho contractual nacional.

Partiendo del concepto “configuración jurídica” (bajo II) y tomando en consideración la imagen de notario aplicada a su función, la cual recoge la autenticación exclusiva referida a la actividad de las profesiones tradicionales por parte del Tribunal Europeo (bajo III), se deben esbozar y aclarar con ejemplos las líneas visibles hasta la fecha de la función de configuración jurídica del notario (bajo IV).

Con este trasfondo se deben preparar las condiciones modificadas de la configuración jurídica del notario en el mercado jurídico europeo y discutir la idoneidad del marco jurídico para una configuración jurídica notarial autónoma (en V); las tesis resumen el resultado.

## **II. Configuración jurídica – negocio jurídico**

### **1. Acerca del concepto**

La configuración jurídica es la realización de la idea jurídica<sup>2</sup>. El derecho positivo presupone la configuración jurídica, es su resultado. Y es que el derecho no sólo gana cuerpo mediante el legislador, sino mediante la realidad jurídica como motor del desarrollo continuo del derecho, en la medida en que ello es posible dentro del marco de validez del derecho positivo. Organizadores son tanto los juristas que toman decisiones en el marco del perfeccionamiento judicial del derecho como los juristas con actividad

---

<sup>1</sup> Directriz 94/97 CE, Boletín Oficial (AbIEG) núm. L 280/83 del 29.10.1994

<sup>2</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie [Filosofía del Derecho], 8ª ed., Stuttgart 1973, pág. 180, 183 ss.

preventiva en especial los notarios en su confrontación continua con cuestiones relativas al hecho jurídico, las cuales cobran una gran significación por lo habituales o particulares que son.

La configuración jurídica se debe diferenciar del concepto de “aplicación jurídica”, que se limita a la interpretación del derecho positivo por contexto, génesis y finalidad<sup>3</sup>.

Mientras que la aplicación jurídica significa la aplicación de los métodos jurídicos reconocidos<sup>4</sup>, la configuración jurídica necesita un amplio espacio para soluciones de problemas que modifican o complementan el derecho positivo.

## **2. Doctrina del negocio jurídico y configuración jurídica**

La configuración jurídica que lleva a cabo el notario se refiere en primer lugar a negocios jurídicos<sup>5</sup>. Éstos, que son el resultado intencionado de las consecuencias jurídicas, expresan el principio de autodeterminación del hombre. De ahí que el Código Civil presuponga la libertad contractual y la libertad de certificación como características esenciales del comercio autónomo privado<sup>6</sup>, el cual, por supuesto, sólo se garantiza en el marco de los límites de las leyes constitucionales. Éstas decretan que hay que impedir el desequilibrio social y económico para no convertir la autodeterminación en una disposición ajena sin límites para la otra parte<sup>7</sup>.

La libertad de conclusión de negocios jurídicos y la libertad de configuración de contenidos está limitada en el Código Civil por gran número de normas preceptivas, pero no está sujeta a un control general judicial de contenidos<sup>8</sup>. El § 242 del Código Civil manifiesta únicamente un control de equidad de contenidos, el cual no faculta, en el

---

<sup>3</sup> Savigny, Sistema del Derecho Romano actual I, 1840, pág. 212 ss.

<sup>4</sup> Langenfeld, Vertragsgestaltung [Configuración del contrato], 2ª ed., 1997, pág. 7 ss.

<sup>5</sup> El § 20 párr. 1 de la Ley de Notarios (BnotO) nombra en primer lugar como tarea del notario su competencia como autenticador, la base de la cual es la autenticación de las declaraciones de voluntad, §§ 6 ss. ley de documentación (BeurkG). Junto a estos certificados, también hay otros tipos de documentos, la actividad de certificación y el resto del asesoramiento notarial en el marco de la judicatura preventiva, Seybold/Schippel/ Reithmann, Bundesnotarordnung [Ley de Notarios federal], 7ª ed. 2000, antes de §§ 20 hasta 25 núm. marginal 2 ss.

<sup>6</sup> Palandt-Heinrichs, 60ª edición 2000, resto del § 104 núm. marginal 1

<sup>7</sup> Tribunal Federal Constitucional (BverfG), Nueva revista semanal jurídica (NJW) 1990 pág. 1449 ss., 1470; NJW 1994 pág. 36 ss. 38

<sup>8</sup> Contra un control de contenidos de los contratos del derecho privado véase Lieb, Schutzbedürftigkeit oder Eigenverantwortlichkeit? (¿Necesidad de protección o responsabilidad propia?) Revista notarial alemana (DnotZ) 1989 pág. 274 ss., 284

marco de la atención judicial a posteriori, para reemplazar las consecuencias judiciales originadas en casos aislados por la actuación en negocios jurídicos por unas hipotéticamente más “adecuadas” o “convenientes”. La jurisprudencia sólo pone una barrera a la administración de justicia en aquellos lugares en los que se llegue a unos resultados intolerables, claramente incompatibles con el derecho y la justicia<sup>9</sup>.

La ley que entró en vigor en el año 1977 para regular el derecho de las condiciones generales de contrato<sup>10</sup> no significó - a pesar de la disposición expresa del control de contenidos - un alejamiento de la idea de autonomía privada, ya que no se vinculaba a la eliminación de las inevitables situaciones de desequilibrio que se producen en el derecho contractual<sup>11</sup>, sino a la “imposición” de condiciones contractuales preformuladas y con ello al posible abuso de la superioridad económica del usuario<sup>12</sup>, la cual excluye una configuración autónoma privada en contratos estandarizados del negocio moderno colectivo.

Sólo la idea recogida en las condiciones generales de contrato sobre la protección del consumidor, § 24 a de la Ley sobre las condiciones generales de contrato (AGBG), se separa de este modelo debido a la modificación de la directriz comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores<sup>13</sup>, subordinando la inferioridad estructural del consumidor<sup>14</sup> por derogación o complemento de normas legales, independientemente de si la otra parte del contrato ha impuesto realmente unas condiciones contractuales preformuladas o existe concretamente una inferioridad del consumidor. El derecho comunitario ha puesto en duda por primera vez la presunción fundamental de comprensión del Código Civil con relación a los negocios jurídicos<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Tribunal Supremo Federal (BGH), NJW 1985 pág. 2579 ss., 2580; NJW 1987 pág. 1069 s., 1070

<sup>10</sup> B.O.E. alemán (BGBl) 1976 I pág. 3317

<sup>11</sup> Lieb, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge (¿Derecho privado especial para situaciones de desequilibrio? Reflexiones sobre el campo de aplicación de los llamados controles de contenido de los contratos del derecho privado), AcP 178 pág. 196 ss., 204

<sup>12</sup> Recopilación Oficial de la Jurisdicción Civil del Tribunal Supremo Federal (BGHZ) 22 pág. 90 ss., 94

<sup>13</sup> Boletín Oficial de la CE (AbIEG), núm. L 95 del 21.5.1993, pág. 29

<sup>14</sup> Reich, Europäisches Verbraucherrecht (derecho europeo del consumidor), 3ª ed. 1996, pág. 326

<sup>15</sup> Las directrices —que son anteriores— sobre negocios a domicilio (1985), sobre créditos al consumidor (1986) y sobre viajes a forfait (1990) —véase nota 76— sólo han llegado (con la misma aplicación) a ámbitos especiales.

### **III. Condiciones funcionales de la configuración jurídica notarial**

#### **1. Cargo público – campo de actividad funcional**

La configuración jurídica notarial se lleva a cabo dentro del marco determinado por el derecho profesional. Su característica nacional decisiva es el concepto “cargo público”<sup>16</sup>, es decir, un ámbito de función institucionalizado de carácter estatal<sup>17</sup>, que se debe considerar como percepción de competencias de soberanía en el conjunto de la administración estatal.

El traspaso de estas tareas de administración de justicia al notario se realiza con el fin de asegurar la independencia en el desempeño de la función frente a la autoridad pública y los clientes, lo que acerca al notario al juez y le diferencia de los funcionarios sujetos a las instrucciones<sup>18</sup>.

El campo de tareas asignado al notario nombra de modo general en el § 1 de la Ley de notarios (BnotO) la autenticación de procesos judiciales y luego otras tareas en el ámbito de la administración de justicia preventiva, la cual adquiere una cualificación de soberanía por su asignación bajo el concepto de cargo público: el traspaso del cargo público al notario demuestra su actividad exclusiva y absolutamente soberana y con ello el elevado carácter de todas las tareas de las que se hace cargo; excluye la adopción de una profesión libre y cualquier actividad industrial<sup>19</sup>.

El punto de vista nacional de que no se puede compatibilizar un cargo público con un perfil profesional de soberanía no se corresponde con la aplicación de la administración de justicia del Tribunal Europeo. Éste —confrontado con los más diversos perfiles profesionales tradicionales de los países miembros de la Unión Europea— se ha visto obligado a una comprobación de su actividad debido al supuesto excepcional del poder público en el artículo 45 del Tratado de Creación de la CE (EGV) (Amsterdam): el poder público no se ejercerá porque lo cualifique el legislador nacional en un caso aislado, sino

---

<sup>16</sup> § 1 de la Ley de Notarios (BnotO)

<sup>17</sup> Seybold/Schippel/Schippel, ya citado en nota 5, § 1 núm. marginal 7, Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Ley Federal de Notarios), 4ª ed. 2000, § 1 núm. marginal 6

<sup>18</sup> Seybold/Schippel/Schippel, ya citado en nota 5, § 1 núm. marginal 16 ss.; Pfeiffer, Der Notar in unserem Rechtsstaat (El notario en nuestro estado de derecho), DNotZ 1981 pág. 5 ss., 7

<sup>19</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, ya citado en nota 17, § 2 núm. marginal 6

sólo cuando se haya reconocido que está relacionado con la actividad tanto de forma funcional como concreta<sup>20</sup>.

De ahí que la función de configuración jurídica del notario sólo se pueda ver en el futuro basándose en la implantación del derecho profesional europeo. El cargo público anclado en el derecho nacional no crea una función a partir de un punto de vista relativo a una actividad, sino que lo crean aquellos rasgos específicos que caracterizan la actividad notarial al llevar a cabo prestaciones concretas. En cambio, sólo la comprensión del cargo no establece un carácter especial en la organización notarial. Ésta sólo se puede considerar y describir como una prestación perceptible en el mercado jurídico. Los criterios son el punto de vista orientado a la oferta del proveedor de servicios jurídicos, el punto de vista orientado a los resultados de los que toman parte en el negocio jurídico y el interés de regulación del mercado de la comunidad jurídica.

Desde el punto de vista (orientado a la oferta) del notario como proveedor de servicios jurídicos como esencia de la noción de cargo, por decirlo así la actividad notarial se caracteriza por:

- la independencia frente a la autoridad pública y los clientes,
- la imparcialidad en el desempeño de las tareas.

La independencia y la imparcialidad diferencian básicamente cada configuración judicial del notario de todas las otras ofertas de servicios jurídicos del mercado judicial, ya que sólo el notario está obligado a cumplir esos dos elementos<sup>21</sup> a la hora de desempeñar su

---

<sup>20</sup> Básicamente Tribunal Europeo (EuGH) RS 2/74 del 21.06.1974 (Reyners) = NJW 1975 pág. 513 ss.; Fischer, Die Rechtsstellung des deutschen Notars im Recht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (La posición jurídica del notario alemán en el derecho de la Comunidad Económica Europea), DNotZ 1989 pág. 467 ss. 479 s.; para una aplicación funcional, Richter, EG-Recht und deutsches Notariat - Versuch einer Standortbestimmung vor der Verwirklichung des Binnenmarktes – (Derecho comunitario y notariados alemanes —Intento de una determinación de la posición ante la realidad del mercado interno—), MittBayNot 1990 pág. 1 ss. 4; Heinz, Europa - Chance oder Bedrohung für unser Notariat (Europa: oportunidad o amenaza para nuestros notariados), Boletín de la Abogacía (AnwBl) 2000 pág. 562 ss. 569.

