



PETER L. MURRAY

*Visiting Professor of Law,
Harvard Law School*

Valoración desde USA del sistema europeo de justicia preventiva basado en el Notariado

24 de octubre de 2019

Civil Law Notaries and Preventive Justice in Real Estate and Corporate Law Transactions

Mr. Minister of Justice, Mr. General Director of the Registries and Notaries, Mr. President of the Academy of Spanish Notaries, Mr. Secretary of the Academy, Members of the Board of Directors of the Madrid Chamber of Notaries, respected colleagues, ladies and gentlemen:

Thank you, Mr. José Aristónico García Sánchez, for the generous introduction. My wife Deborah joins me in thanking the Academy for the invitation to speak tonight and for bringing us both here to do it. It is a pleasure and an honor to be able to speak with all of you at this time.

It was also a great pleasure for me to meet and work with Alvaro Lucini Mateo and Maria Jesus Mazo Venera during their visit in the United States in the fall of 2018 for the World Bank Symposium on «How Can Law Help Protect Individual Property Rights?» on November 5 in Washington, DC. Alvaro and Maria Jesus are outstanding representatives of the Spanish preventive justice system and its academic community. They make Spain's voice heard in the international councils on legal and economic study and reform.

1. INTRODUCTION

As our world becomes smaller, and international transactions become ever more commonplace, legal regimes and institutions that have existed for centuries undisturbed in their respective national cultures come under increasing scrutiny by persons, organizations, and institutions that do business or invest on an international scale. The increasing economic integration of the European Union, in particular, has generated many efforts to harmonize legal regimes and institutions in the interest of uniformity as well as supposed efficiency. International organizations such as the World Bank have also taken it upon themselves to evaluate local legal institutions relevant to real estate investment or business formation on a comparative basis.

In recent years, the institution and function of civil law notaries has attracted increased attention and some critical comment or attempted

Valoración desde USA del sistema europeo de justicia preventiva basado en el Notariado

Excelentísimo señor Ministro de Justicia, Ilustrísimo señor Director General de los Registros y del Notariado, Presidente de la Academia Española del Notariado, Secretario de la Academia, miembros de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, respetados colegas, señoras y señores:

Me gustaría empezar dando las gracias, don José Aristónico García Sánchez, por su generosa presentación. Mi esposa Deborah se une a mí para agradecer a la Academia la invitación para intervenir esta noche y por invitarnos a los dos aquí con este motivo. Es un placer y un honor poder hablar con todos ustedes en este momento.

También ha sido un enorme placer para mí reunirme y trabajar con Álvaro Lucini Mateo y María Jesús Mazo Venera durante su visita a los Estados Unidos en otoño de 2018 con motivo del Simposio del Banco Mundial sobre «¿Cómo puede la ley ayudar a proteger los derechos de propiedad individual?» que se celebró el pasado 5 de noviembre en Washington, DC. Álvaro y María Jesús son destacados representantes del sistema de justicia preventiva español y de su comunidad académica. Hacen oír la voz de España en los consejos internacionales de estudio y reforma jurídica y económica.

1. INTRODUCCIÓN

A medida que nuestro mundo se vuelve más pequeño, y las transacciones internacionales son cada vez más comunes, los regímenes jurídicos y las instituciones que existen desde hace siglos sin alteraciones en sus respectivas culturas nacionales son objeto de un escrutinio por parte de personas, organizaciones e instituciones que hacen negocios o invierten a escala internacional. La creciente integración económica de la Unión Europea, en particular, ha generado muchos esfuerzos para armonizar los regímenes jurídicos y las instituciones en aras de la uniformidad y una supuesta eficiencia. Organizaciones internacionales como el Banco Mundial también han asumido la tarea de proceder a una evaluación comparativa de las instituciones jurídicas locales relevantes para la inversión inmobiliaria o la constitución de empresas.

En los últimos años, la institución y la función de los notarios de derecho civil han atraído una mayor atención y algunos comentarios crí-

regulation (or deregulation) by these international investors and governmental bodies. While all legal institutions merit sharp and critical scrutiny at all times, the role and function of European civil law notaries may not be fully understood by at least some of those who venture criticism of this ancient institution of preventive justice.