<sup>21</sup> En cambio, la obligación fundamental del abogado es no representar intereses opuestos, § 43 a p. 4 Ley federal de Abogacía (BRAO), la del asesor fiscal el ayudar al cliente en las cuestiones fiscales, § 3 de la ley de asesoría fiscal; únicamente el revisor de cuentas está obligado a ser imparcial a la hora de redactar los informes y dictámenes, § 17 p. 1 de la ley de revisores de cuentas (WPO).

tarea por medio de las normas jurídicas profesionales más estrictas<sup>22</sup>. La configuración jurídica del notario no tiene que ayudar a conseguir la victoria parcial de una parte, sino a lograr la justicia en el contrato.

De la visión orientada a los resultados de los implicados hay que destacar sobre todo una cosa del producto de la configuración jurídica notarial: la escritura pública, la cual sólo la puede levantar el notario, ninguno de los otros proveedores de servicios judiciales puede hacerlo. Su utilidad se desprende

- de su ejecutabilidad inmediata, § 749 párr. 1 núm. 5 código procesal civil,
- de su mayor fuerza probatoria, sobre todo en lo que se refiere a las circunstancias de tiempo y espacio, §§ 415, 418 código procesal civil<sup>23</sup>,
- efectividad jurídica por imperativo de forma<sup>24</sup>, en particular en contratos inmobiliarios, contratos matrimoniales, contratos hereditarios, contratos de sociedades de personas jurídicas, transmisión de acciones, cambio de status de personas jurídicas y actas de juntas generales de accionistas de sociedades anónimas.

La calidad especial de la actividad notarial en el mercado jurídico se complementa, desde el punto de vista del consumidor de servicios jurídicos, mediante dos características esenciales de la actividad que se encuentran fuera de la independencia e imparcialidad que se suponen en la función y de ahí que se puedan considerar competencia de otros proveedores de servicios jurídicos como

- el asesoramiento ejecutivo a la hora de registrar las escrituras<sup>25</sup> y
- la especialización como presupuesto profesional para la configuración jurídica.

## 2. Mercado jurídico y ordenación

---

<sup>22</sup> § 14 párr. 1 pág. 2 BnotO, §§ 3, 6, 17 BeurkG

<sup>23</sup> Sólo se permite la demostración de la autenticación incorrecta, § 415 párr. 2 del código procesal civil

<sup>24</sup> El Código Civil dispone por principio la nulidad del negocio jurídico si se infringe una forma prescrita legalmente, § 125 CC; sólo es posible un restablecimiento con una disposición expresa de las reglas especiales de forma

<sup>25</sup> Ciertamente el § 53 BeurkG (ley de documentos) sólo prevé deberes limitados de ejecución, los cuales, por cierto, se cubren en la práctica por una amplia actividad de ejecución apoyada en el § 24 BNotO, Seybold/ Schippel/ Reithmann, citado en la nota 5, § 15 núm. marginal 27 ss.



El funcionamiento del mercado jurídico se determina evidentemente por la oferta y la demanda; al mismo tiempo, el mercado está muy regulado; no se permite ni una oferta “libre” ni una demanda semejante. La razón de la regulación es que a pesar de que el “derecho” se vea como mercancía desde el punto de vista del demandante, desde el punto de vista de la comunidad jurídica representa la ordenación de la convivencia, la cual se manifiesta en la tríada de justicia, conveniencia y seguridad jurídica<sup>26</sup>.

De ahí que la demanda de servicios jurídicos por parte del consumidor esté estrechamente unida a la ordenación del derecho positivo, el cual canaliza los servicios jurídicos demandados y determina su contenido. Hay que diferenciar básicamente dos ámbitos: el ámbito consensual de los negocios jurídicos y el ámbito contradictorio de la judicatura.

También en el lado de la oferta se imponen las regulaciones más estrictas y determinan aquellas condiciones en las que se pueden llevar a cabo los servicios jurídicos. Se ha determinado de forma decisiva la oferta de los distintos proveedores de servicios jurídicos mediante su ordenación profesional, la cual les otorga una función determinada en el mercado jurídico. No deben representar los intereses de una parte (abogado, asesor fiscal y revisor de cuentas fuera de su actividad como tal) o sólo deben actuar de forma exclusivamente imparcial (notario, revisor de cuentas en el marco de su actividad auditora).

La oferta de servicios para preparar sentencias judiciales —el ámbito contradictorio— requiere forzosamente salvaguardar los intereses de las partes, mientras que el ámbito consensual está abierto en principio a un servicio imparcial de lo que es el derecho.

La ordenación del mercado en los negocios jurídicos debe regular la relación conflictiva entre libertad y justicia. Como la representación de las partes sirve a los intereses contractuales de la parte representada y, con ello, a su libertad, sólo se puede esperar justicia contractual en caso de que haya igualdad en el contrato y también una representación de la otra parte contratante. Para todos los casos de disparidad se debe crear una justicia contractual por medio de la ordenación. Junto a disposiciones legales preceptivas, las cuales limitan de forma importante la libertad contractual, los requisitos en la forma del negocio jurídico son el medio más suave con el que se llega a la relación

---

<sup>26</sup> Radbruch, citado en la nota 2, pág. 164

entre la forma y el contenido del negocio jurídico: por lo tanto, la forma, como regulación previa legal de prevenciones adecuadas que tiene que asegurar que la voluntad real de las dos partes contractuales quede reflejada en el contrato y que la reconozcan las partes contractuales en toda su extensión, debe ser una forma “interna”.

Condición para la implantación de la forma interna como alternativa a una regulación previa preceptiva del ámbito consensual es únicamente asegurarse institucionalmente de la imparcialidad del ofertante y tomar en consideración de forma adecuada la prestación de servicio que se origina con este procedimiento en el mercado. De ahí que desde el punto de vista de la comunidad jurídica se expresen buenas razones para la oferta de servicios notariales, puesto que la configuración jurídica imparcial para el mercado anticipa la función judicial de decisión en los litigios en el ámbito del consenso voluntario con la participación de notarios imparciales. Y resulta una descarga de trabajo para los tribunales<sup>27</sup>.

El clamor por la liberalización del mercado jurídico<sup>28</sup> aspira unidimensionalmente a conseguir una oferta uniforme de todos los servicios jurídicos por parte de todos los proveedores de éstos. El motivo es el desarrollo económico de este mercado, pasándose por alto que la liberalización de las estructuras de oferta del mercado va a requerir una reorganización de las condiciones del mercado<sup>29</sup> por parte del legislador, lo que irá en perjuicio de la conformación individual y de libertad de las relaciones del derecho privado de los individuos a la hora de utilizar el artículo “derecho”. La liberalización de los ofertantes origina un aumento de la ordenación de los concurrentes en el mercado. Si no se sigue esta implantación discutible en política jurídica, la oferta de organización independiente e imparcial del notario tendrá un puesto fijo en el mercado jurídico. Su

---

<sup>27</sup> Para la descarga de la jurisprudencia en general, véase Wagner, Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit - Bestandsaufnahme und Perspektiven (Descarga de la jurisprudencia mediante la actividad notarial: toma de posición y perspectivas), DNotZ 1998 núm. especial pág. 34 ss., así como las propuestas de la Cámara Federal de Notarios para descargar la jurisprudencia mediante los notarios en el informe sobre la actividad de la Cámara Federal de Notarios del año 1997, DNotZ 1998 pág. 514 ss., 525 s., 530 s.

<sup>28</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, Una estrategia de mercado interior para el sector servicios, Notificación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo del 29.12.2000, número 3. (2) propone revocar por partes las disposiciones judiciales innecesarias y a menudo contradictorias del tráfico comercial que sobrepasa las fronteras.

<sup>29</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, La estrategia para el mercado interior, Notificación al Consejo y al Parlamento Europeo del 11.01.2001 pág. 6 propone un libro verde sobre el acceso al derecho y a los recursos legales para consumidores.

campo de actividad también se puede justificar desde consideraciones funcionales porque está obligado a hacer realidad la justicia contractual.

#### **IV. Líneas que se han llevado hasta la fecha en la función de configuración jurídica**

##### **1. Negocio jurídico y administración de justicia**

La ordenanza de notarios alemanes se abstiene de describir el contenido del campo de actividades notariales. El ámbito de los negocios jurídicos sólo se aborda a través de las competencias exclusivas del notario para las autorizaciones notariales, competencias que no sólo se limitan a las declaraciones de voluntad; el concepto de autorización notarial también recoge las actas y las otras declaraciones<sup>30</sup>.

El asesoramiento jurídico por parte del notario se limita en la ley de notarios alemana al ámbito de la jurisprudencia preventiva, la cual se describe como una serie de tareas que no tienen que ser adoptadas necesariamente por el estamento público, si bien se deben ver como tareas estatales que se le atribuyen a la justicia<sup>31</sup>, por lo que se trata de clarificar y garantizar las relaciones del derecho privado.

Las competencias exclusivas de autenticación por parte del notario —normalizadas en el derecho real alemán— en derecho inmobiliario, derecho de sociedades, derecho de familia y hereditario, han llevado a una serie de puntos fundamentales en actividades del negocio jurídico, en los que se ha podido demostrar de forma convincente la función de configuración jurídica del notario. De ahí que no se tomen en consideración las otras tareas notariales de administración de justicia.

El siguiente caso debe servir para mostrar los subsiguientes ejemplos de la función de configuración jurídica:

*El empresario K. elabora sistemas de control de calefacción y quiere ofrecer en el futuro su montaje al consumidor final. Después de la muerte de su mujer ha decidido volverse a casar.*

---

<sup>30</sup> Seybold/Schippel/Reithmann, ya citado en la nota 5, § 20 núm. marginal 4 ss.

<sup>31</sup> Seybold/Schippel/Reithmann, ya citado en la nota 5, § 24 núm. marginal 9

*Su hijo S., soltero, que lleva ya varios años trabajando en la empresa —desde que terminó el instituto—, va a tomar parte en lo que ha sido hasta ahora una empresa individual y llevará el negocio en el futuro.*

*Su hija T, casada y con una buena formación, no va a recibir nada del patrimonio empresarial, pero por derecho hereditario se equipará con su hermano mediante la transmisión de bienes inmuebles del patrimonio privado.*

*K. desea asesoramiento sobre la transmisión en vida del patrimonio privado a T.*

- *sobre la constitución de una sociedad con S.*
- *para garantizar el testamento de sus hijos*
- *sobre cómo regular el contrato matrimonial de su segunda boda y*
- *sobre la conformación del contrato de suministro y montaje de los sistemas de control.*

## **2. Configuración jurídica en el derecho individual**

### **a) Derecho de obligaciones – sucesión anticipada**

El derecho de obligaciones alemán regula los negocios jurídicos remunerados en el derecho de compraventa, los negocios jurídicos onerosos en el derecho de donaciones. En nuestro caso lo que no está normalizado es la transmisión de propiedades de K. a T., ya que a esta transmisión le falta un convenio de donación, es decir, el acuerdo subjetivo sobre gratuidad, pues objetivamente la hija no va dar una contrapartida. El motivo del empresario no es en primer lugar su generosidad para con la hija, sino intervenir con el fin de traspasar el patrimonio de la empresa a manos del hijo como relevo generacional sin que haya reclamaciones de la hija.

Junto a este objetivo de primera necesidad, se puede pensar en toda una serie de motivos, como por ejemplo que el empresario se asegure en vida que la hija se va a encargar del abastecimiento en el caso de que fracase el segundo matrimonio del empresario o por la muerte prematura de la mujer<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Encontramos ejemplos de fines de sucesión anticipada en Langenfeld, ya citado en la nota 4, pág. 129

La clasificación dentro del derecho de los negocios jurídicos es de la mayor importancia para los implicados, ya que al realizarse una donación existe para el donante un derecho legal de reclamación por necesidad, así como un derecho de revocación si el donatario ha dado claras muestras de su ingratitud<sup>33</sup>. También la delimitación de una “dotación” del patrimonio paterno en virtud del § 1624 CC, cuya causa jurídica según la norma legal no es una donación, sino una causa sui generis, puede tener consecuencias jurídicas considerables, ya que lleva a una obligación de compensación regulada legalmente si se introduce la sucesión legal entre descendientes, § 2050 párr. 1 CC<sup>34</sup>, y si no se toma en consideración la reclamación de una acción ad supplementum de la legítima de los legitimarios que no han participado en la sucesión<sup>35</sup>.

En lo que se refiere a la participación del hijo en lo que era hasta entonces una empresa individual, parece que nuestro caso va a terminar en la existencia de una dotación—en virtud de su trabajo intensivo— y con ello en una equiparación con la hermana, que tiene estudios. La transmisión de los bienes inmuebles se podría ver—si no conocemos la serie de motivos descritos— como la donación a favor de la hija. Por cierto, que puede haber dos donaciones, en la medida en la que la participación del hijo excluye su valor después de una dotación.

En último lugar, en la mayoría de los casos podría haber una mezcla de donación, dotación y división de patrimonio en vida con el fin de evitar cualquier litigio, mezcla sobre la que no se adecuarían—o lo harían sólo en parte— las consecuencias jurídicas de los tipos de contratos regulados en el Código Civil.

La configuración notarial del contrato ha conformado el tipo de contrato no regulado legalmente “sucesión anticipada”<sup>36</sup> de una forma muy diversa para ofrecer las cautelas correspondientes a la voluntad de los justiciables. Los puntos básicos de la configuración son:

---

<sup>33</sup> En el caso de que haya un negocio jurídico con una parte onerosa y otra gratuita (donación mixta), las dos partes del contrato se tratarán por separado; el derecho de reclamación y de revocación abarca sólo la parte onerosa si predomina el carácter de donación del negocio, Palandt-Putzo, ya citado en la nota 6, § 516 núm. marginal 15 ss.

<sup>34</sup> Sin embargo, sólo tendrá lugar un abono en cuenta sobre la parte legítima en caso de que haya una disposición expresa de ese abono, Palandt-Edenhofer, ya citado en la nota 6, § 2315 núm. marginal 1

<sup>35</sup> Comentario de Munich/Frank, vol. 9, 3ª ed. 1997, § 2325 núm. marginal 13

<sup>36</sup> Mayer, La reclamación de las sucesiones anticipadas, DNotZ 1996 pág. 604 ss., 609 s.

- el seguro de abastecimiento en vida, por ejemplo por la cláusula de utilización o acuerdos de aprovisionamiento;
- la prevención de fallos en vida por medio de la reserva de devolución o revocación, limitada de forma general o según el supuesto;
- en caso de muerte, evitar los litigios entre los herederos y asegurar las disposiciones de sucesión, en particular con respecto al derecho de la legítima.

El estado incompleto del ordenamiento legal, que no ofrece otro tipo de contrato limitado por contenido entre el negocio jurídico oneroso y el gratuito<sup>37</sup>, fue el que provocó la configuración jurídica del notario. No se ha originado un modelo contractual uniforme, sino un tipo abierto<sup>38</sup>, determinado por los distintos motivos y con ello subjetivo.

#### **b) Derecho de sociedades - la sucesión en la participación social**

La empresa de K., llevada hasta ahora de forma individual, se convertirá en sociedad con la participación del hijo; para ello, pueden elegir entre la forma jurídica de sociedad de capital y de sociedad personal, entre ellas también la sociedad comanditaria<sup>39</sup>, en la que los socios sólo son responsables en parte y que, sin embargo, funciona fiscalmente como una sociedad personal<sup>40</sup>. La elección de la forma jurídica está determinada en gran medida por cuestiones fiscales, pero también por consideraciones de derecho civil a largo

---

<sup>37</sup> La donación mixta, en relación con su tratamiento jurídico por separado en virtud de la parte onerosa y la gratuita, no se debe ver como un tipo de contrato en sí, véase más arriba la nota 33.

<sup>38</sup> Spiegelberger, Vermögensnachfolge (sucesión patrimonial), 1994 núm. marginal. 12 ss. Otros ejemplos importantes de la configuración jurídica del notario en el derecho de obligaciones son la donación condicionada por el matrimonio, véase al respecto Morhard, "Unbenannte Zuwendungen" zwischen Ehegatten - Rechtsfolgen und Grenzen der Vertragsgestaltung ("Donaciones anónimas" entre cónyuges: consecuencias jurídicas y límites de la configuración contractual), NJW 1987 pág. 1734 ss.; Grziwotz, Die zweite Spur - ein (neuer) Weg zur Gerechtigkeit zwischen Ehegatten (La segunda pista: un (nuevo) camino hacia la justicia entre los cónyuges), DNotZ 2000 pág. 486 ss., 491 s., así como la idea de garantizar las reclamaciones de los derechos de obligaciones mediante la introducción de una nota preliminar en el Código Civil: véase al respecto a modo de ejemplo Amann, Keine Vormerkung eigenständiger Übereignungspflichten des Erben oder des jeweiligen Eigentümers (No hay notas preliminares sobre las obligaciones de traspaso de la herencia o del propietario en cuestión), DNotZ 1995 pág. 252 ss.

<sup>39</sup> Von Hartmann, Einflüsse und Aufgaben der Kautelarjurisprudenz im Recht der Personengesellschaft, (Influencias y tareas de la jurisprudencia cautelar en el derecho de la sociedad personal), DNotZ 1989, núm. especial, pág. 63 ss., 72 lo caracteriza como "ejemplo clásico" el poder de creación de la jurisprudencia cautelar.

<sup>40</sup> Reithmann, Der Beitrag des Notars zur Rechtsentwicklung (Contribución del notario a la evolución jurídica), DNotZ 1977, núm. especial, pág. 5 ss., 20

plazo, como la adquisición de capital y la continuación de la empresa o las posibilidades de influencia del socio que tiene la mayoría (K.) en la gestión de la empresa.

Es en particular en el derecho de sociedades personales donde la jurisprudencia cautelar tiene toda una serie de evoluciones jurídicas o ajustes con los que logra una realidad jurídica cambiante en lo que se refiere a la transmisión de participaciones sociales, la conformación del principio de mayoría o la concesión de derechos de uso al derecho primitivo de beneficios<sup>41</sup>.

El ejemplo más llamativo de configuración jurídica notarial en el derecho de sociedades es la solución de los problemas de sucesión al morir uno de los socios de una sociedad personal, contenida en el § 131 Núm. 4 del Código de Comercio, abolido hace poco, que para este caso disponía la disolución de la sociedad y con ello consecuencias civiles y tributarias devastadoras.

El § 131 pár. 3 Núm. 1 del Código de Comercio, que es el actualmente en vigor (y de carácter más suave), parte de una eliminación del socio fallecido en caso de que se desee la continuidad de la sociedad, pero sigue dejando sin regular la heredabilidad de la participación social del fallecido.

La sucesión jurídica en la participación social se puede determinar por el derecho de sociedades o el hereditario; en caso de una situación jurídica incongruente se pone en duda la norma de derecho de sociedades<sup>42</sup>; se puede introducir, a modo de ejemplo, un vínculo existente de sucesión.

La versión en vigor actualmente del § 131 de Código de Comercio sólo hace necesaria la cláusula de continuación desarrollada por el derecho cautelar, es decir, la continuación de la sociedad sin los herederos del fallecido, en el caso de una sociedad de dos personas<sup>43</sup>. En cambio, una norma de sucesión activa necesita —también dentro del derecho en vigor de la norma de contrato de sociedad que se acuerde una heredabilidad directa - cláusula de sucesión - o la incorporación en el negocio jurídico del sucesor en la sociedad cláusula de entrada. Debido a la complejidad de las circunstancias vitales, las dos cláusulas han experimentado diferentes traducciones, la cláusula de sucesión desde una simple sucesión

---

<sup>41</sup> Hartmann, citado en la nota 39, pág. 72 ss.

<sup>42</sup> Klein en el Manual de derecho de sociedades de Munich, vol. 2 1991, § 44 núm. marginal 2

<sup>43</sup> Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch (Código de Comercio), 30ª ed., § 131 núm. marginal 19

hereditaria de las participaciones hasta una regulación detallada del número, de la persona o de la cualificación del sucesor<sup>44</sup>.

La necesidad de configuración, mostrada a modo de ejemplo, en los contratos de sociedades está determinada por la necesidad de una normativa relativa a los casos particulares y con ello por el elemento subjetivo, ya que se carece de ordenamientos legales preceptivos y detallados. Por lo demás, sigue llamando la atención la disolución en vigor sin acuerdo contractual de la sociedad en caso de muerte de un socio, lo que, con razón, no ha encontrado aceptación alguna en la práctica jurídica.

### c) **Derecho hereditario: tipificación de testamentos**

El orden de sucesión legal en caso de fallecimiento de K., es decir, la recepción en comunidad hereditaria del patrimonio por parte de los dos hijos a partes iguales<sup>45</sup>, no se corresponde con los deseos del fallecido. La libertad de hacer testamento garantizada por la Constitución permite a K. hacer las disposiciones que quiera sobre su herencia. A continuación, para un testamento es determinante la existencia de un capital empresarial y uno privado, así como una disposición de sucesión preferente de contrato de sociedad y el derecho a la legítima de los descendientes. El capital empresarial es parte de la base profesional de S. y tributable como actividad empresarial; el capital privado no es, por principio, tributable<sup>46</sup> ni posee un valor, independientemente de los cambios del mercado a corto plazo.

El vínculo testamentario con los diferentes tipos de patrimonio se tendrá que ampliar con el nuevo matrimonio de K. y convertirse en un vínculo personal: junto a los dos tipos de matrimonio, se tendrán que equilibrar los intereses divergentes entre los hijos y la segunda mujer, lo que hace suponer una configuración muy compleja y que se debe llevar a cabo para este caso en concreto. Para ello, se debe partir siempre del objetivo de regulación del testador, debiéndose buscar su realización en el marco del instrumental legal del derecho hereditario. En caso de varios objetivos, se tratará de conseguir su armonización o de tener en cuenta un orden, en caso necesario con participación contractual de los herederos, § 1941 CC.

---

<sup>44</sup> Klein, citado en la nota 42, § 44 núm. marginal 26

<sup>45</sup> Una vez que se ha realizado el matrimonio sin contrato matrimonial, la cuota será de una cuarta parte para cada uno y la cónyuge heredará la mitad, §§ 1931 pár. 1, 1371 pár. 1 CC.