Over the last three years, your speaker and Professor Rolf Stürner, of the University of Freiburg, Germany, have been making a practical and comparative study of the function and role of German public notaries in real estate and corporate law transactions. Professor Stürner is a leading German procedural law academic, who has studied the German notariat as an element of preventive law for several decades. Your speaker combines a law academic background in procedural and comparative law with practical experience with actual real estate transactions and corporate law matters as a U. S. practicing lawyer. My own work with civil law notaries dates back to a 2003-2007 project for the Conseil des Notariats de l'Union Européenne (CNUE) on the comparison of real estate conveyancing costs among several civil law and common law EU jurisdictions and also the United States.

Our study was commissioned by the German Federal Chamber of Notaries, and has been supported and assisted by a number of individual German notaries, who met with us and made it possible for us to observe actual transactions and client interactions in their respective offices. Our data collection included not only legal research and conversations with notaries, register officials, and others, but also twenty-four on-the-spot observations of notaries interacting with clients and authenticating a variety of real estate and corporate law transactions. The hope has been that, by including an investigator from a common law background in the study team, the German notariat and its functions could be examined through fresh eyes not already indoctrinated with reverence for this ancient legal institution. Our report was delivered to the German Federal Chamber of Notaries only a few weeks ago. The results of our study have been for us, at any rate, an increased awareness of not only the theoretical, but much more, the practical value of the notarial function as a modern institution of preventive justice.

It should be noted that the observations and conclusions of our study are based on the civil law notariat as it exists in Germany. Civil law notaries practice in many differing forms in the many nation states with civil law legal traditions. Our conclusions should be applied with some caution to notarial systems in other jurisdictions. We have

ticos o intentos de regulación (o liberalización) por parte de estos inversores internacionales y organismos públicos. Aunque todas las instituciones jurídicas merecen un escrutinio riguroso y crítico en todo momento, posiblemente, al menos algunos de los que se aventuran a criticar esta antigua institución de justicia preventiva no entienden del todo el papel y la función de los notarios de derecho civil europeos.

En los últimos tres años, su ponente y profesor Rolf Stürner, de la Universidad de Friburgo, Alemania, ha llevado a cabo un estudio práctico y comparativo de la función y el papel de los notarios alemanes en las transacciones de derecho inmobiliario y de sociedades. El profesor Stürner es un destacado académico alemán de derecho procesal, que ha estudiado el notariado alemán como un elemento de derecho preventivo durante varias décadas. Su ponente combina una experiencia académica en derecho procesal y derecho comparado con experiencia práctica en operaciones inmobiliarias reales y asuntos de derecho societario como abogado en ejercicio en los Estados Unidos. Mi propio trabajo con los notarios de derecho civil se remonta a un proyecto del Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE) de 2003-2007 sobre la comparación de los costes de las transmisiones inmobiliarias entre varias jurisdicciones de derecho civil y de *common law* de la UE y también de Estados Unidos.

Nuestro estudio fue un encargo de la Cámara Federal de Notarios de Alemania y contó con el apoyo y la asistencia de varios notarios alemanes, que se reunieron con nosotros y nos permitieron observar operaciones reales e interacciones con clientes en sus respectivas notarías. La recogida de datos incluyó no solo investigaciones jurídicas y conversaciones con notarios, funcionarios del registro y otros profesionales, sino también veinticuatro observaciones sobre el terreno de notarios que interactuaban con clientes y autentificaban diversas operaciones inmobiliarias y de derecho societario. Se esperaba que, al incluir en el equipo del estudio a un investigador de un entorno de *common law*, el notariado alemán y sus funciones pudieran ser examinadas a través de una mirada fresca no adoctrinada previamente con reverencia por esta antigua institución jurídica. Nuestro informe se entregó al Colegio Federal de Notarios alemana hace apenas unas semanas. Los resultados de nuestro estudio han sido para nosotros, en cualquier caso, un mayor conocimiento no solo del valor teórico, sino en mucha mayor medida del valor práctico de la función notarial como institución moderna de justicia preventiva.

Cabe señalar que las observaciones y las conclusiones de nuestro estudio se basan en el notariado de derecho civil existente en Alemania. Los notarios de derecho civil ejercen de muchas formas diferentes en los muchos estados nación con tradiciones jurídicas de derecho civil. Nues-

been informed, however, that the Spanish notariat maintains roles and standards very similar to those obtaining in Germany. so that the basic observations and conclusions of our study may apply pretty well to Spain.