<sup>46</sup> Excepto en caso de su uso especulativo en el sentido del § 23 de la Ley del IRPF (EStG).



La jurisprudencia cautelar ha renovado los objetivos típicos de regulación y ofrece modelos de solución que también incluyen las ideas sobre objetivos especiales del difunto, por ejemplo que el testador ejerza influencia más allá de su muerte o la donación separada de uso y sustancia de la herencia.

Como modelos de última voluntad en el ámbito privado se han nombrado por ejemplo: el testamento de los cónyuges separados, la disposición de padres con hijos discapacitados, así como la disposición de compañeros de una convivencia no matrimonial. Los tipos de regulación del ámbito empresarial son la donación de derechos de uso en la participación empresarial o la determinación del sucesor de la empresa por medio de terceros<sup>47</sup>.

Estos ejemplos muestran la sinceridad decisiva del derecho hereditario para la configuración jurídica. Partiendo de la formación de tipos, éstos se definen con la disposición de objetivos propuestos y garantizados jurídicamente mediante cautelas de derecho hereditario.

#### **d) Derecho familiar - contrato matrimonial**

Con el matrimonio que pretende celebrar K. se origina el derecho hereditario del cónyuge; En caso de divorcio, se originará un derecho de la cónyuge a las ganancias logradas durante el matrimonio. Este derecho, junto con las posibles consecuencias financieras de la separación, están en relación directa con el adelanto de la sucesión que pretende K. en favor de T., la participación en la sociedad por parte de S. y la disposición por fallecimiento. Cada configuración contractual debe tener en cuenta ahora tanto el derecho a la legítima de la cónyuge por fallecimiento como también el derecho en vida a la compensación de las ganancias en caso de divorcio.

Junto al régimen matrimonial a elegir de comunidad de bienes y separación de bienes<sup>48</sup>, el derecho hereditario está abierto a modificaciones de la comunidad de bienes legal en el sentido más amplio<sup>49</sup> con los límites de las reglas generales de validez del derecho

---

<sup>47</sup> Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung (Manual de la configuración del testamento), 2ª ed. 2000, núm. marginal 1276 ss.

<sup>48</sup> §§ 1414 ss. CC

<sup>49</sup> Langenfeld, Möglichkeiten und Grenzen notarieller Vertragsgestaltung bei Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen (Posibilidades y límites de la configuración contractual notarial en los

contractual, § 134 CC (infracción de una prohibición legal) y § 138 CC (infracción contra las buenas costumbres). La libertad contractual del derecho matrimonial no está sujeta al control de contenido judicial en lo referente a su adecuación<sup>50</sup>, pero sí a un control de su ejecución derivado de la regla de equidad del § 242 CC referente a la ejecución y posibilidad de llevar a cabo en determinados períodos o circunstancias<sup>51</sup>, como por ejemplo si se produce un suceso posterior e imprevisto o en caso de que no se tomen en cuenta al principio los intereses de una parte.

Las modificaciones del régimen matrimonial legal, que parte de la separación de bienes de los cónyuges, se refieren al “principio de partición en dos”<sup>52</sup> en caso de fallecimiento o de fracaso del matrimonio. La partición en dos de las ganancias del matrimonio puede tener unas consecuencias casi inaceptables para el cónyuge que ha generado esa ganancia, siendo injustamente beneficiosas para el otro cónyuge: si fracasa el segundo matrimonio de K. y éste ha generado grandes beneficios durante el matrimonio —tras la formación de su empresa antes de éste— no se puede justificar el principio de partición en dos a favor de la mujer que está tramitando el divorcio.

Puntos de partida típicos para la modificación son el fracaso del matrimonio y el retiro de elementos integrantes del patrimonio del principio de partición en dos, es decir, la formación de varias masas patrimoniales y con ello la limitación de la compensación de ganancias de determinadas partes de las ganancias generadas durante el matrimonio<sup>53</sup>. Es posible un gran número de gradaciones y se pueden unir contractualmente con la disposición contractual conjunta —conocida por el derecho alemán— de los cónyuges por fallecimiento (contrato matrimonial y hereditario)<sup>54</sup>.

---

contratos matrimoniales y acuerdos de separación), DNotZ 1985 número especial pág. 167 ss., 170. Se exceptúa la referencia a un derecho que ya no está en vigor o al derecho extranjero en virtud de § 1409 CC.

<sup>50</sup> Gerber, Diskussionsbeitrag (Aportación al debate), DNotZ 1998, núm. especial pág. 298

<sup>51</sup> Grziwotz, Vertragsobjekt Ehe und Partnerschaft (Objeto contractual matrimonio y sociedad conyugal), DNotZ 1998, núm. especial 228 ss./260

<sup>52</sup> Münchner Kommentar (Comentario de Munich)/Kanzleiter, vol. 7, 4ª ed. 2000, antes de § 1408 núm. marginal 17

<sup>53</sup> Münchner Kommentar(Comentario de Munich)/Kanzleiter, citado en la nota 52, § 1408 núm. marginal 14

<sup>54</sup> Nieder, citado en la nota 47, núm. marginal 1098

También la compensación ordenada legalmente de todas expectativas y perspectivas de los cónyuges sobre una provisión por edad, incapacidad laboral o productiva, es susceptible de acuerdos en el contrato de matrimonio, los cuales pueden ir desde una exclusión total, pasando por toda una serie de formas de exclusión parcial hasta otros tipos de compensación.

En general, los resultados del derecho hereditario se pueden trasladar a los contratos matrimoniales: la libertad contractual garantizada por la ley ha llevado, con el trasfondo de la formación de tipificaciones, a una fuerte distinción de las cautelas que posibilitan las configuraciones más individuales. Éstas son posibles en los cuatro campos del derecho, ilustradas con ejemplos, en marcos legales más amplios o más estrechos, y exigen la configuración jurídica notarial. Y la configuración no sólo significa la evolución posterior y concretización del contenido de la ordenación en cada uno de los campos jurídicos, sino el resultado conjunto de todos los acuerdos que persigue K.: la renuncia de la esposa de K. a la legítima que se ha manifestado a modo de ejemplo en el contrato matrimonial lleva a libertades testamentarias que pueden evitar una sucesión anticipada.

### **3. Configuración jurídica en el derecho de protección del consumidor**

El contrato de suministro y montaje de los sistemas de control fabricados por K. es un contrato de consumidor en el sentido del § 24 a de la Ley sobre las condiciones generales de contrato (AGBG). La configuración del contrato debe tener en cuenta, como bases jurídicas, el derecho de compraventa en lo referente al suministro y el derecho de contrato laboral respecto al montaje; Se deben anular las interferencias de los dos tipos de contratos reglamentados, como, por ejemplo, la garantía a causa de desperfectos objetivos, otorgándole preferencia al derecho de contrato laboral<sup>55</sup>.

Cada disposición contractual que diverja de la ley en el contrato de consumidor está sujeta al control de contenido, § 8 de la Ley sobre las condiciones generales de contrato. La concepción del contrato significa una aplicación —extremadamente compleja— de las tres bases jurídicas encontradas —derecho de compraventa, derecho de contrato de obra y ley para la reglamentación del derecho de las condiciones generales de contrato— sobre

---

<sup>55</sup> Palandt-Sprau, citado en la nota 6, § 651 núm. marginal 4

el supuesto concreto; a diferencia de los ejemplos anteriores, no se pide configuración jurídica, sino aplicación del derecho.

El contrato de consumidor legalizado notarialmente también está sujeto al control de contenido, incluso cuando su contenido ha sido redactado por el notario y no por el empresario, con independencia de si la cláusula contractual correspondiente se vaya a usar sólo una vez. Únicamente la existencia de un acuerdo individual, sobre cuyo contenido pudiera ejercer influencia el consumidor y que, por lo tanto, no estaría formulado previamente de forma típica, llevará a la exclusión de la aplicación de la ley de protección de las condiciones generales de contrato<sup>56</sup>.

Fuera del contrato de consumidor el § 1 AGBG sigue haciendo referencia a quién es el que pone las condiciones generales de contrato. El empleo de las cautelas propuestas y utilizadas varias veces por el notario —que no toma parte en el contrato—, no abre el camino del control de contenido, ya sea porque se han incluido por encargo de una parte del contrato o una parte hace uso de la cláusula “casi indirecta”<sup>57</sup>.

Los contratos de consumidores entran dentro del campo de actividad notarial en primer lugar en el ámbito del acopio de existencias en sus diferentes conformaciones. Frente a la pérdida de posibilidades de configuración en el contrato del consumidor hay una mayor necesidad de configuración en el terreno de desarrollo de proyectos, condicionada por una creciente juridificación del tráfico terrestre<sup>58</sup> y la aplicación de la ley sobre la propiedad horizontal en viviendas cada vez más exigentes desde el punto de vista constructivo<sup>59</sup>.

#### **4. Condiciones de la configuración jurídica notarial hasta la fecha**

##### **a) Libertad contractual – justicia contractual**

La configuración notarial de las relaciones jurídicas mostrada en los ejemplos presupone un precepto de negocio jurídico, que garantiza al sujeto jurídico libertad de decisión y de

---

<sup>56</sup> § 24 a núm. 2 AGBG

<sup>57</sup> Palandt-Heinrichs, citada en la nota 6, § 1 AGBG núm. marginal 8

<sup>58</sup> Un ejemplo típico es la ampliación de los permisos necesarios por el § 22 de la ley de la construcción (BauGB) referente a la constitución de propiedad horizontal y las obligaciones de acciones administrativas de garantía en virtud del § 4 de la ley federal de protección del suelo.

<sup>59</sup> Véase, Röhl, Das Eingangsflurproblem bei der Unterteilung von Eigentumswohnungen (El problema del descansillo de la escalera en la división de la propiedad horizontal), DNotZ 1998 pág. 345 ss.

contenido en el derecho contractual. El derecho contractual, dispositivo por principio, y la libertad de tipos existente en el derecho de obligaciones que posibilita la conformación de relaciones atípicas y de derecho mixto, han dado lugar a configuraciones que recogen evoluciones reiteradas en la realidad jurídica y solucionan los intereses de las partes contratantes. El margen de configuración notarial se debe determinar por los límites de la autonomía privada.

El pensamiento contractual liberal del Código Civil, partiendo de la suposición de que el procedimiento del mecanismo del contrato y su “corrección” no demasiado difícil de definir legitiman el contrato, no ha respondido lo suficiente a la cuestión de la justicia contractual desde el punto de vista actual<sup>60</sup>. La compensación contractual de intereses sólo se puede esperar en caso de paridad fundamental de las partes contratantes<sup>61</sup>. De ahí que haga falta una base desde la que se pueda hacer uso de la libertad contractual.

Las barreras demasiado indeterminadas como base de §§ 138, 242 CC han sufrido una concretización por la administración de justicia de la Corte Constitucional Federal, la cual exige tomar en consideración los derechos esenciales garantizados por la Constitución al aplicar las cláusulas generales. Si “una de las partes contratantes tiene una superioridad tan fuerte que se pueden disponer de hecho unilateralmente las ordenaciones contractuales, esto tendrá el efecto de una determinación ajena para la otra parte”<sup>62</sup>. Con esta resolución la Corte Constitucional obliga al código civil en configuraciones de caso tipificables que permitan reconocer una inferioridad estructural<sup>63</sup> de una de las partes contratantes y que cargan de forma inusual a la otra parte, a limitar de manera inmanente la autonomía privada, de forma que permita una intervención correctora de la administración de justicia teniéndose en cuenta las circunstancias “que han determinado la elaboración del contrato”<sup>64</sup>.