2. PREVENTIVE AND RESTORATIVE JUSTICE

It can be said that one of the important responsibilities of the modern nation state is to provide its citizens with «justice», a reasonable expectation that established and accepted norms will be adhered to and respected by all, or nearly all of the citizenry. Once norms have been established, hopefully by democratic means, there are two paths to attempt to secure widespread compliance and respect for these norms. One of these paths is «restorative justice,» which seeks to secure compliance and safeguard expectations by providing a mechanism for the ascertainment and redress of harm caused by failure to adhere to the norms. The other path is to establish institutions that in one way or another prevent lapses and resulting harms from happening in the first place.

To drill down on this a little bit, there are many legal norms that exist and are to be respected, but that have no intrinsic means of ensuring compliance. The restorative justice system, however, encourages compliance by providing parties injured by noncompliance with an *ex post facto* remedy against the transgressor. So, for example, systems for redress of different kinds of tort damage by suit, judgment and execution are restorative justice systems. The norm requiring automobile drivers to drive with care is «enforced» by lawsuits by persons harmed by careless driving, who seek damages caused by the carelessness.

The restorative justice system is comprehensive. It is a backstop to other forms of justice. It has the advantage of requiring only a modest public investment. It is self-starting and does not rely on government agencies to initiate proceedings. The costly machinery of justice is only invoked when an injured party has the motivation to do so.

Preventive justice, on the other hand, is designed to avoid harm before it occurs by guiding the hands of the actors to follow the applicable norms. Systems for the prior inspection and licensing of drugs or foods can be classified as preventive justice systems. Food

tras conclusiones deben aplicarse con cierta cautela a los sistemas notariales de otras jurisdicciones. No obstante, se nos ha informado de que el notariado español mantiene funciones y normas muy similares al de Alemania, por lo que las observaciones y las conclusiones básicas de nuestro estudio pueden ser en buena medida aplicables en España.

2. JUSTICIA PREVENTIVA Y JUSTICIA REPARADORA

Se puede decir que una de las responsabilidades importantes del estado nación moderno es ofrecer a sus ciudadanos «justicia», una expectativa razonable de todos, o prácticamente toda la ciudadanía, cumplirán y respetarán las normas establecidas y aceptadas. Una vez establecidas las normas, cabe esperar que, por medios democráticos, existen dos caminos para intentar asegurar el cumplimiento y el respeto generalizados de estas normas. Una de estas vías es la «justicia reparadora», cuyo objetivo es garantizar el cumplimiento y salvaguardar las expectativas al proporcionar un mecanismo para la determinación y reparación del daño causado por el incumplimiento de las normas. La otra vía consiste en establecer instituciones que de una u otra manera eviten que se produzcan errores y daños resultantes.

Para profundizar un poco más en esto, existen muchas normas legales que deben respetarse, pero que no disponen de medios intrínsecos para garantizar el cumplimiento. No obstante, el sistema de justicia reparadora fomenta el cumplimiento al proporcionar a las partes perjudicadas por el incumplimiento un recurso *ex post facto* contra el transgresor. Así, por ejemplo, los sistemas de reparación de diferentes tipos de daños por actos ilícitos mediante juicios, sentencias y ejecuciones son sistemas de justicia reparadora. La norma que obliga a los conductores de automóviles a conducir con precaución se «impone» a través demandas interpuestas por personas perjudicadas por conducción imprudente, que reclaman indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por la imprudencia.

El sistema de justicia reparadora es un sistema integral. Es un mecanismo de seguridad para otras formas de justicia. Tiene la ventaja de que solo requiere una modesta inversión pública. Se activa de manera autónoma y no depende de las agencias gubernamentales para iniciar procedimientos. La costosa maquinaria de la justicia solo se invoca cuando una parte perjudicada tiene la motivación para hacerlo.

Por otra parte, la justicia preventiva está concebida para evitar daños antes de que se produzcan guiando las manos de los actores para que respeten las normas aplicables. Los sistemas de inspección previa y conce-

inspection is supposed to prevent consumers from eating contaminated of dangerous foods. While persons harmed by eating such foods undoubtedly have *ex post facto* restorative justice remedies, the potential harm from poisoning justifies the increased expense of stepping in beforehand and taking some steps to prevent the harm from occurring.

All modern legal systems consist of a mixture of institutions of preventive and restorative justice. Some tend to rely more on preventive justice than others. However, it would be a mistake to say that any legal system is purely preventive or restorative. And, as the world economy becomes more complex and dangerous, preventive justice measure are increasingly being relied on to protect unwary citizens from a variety of physical, social and economic threats.