De ahí que la justicia contractual como límite inmanente de la autonomía privada sea una exigencia con la que se pueda medir la configuración jurídica notarial y con ello el

---

<sup>60</sup> Münchner Kommentar/Kramer vol. 1, 3ª ed. Munich 1993, antes de § 145 núm. marginal 2 ss.

<sup>61</sup> Limmer, Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz (Justicia contractual de los documentos notariales y protección europea al consumidor) en Notario y configuración jurídica, homenaje de los notariados renanos 1998, pág. 15 ss., 27.

<sup>62</sup> Corte Constitucional Federal (BverfG), citado en la nota 7, pág. 1470

<sup>63</sup> BverfG, citado en la nota 7, pág. 38

<sup>64</sup> BVerfG, citado en la nota 7, pág. 39

procedimiento notarial en general. Pero antes hay que preguntarse por las razones de la disparidad en el contrato.

La supremacía determinada ajenamente puede deberse a

- una superioridad fáctica que la otra parte no puede evitar a pesar de que reconozca la situación de desequilibrio o
- una inferioridad situacional de una de las partes que no reconoce la imposición de intereses determinada ajenamente por la otra parte.

La primera alternativa se refiere a circunstancias objetivas, las cuales, aún cuando son reconocidas por la parte en inferioridad, no llevan a una configuración del contrato que elimine la disparidad. El segundo caso se refiere a una disparidad por motivos subjetivos, como, por ejemplo, a causa de una falta de información necesaria, de inferioridad intelectual o de inferioridad en la situación de negociación concreta<sup>65</sup>.

#### **b) Justicia contractual mediante autenticación notarial**

El resultado de la configuración jurídica notarial suele ser<sup>66</sup> una escritura pública que se redacta con el procedimiento más estricto. Tanto la garantía de la imparcialidad del notario, § 3 de la ley de documentos, como el deber de comprobación y información del proceso mismo, §§ 17 ss. de la ley de documentos, protegen a los implicados en la escritura. La disposición central del procedimiento es § 17 pár. 1 de la ley de documentos, el cual encarga al notario que se asegure—informando a las partes— de que el contrato legitimado

- se corresponde con la voluntad real de los implicados, es justo y objetivo,
- se corresponde con el derecho y está redactado con claridad y
- no perjudica a una parte inexperta y poco diestra<sup>67</sup>.

Común a todas las exigencias es el elemento de la prevención que se debe proporcionar antes de que entre en vigor el vínculo contractual con la conclusión de la escritura. El

---

<sup>65</sup> Limmer, citado en la nota 61, pág. 28, subdivide a su vez en cuatro ámbitos la inferioridad.

<sup>66</sup> La elaboración del esbozo de una escritura privada por parte del notario también es una actividad oficial, sobre la que encuentran aplicación los principios de independencia e imparcialidad, Seybold/Schippel/ Reithmann, citado en la nota 5, § 24 núm. marginal 2

<sup>67</sup> Jerschke, Die Wirklichkeit als Muster - der richtige Weg zum gerechten Vertrag (La realidad como modelo: el camino correcto al contrato justo), DNotZ núm. especial 1989 pág. 21 ss., 23

notario tiene que transmitir de forma unívoca y jurídicamente correcta el supuesto de hecho y la voluntad relevante en el contrato para evitar así un posible conflicto posterior. El asesoramiento, incluido tras la transmisión de voluntades, de un contrato justo y objetivo toma en consideración una prevención suficiente de fallos y los mecanismos de liquidación necesarios para la ratificación del contrato en los registros.

Decisivo para conseguir la justicia contractual debe ser el deber notarial de evitar que se perjudique a implicados inexpertos o poco diestros, § 17 pár. 2 pág. 2 de la ley de documentos. Si se pone como pauta el modelo de prevención notarial sobre las dos razones de disparidad que menoscaban la justicia contractual, se clarifica el progreso y el límite de este procedimiento: se puede no encontrar una superioridad fáctica, pero se evitará una inferioridad situacional.

Si el implicado inexperto o sin pericia ha reconocido la superioridad fáctica de la otra parte como, por ejemplo, la unilateralidad de las cláusulas contractuales que ha puesto la otra parte gracias a la información del notario, se habrá agotado el instrumental notarial y el notario no podrá llevar a cabo un amplio control de contenido, excepto en el caso de que se infrinjan las normas de §§ 134, 138 CC que limitan de forma genérica la libertad contractual.

Si un implicado está en inferioridad situacional y reconoce mediante la información notarial el alcance de una de las cláusulas exigidas por la otra parte contratante, se originará una situación contractual abierta que excluye cualquier disparidad.

El procedimiento de la escrituración notarial filtra los contenidos del contrato para conseguir una justicia contractual también en esos lugares en donde las partes contratantes apenas si pueden influir sobre la conformación de contenido, confiando más bien las dos partes en la propuesta de configuración del notario. El deber de imparcialidad le prohíbe al notario proponer cláusulas que beneficien a una parte o que no estén ponderadas e incluirlas en el contrato<sup>68</sup>.

La preponderancia determinada ajenamente por superioridad fáctica de una parte contratante se manifiesta en el poder económico, que consigue la libertad contractual del

---

<sup>68</sup> Seybold/Schippel/Schippel, citado en la nota 5, 14 núm. marginal 35 s.

más fuerte en gran número de contratos estandarizados. Las disposiciones preceptivas de la ley para proteger las condiciones generales de contrato no representan una debilitación de la función de configuración del notario: como el procedimiento notarial no elimina la disparidad fáctica, las condiciones generales de contrato tienen un efecto parecido al de un escudo protector jurídico-material, el cual complementa al derecho contractual notarial y ofrece una base desde la que se puede garantizar una justicia contractual para un caso concreto, también si hay superioridad fáctica de una de las partes. En estos casos se dispone un control de contenido notarial<sup>69</sup> previo al judicial, ya que el primero, gracias a sus efectos preventivos, tiene prioridad.

El modelo de prevención notarial, asegurado por medio de la existencia de condiciones generales de contrato fuera del contrato individual, cubre con ello aquellas reclamaciones que se deben hacer después de la resolución de la Corte Constitucional Federal sobre el contrato justo. La prevención para un contrato justo mediante la configuración notarial limita menos el derecho individual que la atención a posteriori del derecho de las condiciones generales de contrato: no reduce los posibles márgenes contractuales, ya que no tiene que tomar en consideración los ordenamientos que son preceptivos, pero inadecuados individualmente. También es más segura jurídicamente, pues se le da preferencia al contrato notarial “correcto” frente a la reclamación posterior de infracción de las disposiciones de la ley de condiciones generales de contrato en caso de conclusión del contrato; ésta sólo garantiza la ejecución jurídica en el marco de los riesgos procesales generales.

### c) Justicia contractual por obligación de forma

El modelo de prevención de la configuración jurídica mediante la autenticación notarial sólo será efectivo en caso de su empleo a través del tráfico jurídico. Como procedimiento dificulta la libertad de conclusión<sup>70</sup> de las partes contratantes, pero no la libertad de configuración del contenido. Desde el punto de vista individual, se verá en primer lugar

---

<sup>69</sup> Heinrichs, Umsetzung der EG-Richtlinien über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung (Conversión de las directrices de la CE sobre cláusulas abusivas en contratos de consumidor por exégesis), NJW 1995 pág. 153 ss., 158

<sup>70</sup> Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte (La forma legal de los negocios jurídicos), Frankfurt 1971 pág. 231



la limitación de la libertad de conclusión y sus costes; la justicia contractual no es una categoría de las partes contratantes, sino de la comunidad jurídica. Sólo ésta comprende la forma como una barrera interior de la autonomía privada<sup>71</sup> y reconoce la utilidad de las metas objetivas de las funciones de forma<sup>72</sup>.

La autenticación notarial es la forma legal más fuerte de los negocios jurídicos y la única forma que está obligada —por su carácter preventivo— a lograr la justicia contractual<sup>73</sup>. De ahí que el derecho civil alemán no sólo conozca de un modo general la autenticación notarial como oferta de forma, sino en particular como precepto de forma en donde las funciones de forma indican su aplicación. Los siguientes ejemplos referentes a la sucesión estudiada por transmisión de propiedades están sujetos a obligación de forma en ese ámbito del derecho hereditario en el que se deseen disposiciones vinculantes por contrato (contrato hereditario), pero no en testamentos o en el derecho de sociedades personales; en los contratos de consumidor en la medida en la que se refieran a bienes inmuebles.

## **V. Configuración jurídica notarial en un mercado jurídico europeo**

### **1. Derecho del consumidor como punta de lanza de la legislación civil europea**

La inclusión de estas líneas de configuración jurídica notarial ha mostrado la evolución nacional con ejemplos que (todavía) no están influidos por la evolución jurídica europea en contratos individuales. Únicamente se mostró la ruptura del sistema del contrato de consumidor introducido en la ley alemana de condiciones generales de contrato por una directriz europea<sup>74</sup>. Esto significa concretamente que K., por ejemplo, no puede montar sus sistemas de control a precio de coste bajo la exclusión de garantía en la casa de su hija T. y su marido. En caso necesario, se pueden lograr con éxito los derechos de garantía contra K., aunque K. ha solicitado con fundada razón la exclusión de garantía formulada para este caso específico<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Häsemeyer, citado en la nota anterior, pág. 168

<sup>72</sup> Pueden estar en los intereses públicos (por ejemplo, en negocios jurídicos del derecho familiar que fundamenten un status, como por ejemplo la adopción) y/o en intereses privados, Häsemeyer citado en la nota 70, pág. 168 ss.

<sup>73</sup> Richter, citado en la nota 20, pág. 3

<sup>74</sup> (véase arriba núm. II. 2)

<sup>75</sup> En virtud del § 11 núm. 10 AGBG no tiene efecto alguno la exclusión de garantía en productos nuevos a no ser que se haya acordado así en un contrato específico. Como aquí tenemos un contrato de consumidor en el sentido de la directriz CE 93/13 y con ello del § 24 a AGBG, hay que aplicar

Con las directrices existentes para el derecho del consumidor<sup>76</sup> ya se ha originado hoy un derecho del consumidor europeo propio que modifica considerablemente los desarrollados derechos de obligaciones de los Estados miembros. Nuevos y decisivos son

- la conexión personal de las consecuencias jurídicas al concepto de consumidor,
- la ordenación legal de un contenido contractual detallado y preceptivo,
- una forma escrita desbordante, entendida como información para el consumidor y
- la limitación de la voluntad de vinculación contractual mediante derechos de revocación y rescisión.

Si uno comprende estas conexiones —ajenas hasta la fecha al derecho alemán— como modelo para un nuevo derecho de obligaciones europeo<sup>77</sup>, entonces le quedará poco

---

las condiciones contractuales preformuladas cuando sólo se hayan determinado para una única aplicación.

<sup>76</sup> Una recopilación de las directrices sobre derecho del consumidor la proporciona Reich, citado en la nota 14 pág. 541 ss; las directrices más importantes sobre derecho contractual son:

- Directriz 85/577/CEE del 20.12.1985 referente a la protección del consumidor en el caso de contratos concluidos fuera de los márgenes comerciales,
- Directriz 87/102 CEE del 22.12.1986 sobre armonización de las disposiciones jurídicas y administrativas de los Estados miembros sobre créditos al consumidor,
- Directriz 90/314 CEE del 13.06.1990 sobre viajes a forfait,
- Directriz 93/13 CE del 05.04.1993 sobre armonización de las disposiciones jurídicas y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores,
- Directriz 94/97 CE del 26.10.1994 sobre protección del comprador en lo que respecta a determinados aspectos de contratos sobre la adquisición de derechos de uso compartido de bienes inmuebles,
- Directriz 97/7 CE del 20.05.1997 sobre protección del consumidor en conclusiones de contratos con largos intervalos,
- Directriz 1999/44 CE del 07.07.1999 sobre determinados aspectos de compra de artículos usados y las garantías de los artículos usados,
- Directriz 2000/35 CE del 29.06.2000 sobre la lucha contra la demora de pago en el tráfico comercial.

<sup>77</sup> Hondius, Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act, 1996, ya vio en 1996 en las directrices del consumidor la esencia de un derecho de compraventa europeo; Hondius, Consumer Law and Private Law: the Case for Integration, en Publicaciones de la Academia Jurídica Europea de Tréveris, vol. 25 199, pág. 19 ss., 22 s., Remien, Denationalisierung des Privatrechtes in der Europäischen Union? - Legislative und gerichtliche Wege (¿Desnacionalización del derecho privado en la Unión Europea? Caminos legislativos y judiciales, ZfRV 1995 pág. 116 ss., 122 discute modelos sobre un derecho de obligaciones europeo o un código económico. Hoffmann también ve una inserción europea sistemática, Hoffmann, Analyse der europäischen Rechtsetzungstechniken im Bereich des Vertragsrechts aus Sicht der Europäischen Kommission (Análisis de las técnicas europeas de legislación en el ámbito del derecho contractual desde el punto de vista de la Comisión Europea), en Publicaciones de la Academia Jurídica Europea de Tréveris, vol. 25 1999, pág. 39 ss., 48.

margen a la configuración notarial en el futuro; las reglas definitivas someten de una forma tan rigurosa a las dos partes contratantes que excluyen configuraciones referidas al caso concreto. Veámoslo con más detalle:

El concepto de consumidor del derecho de sociedades detalla las diferenciaciones referidas a este asunto conocidas hasta ahora por el derecho de obligaciones alemán<sup>78</sup> en beneficio de una conexión personal general, con la que se debe amortiguar la “otra parte” del tráfico de mercancías, servicios y capital, es decir, las posibilidades surgidas en el mercado común —mayores, pero también más peligrosas—<sup>79</sup>. Junto a la conexión especialmente “positiva” del derecho de obligaciones alemán con las transacciones comerciales, la conexión “negativa” con los negocios de consumo hace que decrezca la importancia de los negocios jurídicos “normales”. El derecho contractual se desdobra a causa de unas consecuencias jurídicas completamente diferentes, las cuales resultan de la existencia o no existencia de un vínculo personal, en especial en lo referente a la revocabilidad libre<sup>80</sup> de un contrato que, de lo contrario, estaría en vigor hasta su conclusión.

Más discutible que la conexión personal —el concepto de consumidor está muy cuestionado y es muy contradictorio<sup>81</sup>— es la conformación preceptiva de los contenidos de los contratos de consumidores. Se presupone que los supuestos de hecho complejos, como por ejemplo la multipropiedad, se pueden explicar en lo referente a contenido y regular con pretensiones de validez. Qué lejos está esto de la realidad lo demuestran formulaciones como por ejemplo la postulada “estimación del importe que tiene que

---

<sup>78</sup> Como por ejemplo la disposición de determinadas consecuencias jurídicas si existe una transacción comercial, §§ 343 ss. del Código de Comercio, la cual presupone la condición de comerciante en el sentido reflejado en el Código de Comercio.

<sup>79</sup> Compárese con Reich, citado en la nota 14, pág. 64 s; Hoffmann, citado en la nota 77, pág. 42 s.

<sup>80</sup> Las directrices referentes a los negocios domiciliarios, viajes a forfait, multipropiedad y venta a distancia, para cuya conversión al derecho alemán se introdujo en el Código Civil un derecho de revocación para los consumidores, § 361 a CC. Con ello, el derecho privado del consumidor ha mantenido por primera vez una estructura fija en el Código Civil, para lo que también se definieron los conceptos de consumidor y empresa en los §§ 13 y 14 CC, véase al respecto Bülow/Artz, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechtes im BGB (Contratos de venta a distancia y estructuras de un derecho privado del consumidor en el CC), NJW 2000, pág. 2049 ss.

<sup>81</sup> Reich, citado en la nota 14, pág. 64 s.; Hoffmann, citado en la nota 77, pág. 42 s.; Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung (Derecho civil bajo la influencia de la armonización jurídica europea), AcP 192 pág. 71 ss., 86 s., 93 s.

pagar el comprador para el uso de una instalación o un servicio común”<sup>82</sup>, no teniéndose ni siquiera que ajustar esta estimación, como muestra la “estimación ajustada” del plazo de terminación del inmueble que se dispuso expresamente en el anexo d 2 del artículo 4 de la directriz.

La forma escrita, habitual en el derecho de protección del consumidor, se prefiere para asegurar la demostración del contenido contractual referente a la admisión de contratos sin forma. Sin embargo, existen serias dudas sobre la consecución del objetivo de información al consumidor mediante la forma escrita<sup>83</sup>. El paradigma de la información del derecho de protección del consumidor<sup>84</sup> puede proteger de una información falsa o engañosa y exigir cláusulas contractuales claras y comprensibles; la percepción del contenido informativo del texto contractual garantiza la información escrita tan poco como el reconocimiento de la importancia de la información y sus posibles consecuencias jurídicas, por ejemplo en caso de defectos en el contrato.

Por último, la mayoría de las directrices incluyen derechos de revocación o rescisión, cuyo fin político-jurídico fue originalmente la exclusión de un momento de sorpresa al concluir el contrato<sup>85</sup>. En relación con esta idea se ve como muy interesante la disposición de un plazo de reflexión general<sup>86</sup>, independientemente de las modalidades de realización del contrato. El precio es una inseguridad jurídica considerable<sup>87</sup>, como por

---

<sup>82</sup> Anexo i al artículo 4 de la directriz, citada en la nota 76; de ahí que Martinek considere con razón que la nueva ley de derecho de habitación en multipropiedad en “Fracasada protección del consumidor en los contratos de multipropiedad”, NJW 1997 pág. 1393 ss., 1396, da lugar a toda una serie de consideraciones de forma y contenido de la ordenación legal del tiempo compartido; con razón presenta Hofmeister en “Seguridad jurídica en la protección del consumidor —Forma en el derecho nacional y europeo—”, DNotZ núm. especial 1993, pág. 32 ss., 43, la tesis de que la protección al consumidor “represiva” en las relaciones jurídicas complejas está sujeta a una protección del consumidor “preventiva” por medio de la forma y el asesoramiento profesional.

<sup>83</sup> Wolfsteiner, *Rechtssicherheit im Verbraucherschutz - Form im nationalen und europäischen Recht* – (Seguridad jurídica en el derecho del consumidor —Forma en el derecho nacional y europeo—), DNotZ núm. especial 1993, pág. 21 ss., 24

<sup>84</sup> Reich, citado en la nota 14, pág. 304 ss.

<sup>85</sup> Un ejemplo típico es el derecho de rescisión del art. 5 de la directriz del 20.12.1985 referente a la protección del consumidor en caso de contratos cerrados fuera de espacios comerciales, compárese nota 76.

<sup>86</sup> Reich, citado en la nota 14, pág. 357; Limmer, citado en la nota 61, pág. 31

<sup>87</sup> Drobniig, *Neue rechtliche Konzepte für den europäischen Verbraucherschutz* (Nuevos conceptos jurídicos para la protección europea del consumidor) en *Nuevo derecho contractual europeo y protección al consumidor 1999*, pág. 201 ss., en pág. 205 habla de los derechos de rescisión como “factor de inseguridad y molestias”

ejemplo en caso de aportaciones anticipadas intermedias del consumidor, las cuales se tienen que hacer valer por vía judicial después de ejercer el derecho de rescisión o en negocios asociados, como contratos de crédito o contratos de constructor.

Una graduación adicional<sup>88</sup> de los derechos de rescisión, que está vinculada al hecho de no observar determinadas especificaciones mínimas del contrato, complica aún más la situación jurídica. Si, por ejemplo, en un contrato de multipropiedad falta la citada estimación de la cantidad que tiene que pagar el comprador por las instalaciones o servicios comunes, entonces se alargará el derecho de rescisión entre diez días y tres meses, quedando completamente abierto el que lo sepa el consumidor al principio o que pueda reconocerlo al final del plazo. Por qué se alarga el plazo de rescisión, dónde no se debe “ajustar” la estimación, son cuestiones que siguen sin un solo fundamento legal.

El uso de los derechos de rescisión en la realidad jurídica no se ha analizado hasta la fecha empíricamente. Llama la atención que el legislador de directrices europeas se apoye en un instrumento cuya efectividad no se ha probado, aunque fuera posible un estudio relativo al hecho jurídico basándose en la larga existencia del derecho de revocación, como por ejemplo en los negocios a domicilio.

A la restricción de la configuración notarial por parte del derecho de protección del consumidor no le podrá seguir en el futuro una nueva necesidad de configuración al aplicar este derecho:

A continuación, el caso de “envejecimiento” de los nuevos tipos de contrato: en el derecho de protección del consumidor se normalizan relaciones contractuales muy delimitadas, las cuales se desarrollan a partir de una situación problemática<sup>89</sup> dada en la proclamación de la directriz. Si cambia el fondo económico, la práctica contractual tiene que negar la aplicabilidad de la directriz o proponer la adaptación de cláusulas individuales. Dependerá en primer lugar de las resoluciones del Tribunal Europeo el saber qué posibilidades existen al respecto en el futuro en lo referente al contenido preceptivo de las directrices,

---

<sup>88</sup> Véase nota 80; se incluye una graduación temporal en el art. 5 de la directriz de Time-Sharing (multipropiedad), en el que se unen diferentes plazos de rescisión al hecho de no observar especificaciones mínimas individuales contenidas en el anexo de la directriz. Véase al respecto en particular Martinek en Grabitz/Hilf vol. 2 A 13 núm. marginal 172 ss.

<sup>89</sup> véase Hoffmann, citado en la nota 77, pág. 48

También se pide una configuración para la combinación de un contrato de protección del consumidor y otro contrato en la medida en la que no haya disposiciones legales que regulen las consecuencias jurídicas al ejercer el derecho de revocación en el negocio jurídico asociado<sup>90</sup>. Si por ejemplo el vendedor multipropiedad ha prestado otros servicios en relación con el contrato del consumidor, como por ejemplo la adquisición de un inmueble del consumidor, se deben configurar las consecuencias de la aplicación del derecho de rescisión del consumidor sobre el otro contrato.

## **2. Creciente complejidad para la solución del conflicto**

Diametralmente opuesto a la estandarización por parte del derecho de protección del consumidor, el diagnóstico de creciente complejidad en la solución del conflicto<sup>91</sup> se puede entender como una forma de evitar litigios, de celebrar autos definitivos extrajudicialmente y como forma especial de avenencia por mediación.