Although the Anglo-American legal world is sometimes characterized as favoring restorative justice, in fact, preventive justice measures are present on every side. Indeed, the 16th century Statute of Frauds, that required that contracts for the transfer of real estate be in written form, is an early measure of preventive justice. The idea was that requiring that contracts for the sale of real estate be in writing would cut down on fraudulent oral dealings in what was the most important component of the economy of the time. Nowadays, preventive justice measures such as those requiring licensing of professionals and purveyors, inspections of food, drugs and buildings, and mandatory representation by legal professionals in transactions such as guardianships and divorces, to name only a few, are to be found in every country.

This having been said, the degree to which various legal regimes rely on institutions of preventive justice, does vary in some key areas. In particular, most countries with civil law traditions maintain the preventive law institution of the public notary for certain «private law» transactions, generally transfers of real estate and sometimes aspects of the foundation and operation of artificial legal entities such as corporations.

Although the origin of notaries can be traced to Roman Law and the role of Roman courts in connection with certain then-public transactions, my discussion tonight will not address the historical underpinnings of the notariat. Nor will my talk address the theoretical or jurisprudential concept of «the public document» as «authenticated» by notaries and their procedures. Instead, my focus will be on the practical and policy-based value of the civil law notariat in modern economies at the outset of the 21st century. It will be submitted that many of the prac-

sión de licencias de medicamentos o alimentos pueden clasificarse como sistemas de justicia preventiva. Se supone que la inspección de alimentos evitará que los consumidores consuman alimentos peligrosos contaminados. Si bien las personas perjudicadas por comer dichos alimentos sin duda tienen recursos de justicia reparadora *ex post facto*, el daño potencial por envenenamiento justifica el mayor gasto de intervenir con anticipación y tomar algunas medidas para evitar que se produzca el daño.

Todos los sistemas jurídicos modernos consisten en una mezcla de instituciones de justicia preventiva y de justicia reparadora. Algunos tienden a confiar más en la justicia preventiva que otros. No obstante, sería un error afirmar que un sistema jurídico es meramente preventivo o meramente reparador. Y, a medida que la economía mundial se vuelve más compleja y peligrosa, cada vez se recurre más a medidas de justicia preventiva para proteger a los ciudadanos incautos frente a una serie de amenazas físicas, sociales y económicas.

Aunque el ámbito jurídico angloamericano a veces se caracteriza por favorecer la justicia reparadora, de hecho, las medidas de justicia preventiva están presentes en todos los lados. En efecto, el Estatuto de Fraudes del siglo XVI (*Statute of Frauds*), que exigía que los contratos para la transmisión de bienes raíces se hicieran constar por escrito, es una medida temprana de justicia preventiva. La idea era que exigir que los contratos para la venta de bienes raíces se hiciera constar por escrito reduciría los tratos verbales fraudulentos en lo que era el componente más importante de la economía de la época. En la actualidad, en todos los países encontramos medidas de justicia preventiva como las que exigen la concesión de licencias a profesionales y proveedores, inspecciones de alimentos, medicamentos y edificios, y la representación obligatoria por parte de profesionales del derecho en operaciones como tutelas y divorcios, por nombrar solo algunos ejemplos.

Una vez dicho esto, el grado en el que diversos regímenes jurídicos dependen de las instituciones de justicia preventiva, sí varía en algunos ámbitos clave. En particular, la mayoría de los países con tradiciones de derecho civil mantienen la institución de derecho preventivo del notario para determinadas transacciones de «derecho privado», por lo general transmisiones de bienes inmobiliarios y a veces aspectos de la fundación y el funcionamiento de entidades jurídicas artificiales, como son las sociedades.

Aunque el origen de los notarios puede rastrearse hasta el Derecho Romano y el papel de los tribunales romanos en relación con determinadas transacciones públicas en ese momento, en mi intervención de esta noche no abordaré los fundamentos históricos del notariado. Tampoco trataré el concepto teórico o jurisprudencial del «documento públi-

tical and policy considerations which may have led the Romans to confide certain kinds of important legal transactions to public, then quasi-public, officials still have validity today.

Nation states with a common-law legal tradition maintain their own institutions of preventive justice, but do not know the public notariat in the form it exists and functions in the civil law world. In particular, real estate transactions and most corporate law transactions are pretty much left to the parties themselves, with whatever expert assistance they may elect to employ, usually in the form of private lawyers or, more recently, title and corporate service companies. This state of affairs is said to provide transaction participants with more freedom to structure their affairs without a legally mandated transaction officiant but may have its own costs in terms of lack of neutral legal advice and a less than ideal level of legal certainty in some areas.

3. THE CASE FOR PREVENTIVE JUSTICE IN REAL ESTATE AND CORPORATE LAW TRANSACTIONS

In contemporary society, as well as in bygone days, real estate ownership and transfer have a special legal status. In a very basic sense, sound systems for maintaining and transferring interests in real estate are fundamental to social and economic stability. Establishing, defining and protecting claims to private ownership of the world's surface on which we all live requires legal mechanisms for transaction effectuation and recordkeeping of a high degree of integrity. At the same time, because real estate transactions have become ubiquitous within the populations of western democracies for some centuries, some method to make sure that parties are properly advised about what may be the most significant legal act in their lives is equally important.

The creation and governance of artificial legal entities, particularly when associated with limited liability of their owners and managers, also raises special challenges to a legal system. By allowing the creation and maintenance of corporations and limited liability companies, which enjoy limited liability and unlimited life, the state is delegating powers

co» como «autenticado» por los notarios y sus procedimientos. Me centraré, en cambio, en el valor práctico y basado en políticas del notariado de derecho civil en las economías modernas al comienzo del siglo XXI. Se expondrá que muchas de las consideraciones prácticas y políticas que pueden haber llevado a los romanos a confiar determinados tipos de transacciones legales importantes a funcionarios públicos, entonces cuasipúblicos, siguen siendo válidas hoy en día.

Los estados nación con tradición legal de *common law* mantienen sus propias instituciones de justicia preventiva, pero no conocen el notariado en la forma en la que existe y funciona en el mundo del derecho civil. En particular, las transacciones inmobiliarias y la mayoría de las operaciones de derecho societario se dejan prácticamente en manos de las propias partes, con la asistencia experta a la que decidan recurrir, generalmente a cargo de abogados privados o, más recientemente, compañías de título y servicios corporativos. Se dice que esta situación brinda a los participantes en la transacción una mayor libertad a la hora estructurar sus asuntos sin un oficiante con un mandato legal, pero puede tener su propio coste en términos de ausencia de asesoramiento jurídico neutral y un nivel de seguridad jurídica inferior al óptimo en algunos ámbitos.

3. DEFENSA DE LA JUSTICIA PREVENTIVA EN TRANSACCIONES DE DERECHO INMOBILIARIO Y DERECHO SOCIETARIO

En la sociedad contemporánea, así como en tiempos pasados, la propiedad y la transmisión de bienes raíces tienen un estatus legal especial. En un sentido muy básico, los sistemas sólidos de mantenimiento y transmisión de intereses inmobiliarios son fundamentales para la estabilidad social y económica. Establecer, definir y proteger el derecho a la propiedad privada de la superficie del mundo en el que todos vivimos exige mecanismos legales para la realización de transacciones y el mantenimiento de registros con un alto grado de integridad. Al mismo tiempo, habida cuenta de que las transacciones inmobiliarias se han generalizado entre las poblaciones de las democracias occidentales desde hace algunos siglos, también es importante contar con algún método para asegurarse de que las partes estén debidamente asesoradas sobre lo que puede ser el acto jurídico más importante de su vida.

La creación y el gobierno de entidades jurídicas artificiales, en particular cuando están asociadas a la responsabilidad limitada de sus propietarios y gestores, plantea asimismo retos especiales a un sistema jurídico. Al permitir la creación y el mantenimiento de sociedades anón-

that otherwise would belong only to it. The very existence, as well as all of the powers and functions of such entities depends on accurate and scrupulous legal drafting and record keeping, including some form of public registration.

Corporate entities may involve the participation of many natural persons, of differing sophistication and bargaining power. Once again easy and economical access to legal advice can be an important protection against one-sidedness or even fraud in corporate structures and functions.

It would be possible to leave real estate and corporate legal transactions to the parties themselves, aided by whatever professional assistance they would choose to employ. Mistakes, inaccuracies and even fraud would be left to the restorative justice system. Dissatisfied parties could sue *ex post facto* for either damages sustained or to achieve an equitable restructuring of the transaction.