El derecho contractual como instrumento para evitar litigios ha incluido al derecho fiscal, el cual se ha convertido en parte en el estímulo para las disposiciones económicas<sup>92</sup>, pero también limita la configuración deseada en torno al código civil o incluso la imposibilita. De esta forma, K. hará depender la cuantía de la transmisión a T. de la sucesión anticipada de la cantidad del impuesto de sucesiones a devengar y comparará las cargas fiscales antes de decidirse por la forma jurídica de la sociedad que va a constituir con S. De ahí que la configuración notarial tenga que ir integrando de forma creciente las consecuencias tributarias o revelando las contradicciones de valoración irreconciliables entre las consecuencias contractuales del derecho civil y el fiscal.

---

<sup>90</sup> § 9 de la ley de crédito al consumidor anula la unión del contrato de compraventa y el de crédito al consumidor, de forma que la revocación del contrato de crédito elimina la unión al contrato de compraventa. Para los problemas surgidos por el derecho normativo de directrices para la práctica de autenticaciones, véase Kaufhold, Verbraucherschutz durch europäisches Vertragsrecht - materielle und institutionelle Bezüge zur notariellen Praxis (Protección del consumidor por el derecho contractual europeo: percepciones materiales e institucionales de la práctica notarial), DNotZ 1998 pág. 254 ss.

<sup>91</sup> Wagner, citado en la nota 25, pág. 89 ss; Richter, Informe del Congreso de Notarios Belgas 1999, ZNOTP 2000, página 156 s.

<sup>92</sup> Por ejemplo en los modelos de constructores en los que se quería garantizar al comprador las ventajas fiscales de un constructor con una serie de contratos preformulados sin tener que cargar con sus riesgos, compárese Schmidt/Drenseck, ley del IRPF, 19ª ed. 2000, § 21 núm. marginal 110 s.

La creciente complejidad en el derecho contractual no se limita a estar desde el procedimiento hasta la conclusión del contrato; continúa en la liquidación del contrato, en especial en negocios jurídicos sujetos a registro referentes a inmuebles y sociedades<sup>93</sup>. De ahí que la liquidación del documento necesite una gestión de ejecución que una todas las declaraciones relevantes para el contrato que pueda conseguir un tercero y descargue a los justiciables de la liquidación de negociaciones de liquidación propias. La configuración jurídica significa en este caso la inclusión de la ejecución y de posibles obstáculos para la ejecución<sup>94</sup> como guía para una liquidación segura del contrato.

A la vista de la presión existente para descargar la justicia<sup>95</sup>, las avenencias van a llevar a nuevas configuraciones jurídicas notariales en entornos de cercanía contractual. En particular la mediación tematiza funciones notariales clásicas con nuevos atavíos: se introducirá el papel —que le falta al círculo jurídico anglosajón— del mediador imparcial garantizado institucionalmente, junto con su procedimiento, que se corresponderá en esencia con el procedimiento de autenticación notarial<sup>96</sup> y que desembocará en el objetivo de lograr un acuerdo mediante un contrato.

El § 15 a del código procesal civil de la comunidad europea (EGZPO) ha abierto otra faceta de la solución del conflicto, puesto que da la posibilidad a las regiones alemanas de disponer una avenencia obligatoria extrajudicial en determinados procesos civiles que regulará la realización de juicios de conciliación como presupuesto procesal. El legislador bávaro ha designado en la ley de avenencias bávara del 25.04.2000 como conciliadores, además de a los abogados interesados, a todos los notarios del distrito respectivo de la Audiencia Provincial<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Como ejemplos actuales se han nombrado la conversión a euros de las sociedades de capital y el nuevo derecho de empresas después de la reforma del Código de Comercio.

<sup>94</sup> Ejemplo: la forma de caracterizar una superficie parcial que todavía no se ha medido en un documento de contrato de compraventa puede decidir su capacidad de ejecución, compárese Código de Comercio, DNotZ 2000 pág. 121 ss.

<sup>95</sup> Wagner, citado en la nota 25, pág. 36

<sup>96</sup> Wagner, citada en la nota 25, pág. 101

<sup>97</sup> Art. 5 pár. 1 de la ley de avenencias bávara; otras regiones no han traspasado al notariado la avenencia obligatoria, véase al respecto Schwarzmann "Mediation und Streitschlichtung" (Mediación y avenencia) como tema de las 51ª jornadas alemanas de abogacía en Berlín, MittBayNot 2000 pág. 64 ss., 65

También los autos definitivos extrajudiciales —que se siguen abiertos expresamente en lo que respecta al notario<sup>98</sup>— pueden contribuir a nuevas configuraciones jurídicas notariales, ya que está llena de ideas de avenencia<sup>99</sup>, a las que se dio preferencia en el estatuto del Tribunal de Avenencia y Arbitraje de los notarios alemanes.

La conclusión electrónica del contrato como nuevo medio<sup>100</sup> tiene que ser recogido e implantado por los notarios de tal manera que el procedimiento notarial y el documento de éste no se modifiquen cualitativamente, ya que, de lo contrario, se perderían las particularidades de la configuración notarial. Hay menos riesgos en la técnica de escrituración y en el tipo de documentación del resultado que en el hecho de que se garantice la voluntad contractual de los implicados<sup>101</sup> y en el control por parte del notario de si las partes han entendido de verdad las indicaciones o la información que les ha ofrecido.

### **3. La utilidad de la configuración jurídica notarial para el mercado jurídico**

La estandarización y la complejidad: estos dos polos se perfilan como determinantes para el mercado jurídico europeo. La estandarización ahí donde el legislador europeo barre con disposiciones o directrices las estructuras de derecho civil que se han desarrollado; la complejidad en los nichos de los contratos individuales, sobre todo en el derecho familiar y hereditario y posiblemente con restricciones en el derecho de sociedades e inmobiliario, así como en los ámbitos cercanos contractualmente de avenencia y autos definitivos extrajudiciales. La utilidad para el mercado se decidirá en el futuro dependiendo de si son individuos los que demandan configuración notarial o es la comunidad jurídica que esté poniendo un marco jurídico.

---

<sup>98</sup> § 8 párr. 4 BNotO

<sup>99</sup> Wolfsteiner, *Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare* (El Tribunal de Avenencia y Arbitraje de los notarios alemanes) (SGH), *Notar* 1999 pág. 115 ss., 116; Wegmann, *Der Schlichtungsgedanke im Statut des SGH* (La idea de avenencia en el estatuto del Tribunal de Avenencia), *Notar* 1999 pág. 122 ss., passim

<sup>100</sup> Erber-Faller, *Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs* (Perspectivas del tráfico jurídico electrónico), *MittBayNot* 1995, pág. 182 ss, 187 s; Kindl, *Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signatur* (Tráfico jurídico electrónico y signatura digital), *MittBayNot* 1999 pág. 29 ss.

<sup>101</sup> Wolfsteiner, citado en la nota 99, pág. 32



Configuración notarial significa prevención de la conclusión del contrato mediante el asesoramiento e información; su esencia es tener en cuenta lo subjetivo. La configuración notarial está vinculada a los costes y sólo se puede comprobar en el contrato que tenga una forma más floja, donde la falta de prevención lleva a problemas sobre la relación contractual. No va a depender de la percepción por las partes de la oferta de configuración notarial en el derecho contractual siempre que cumpla la obligación de forma de la autenticación notarial.

Sin obligación de forma la configuración notarial depende de que se reconozcan las ventajas del documento público existentes desde el punto de vista orientado al resultado de los implicados. En cambio, la configuración jurídica independiente e imparcial del notario, es decir, su oferta al mercado, no es como tal un argumento que sirva para que el consumidor haga uso de los servicios notariales; el consumidor buscaría antes un asesor en materia contractual que contribuiría exclusivamente a sus intereses. Es únicamente el hecho de que cuesta menos tomar los servicios de sólo un proveedor de servicios jurídicos el que influye en la elección del notario en vez de dos abogados. A pesar de la divergencia de objetivos de protección y actividades<sup>102</sup>, se ha indicado el paralelismo con la profesión del revisor de cuentas. Su actividad como revisor, ejercida por interés público, se ha ordenado preceptivamente, excepto para sociedades de capital pequeñas y sociedades personales, § 316 del Código de Comercio y, en caso de libre voluntad, sólo se tomará en cuenta por consideraciones de utilidad referidas al caso concreto. Desde el punto de vista de la comunidad jurídica, es decir, desde la premisa de una ordenación necesaria y proporcional del mercado, al resultado especial de la configuración notarial el documento público con sus efectos jurídicos le hace falta una ejecutabilidad inmediata y una mayor fuerza probatoria de justificación, la cual se infiere del tipo de oferta de mercado<sup>103</sup>: Sólo a causa de la independencia e imparcialidad del notario y de su procedimiento estructurado sobre ello, que compensa la inferioridad con asesoramiento e información, se justifica el carácter especial del documento público y su reconocimiento a escala europea como base de ejecución en virtud del art. 50 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones

---

<sup>102</sup> véase nota 22.

<sup>103</sup> véase arriba III. 1

judiciales<sup>104</sup>. De esta forma, es tarea de la comunidad jurídica tomar una decisión en el marco de la regulación del mercado jurídico en el ámbito europeo, cuya relevancia le corresponde a la oferta notarial de servicios jurídicos, cuestionándose la obligatoriedad o las consecuencias de la forma como incentivo para que los que tomen parte en el mercado hagan uso de esos servicios.

En el marco europeo difícilmente se puede comprobar por autenticación notarial el requisito de obligación de forma, ya que no existe en todos los estados miembros de la UE un notariado de cuño latino; sin embargo, es posible enlazar con las consecuencias de forma de la autenticación notarial, las cuales rompen el sistema de directrices, muy rígido hasta ahora, con su exclusión de cualquier libertad contractual individual. Esto presupone que el legislador de directrices europeo renuncia en derecho contractual y también en derecho de protección del consumidor, a contenidos contractuales preceptivos a favor de una prevención precontractual por medio de autenticación notarial, con lo que se evita la superioridad fáctica de una parte contratante mediante la normas protectoras del derecho de las condiciones generales de contrato.

Un derecho de consumidor que no haga uso de estas posibilidades y se base exclusivamente en derecho preceptivo, información escrita y derechos de rescisión haría temer un empobrecimiento futuro de la cultura jurídica<sup>105</sup>. A causa de su procedimiento, aplicado a prevención, en caso de la concesión del necesario espacio para la configuración jurídica, la autenticación notarial podría reemplazar en particular como oferta de forma a los derechos de rescisión, que crean estereotipos y cierta inseguridad jurídica<sup>106</sup>. A ese respecto hay que distinguir el tipo de supuestos de hecho comprendidos en la protección del consumidor; nadie exigirá en serio la autenticación de los negocios a domicilio. Objeto de la autenticación jurídica pueden ser sobre todo supuestos de hecho que regulen relaciones jurídicas difíciles o de ejecución intensiva (por ejemplo, multipropiedad) o estén a la expectativa de vínculos a largo plazo (por ejemplo, créditos al consumidor). Por lo demás, los contratos legitimados notarialmente, aun cuando sólo rocen el derecho normativo de directrices, como por ejemplo la existencia de compra a

---

<sup>104</sup> Hellge, *Europäische Perspektiven für nationale Notariate* (Perspectivas europeas para notariados nacionales), periódico de notariados austríacos 2000, pág. 1 ss., 3

<sup>105</sup> La superioridad de la autenticación notarial frente a los mecanismos de control del contrato como información y derecho de rescisión los muestra Drobnig, citado en la nota 87, pág. 205

<sup>106</sup> Drobnig, citado en la nota 87, pág. 205

distancia en el marco del proceso de autenticación notarial, se deberían excluir del control de contratos de lo contrario, en vigor del derecho normativo de directrices.

La petición de apertura del derecho europeo del consumidor para su configuración jurídica mediante la autenticación notarial gana en actualidad con el trasfondo de la necesidad, cada vez más reconocida, de reformar y recodificar en un derecho de consumidor uniforme el derecho normativo de directrices nada uniforme junto con los plazos y condiciones más dispares para el ejercicio de los derechos de revocación y rescisión<sup>107</sup>. A causa de la reflexión, reforzada hace poco, sobre el derecho contractual autónomo europeo<sup>108</sup>, y más allá de su aplicación en derecho del consumidor, se trata por lo general de darle un carácter de modelo a la oferta de forma mediante una autenticación notarial para un derecho contractual europeo. De ahí que se trate de convencer al legislador de directrices europeo de que entre en vigor la autenticación notarial del contrato en vez de un control obligatorio de éste, con la ventaja de una prevención que garantiza la comprensión segura del contenido del contrato y apoyado en las condiciones generales de contrato desemboca en la justicia contractual.

#### **4. Sobre la necesidad de un derecho procesal europeo de autenticación**

La prevención notarial sólo es útil para el mercado jurídico si la autenticación notarial garantiza realmente y en toda Europa la justicia contractual. Para ello hay que estar seguro de que el notario actúa independiente e imparcialmente, es decir que se excluye o se restringe de tal manera un entrelazamiento de intereses con los otros participantes del mercado jurídico que no pueda perjudicar la elaboración concreta del caso. Además, el procedimiento notarial se tiene que comprometer a la construcción de la justicia contractual mediante el asesoramiento y la información preventiva<sup>109</sup>. Sin la garantía uniforme de principios de procedimiento elementales que le parezcan al legislador de

---

<sup>107</sup> Limmer, citado en la nota 61, pág. 32; Drobnič, citado en la nota 87, pág. 207

<sup>108</sup> Audición en la comisión jurídica del Parlamento Europeo del 21.11.2000, aproximación del derecho civil y comercial de los países miembros de la UE, ponente Klaus-Heiner Lehne; hace tiempo que empezó un debate científico sobre un “derecho privado de mercado”, Hommelhoff, citado en la nota 81, pág. 105; Zimmermann, Konturen eines europäischen Vertragsrechtes (Contornos de un derecho contractual europeo), Revista jurídica (JZ) 1995 pág. 477 ss. passim; Micklitz, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG? (¿Un derecho de compraventa unificado para consumidores en la UE? Revista económica para derecho europeo (EuZw) 1997 S. 229 s. passim; Drobnič en el homenaje a Ernst Steindorf 1990, Un derecho contractual para Europa, pág. 1140 ss. passim.

<sup>109</sup> En la lengua local de los justiciables, lo que se garantiza mediante la traducción del texto del contrato.

directrices un instrumento seguro para la consecución de la justicia contractual, no habrá reconocimiento europeo para el procedimiento de autenticación; la función de configuración jurídica del notario disminuirá con la europeización de otros ámbitos jurídicos del derecho civil.

De ahí que el producto notarial en el mercado, el documento público nacional, se tenga que convertir en un documento europeo en la medida en que se pueda garantizar su nacimiento por medio de un derecho procesal europeo de autenticación. Junto a los componentes institucionales y la salvaguardia de la independencia y la imparcialidad, hay que regular aquellos elementos del procedimiento de autenticación que sirvan para hacer realidad la justicia contractual: asesoramiento e información preventiva.

A la vista de las estructuras y la multiplicidad de tareas de los diferentes notariados de Europa, la cuestión no va a ser tratar de exigir una armonización completa de los notariados con la propuesta de un derecho procesal de autenticación europeo. El objetivo sólo puede ser introducir un procedimiento de autenticación uniforme como norma mínima para cada contrato de la Unión Europea, con la esperanza de que esta oferta de forma tenga gran repercusión sobre el futuro proceso de codificación en caso de que siga la europeización del derecho contractual, y con una oferta de tráfico jurídico adecuada para Europa como “nuevo” procedimiento de autenticación europeo.

A la Unión Europea le fallaría la competencia para una armonización completa del procedimiento de autenticación, no sólo referido al derecho contractual esencial para el mercado común<sup>110</sup>. Sin embargo, en la cuestión de la apertura de competencias para un derecho contractual europeo se está ofreciendo últimamente el art. 95 del Tratado de Creación de la CE (Amsterdam) con una explicación prometedora<sup>111</sup>. El entrelazamiento europeo, cada vez más compacto, requiere la aproximación a una escala cada vez mayor

---

<sup>110</sup> En virtud del art. 45 del Tratado de Creación de la CE (EGV) (Amsterdam) el ejercicio de poder público por parte del notario se opone a un ordenamiento del procedimiento de autenticación. Podría ser posible la regulación limitada al derecho contractual, en la medida en que afecte a la cuestión de la ejecutabilidad inmediata de los documentos notariales.

<sup>111</sup> Basedow, *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, *Revue Internationale De Droit Comparé* 1998 pág. 7 ss., 22 ve en el art. 95 del EGV (Amsterdam) un principio de competencia unívoca para un derecho contractual europeo; véase también Schwarze/Herrfeld, *EU-Kommentar* (comentario UE), 2000, Art. 95 EGV núm. marginal 12, 22 s.; von der Groeben/Bardenhewer/Pipkorn, *Kommentar zum EU-Vertrag* (Comentario al Tratado de la UE), vol. 2, 5ª ed. 1999, Art. 100 a núm. marginal 27

de las disposiciones jurídicas y administrativas de los Estados miembros<sup>112</sup>, puesto que la legislación puntual en el ámbito del derecho contractual ya no puede garantizar el funcionamiento del mercado interno.

Al derecho contractual pertenecen todas las cuestiones de forma<sup>113</sup> y con ello también aquellas estructuras de derecho profesional (independencia e imparcialidad) que están inseparablemente unidas a los objetivos<sup>114</sup> que sirven a la ordenación de la forma.

El principio de subsidiariedad del art. 5 del Tratado de Creación de la CE (Amsterdam) no se opone a un derecho contractual europeo, ya que una ordenanza de derecho contractual uniforme como objetivo del mercado interno cae entre las excepciones que “no se pueden conseguir en forma suficiente en el ámbito de los Estados miembros”, art. 5 del Tratado de Creación de la CE (Amsterdam)<sup>115</sup>.

Los notariados europeos se han arriesgado a empezar gracias al Code Européen de Déotologie Notariale<sup>116</sup>, que con el tiempo ha sido ratificado por casi todas las organizaciones de notariados<sup>117</sup>. Las disposiciones contenidas en este código se podrán convertir en el contenido de una directriz completada con normas mínimas para el procedimiento de autenticación, directriz que sería la base para tomar en consideración la autenticación notarial en futuras medidas legislativas del legislador europeo.

A las consideraciones contra una armonización a un nivel posiblemente más bajo como las ordenaciones procesales para autenticación de distintos países, hay que oponer que

---

<sup>112</sup> Richter, *Der Notar im Recht der europäischen Gemeinschaften* (El notario en el derecho de las comunidades europeas), *MittBayNot Sonderheft* 1990 pág. 20 ss., 25; Hommelhoff, citado en la nota 81, pág. 73.

<sup>113</sup> Häsemeyer, citado en la nota 70, pág. 267 s.

<sup>114</sup> Häsemeyer, citado en la nota 70, pág. 168 s.

<sup>115</sup> Basedow, citado en la nota 111, pág. 17 ss.; Müller-Graf, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, (Derecho de la Comunidad Europea y derecho privado) *NJW* 1993 pág. 13 ss., 17 acentúa la poca importancia del principio de subsidiariedad en los asuntos jurídicos del mercado interno; Seidel en *Mindesharmonisierung im Binnenmarkt* (desarmonización mínima en el mercado interno), 1996, Toma de posición, pág. 68 ss.; 79 indica que la soberanía de configuración de la Comunidad Europea referente al mercado interno “no es mínima, sino adecuada a la función”; contra una solución uniforme, Stürner, *Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr* (El documento notarial en el tráfico jurídico europeo), *DNotZ* 1995, pág. 343 ss., 356

<sup>116</sup> Código europeo del código deontológico notarial del 03./04.02.1995, *DNotZ* 1995 pág. 329 ss.

<sup>117</sup> Schippel, *Der europäische Codex des notariellen Standesrechtes* (El código europeo del código deontológico notarial), *DNotZ* 1995 pág. 334 ss. 342

estarían permitidas normas más estrictas que la norma estándar de la directriz. Lo que Schippel<sup>118</sup> ha establecido para la Deontología Notarial, también valdría para una directriz sobre el derecho procesal europeo de autenticación: “Aguza la vista de todos los miembros para la mejor redacción posible del notariado y quizá es probable que despierte la convicción de que el notariado en Europa sólo puede cumplir su tarea y, con ello, sólo puede garantizar su existencia si armoniza él mismo sus obligaciones profesionales a un nivel muy alto”.

Existencia de nichos o amplia configuración activa del derecho contractual por parte del notario: estas alternativas se decidirán a escala europea. Sólo habrá oportunidades para una configuración jurídica futura en el camino de la prevención notarial con un derecho procesal europeo para notarios que garantice por completo la justicia contractual. Se puede concebir una ley complementaria de la directriz de multipropiedad que disponga que en la autenticación notarial del contrato y bajo el mantenimiento de los componentes esenciales del contrato que tienen el carácter de condiciones generales contractuales para el tipo de contrato, no procedan los derechos de revocación y rescisión y se incorpore la seguridad jurídica y el vínculo contractual en la conclusión del contrato, de forma que no se perjudiquen las disposiciones de los implicados tras la conclusión del mismo y se eviten litigios por su causa.

## VI. Tesis

1. La configuración jurídica notarial se refiere a negocios jurídicos. Presupone la libertad contractual como espacio de configuración.
2. Independencia e imparcialidad son las características funcionales de la configuración jurídica notarial en el mercado jurídico. Justifican la prevención contractual como el servicio jurídico específico del notario.
3. En el derecho real alemán se puede comprobar de forma convincente la función de configuración jurídica del notario en el derecho de obligaciones, de sociedades, hereditario y familiar.

---

<sup>118</sup> Schippel, citado en la nota 117, pág. 343

4. La libertad y justicia contractuales no son excluyentes siempre que se pueda evitar la disparidad como superioridad fáctica o inferioridad situacional de una de las partes. La prevención contractual por parte del notario elimina la inferioridad situacional.
5. Las barreras legales de la libertad contractual, que se vinculan a la “disposición” de condiciones contractuales por una de las partes y logran con ello que se lleve un control judicial del contenido, evitan la superioridad fáctica de una de las partes.
6. La autenticación notarial, como prevención para lograr la justicia contractual mediante una forma “interna” referida al contenido del contrato, evita la restricción de la libertad contractual mediante un control preceptivo del contrato y posibilita las configuraciones subjetivas. La consecuencia de la forma debería ser el derecho de las partes contratantes a configurar libremente el contenido del contrato y proporcionar un vínculo contractual con el cierre del negocio jurídico.
7. El procedimiento notarial para conseguir la justicia contractual legitima la función de configuración jurídica del notario en el derecho contractual. La europeización de las ordenanzas del derecho contractual de los Estados miembros requiere un derecho procesal europeo de autenticación para garantizar la función de configuración jurídica del notario.