On the other hand, if a system could provide mechanisms that would prevent problems and disputes from arising by carefully and accurately documenting and registering real estate and corporate law transactions, and by making sure that transaction participants had a reasonable understanding of the terms and conditions of the transaction they are entering into, bad results, misunderstandings, disputes and the need for dispute resolution might be significantly lessened at a savings in cost and the social wear and tear of litigation. The old adage, «an ounce of prevention is worth a pound of cure» is the mantra of preventive justice.

Of course, when one is considering providing preventive justice for every transaction in order to save potential disputes and cost that may arise in only a relative handful, one must consider the costs that will be borne by everyone in order to protect a relative few who might be harmed in the absence of the preventive justice measures. So reasonable cost and access by all transaction participants are important considerations to keep in mind when deploying preventive justice measures in real estate and corporate law transactions.

4. THE ROLE OF THE NOTARY AS AN INSTITUTION OF PREVENTIVE JUSTICE

The modern civil law notary is able to meet both preventive justice priorities in real estate and corporate contexts. Requirements for notarial

nimas y sociedades de responsabilidad limitada, que gozan de responsabilidad limitada y vida indefinida, el Estado delega poderes que de otro modo solo le pertenecerían a él. La propia existencia, así como todas las facultades y funciones de estas entidades, dependen de una redacción y conservación de registros legales exactos y escrupulosos, incluyendo algún tipo de inscripción pública.

Las entidades corporativas pueden dar lugar a la participación de muchas personas físicas, con diferente grado de sofisticación y poder de negociación. Una vez más, el acceso fácil y económico al asesoramiento jurídico puede constituir una protección importante contra la unilateralidad o incluso el fraude en las estructuras y funciones corporativas.

Sería posible dejar las transacciones legales inmobiliarias y societarias en manos de las propias partes, contando con la asistencia profesional a la que decidan recurrir. Errores, inexactitudes e incluso fraude quedarían en manos de la justicia reparadora. Las partes insatisfechas podrían demandar *ex post facto* por los daños sufridos o para lograr una reestructuración equitativa de la transacción.

Por otra parte, si un sistema pudiera proporcionar mecanismos capaces de evitar que surjan problemas y disputas, documentando y registrando de manera diligente y exacta las transacciones de derecho inmobiliario y societario, y asegurándose de que los participantes en la transacción comprendieran de manera razonable las disposiciones y las condiciones de la transacción en la que participan, los malos resultados, los malentendidos, las disputas y la necesidad de resolución de disputas podrían reducirse significativamente con un ahorro de costes y evitando el desgaste social que implica el litigio. El viejo dicho, «más vale prevenir que curar» es el mantra de la justicia preventiva.

Por supuesto, cuando se está considerando ofrecer justicia preventiva para cada transacción con el fin de evitar posibles disputas y costes que puedan surgir solo en un número relativamente reducido, se deben considerar los costes que deberán soportar todos para proteger a relativamente pocos que podrían resultar perjudicados en ausencia de las medidas de justicia preventiva. Por lo tanto, el coste razonable y el acceso de todos los participantes en las transacciones son consideraciones importantes que se deben tener en cuenta a la hora de implementar medidas de justicia preventiva en operaciones inmobiliarias y societarias.

4. EL PAPEL DEL NOTARIO COMO INSTITUCIÓN DE JUSTICIA PREVENTIVA

El notario de derecho civil moderno es capaz de cumplir las prioridades de la justicia preventiva en el contexto inmobiliario y societario.

authentication of real estate and corporate law transactions provides a guarantee that transactions are completed with a high level of skill and that the all-important registers are free of errors. By the same token, the required participation of a notary as a neutral «lawyer for the situation» in such transactions vouches safe to the parties good access to neutral legal advice that may prevent uninformed, improvident or fraudulent transactions.

Our actual observation of notarial effectuation of real estate transactions impressed us with the efficiency and quality of the performances of the notaries whom we saw in action. Information was quickly gathered from parties and easily-accessed public registers. Necessary transfer documents were drafted. In person contact between parties and notaries was meaningful. The notaries not only read the documents aloud but also explained significant points and answered questions. Individual circumstances were accommodated. Contractual expectancies were protected pending completion through the use of preliminary register notations. Completion was not unduly delayed.

Notaries' performance in the corporate law context was similar. Parties provided information, potential issues were clarified, documents were drafted, everything was explained to the parties, and transaction completion was not delayed. Accurate and effective public registers served to inform the parties and protect those relying on this information.

The role of the notaries in explaining the transactions to the parties in person, reading the documents aloud, and being accessible for questions seemed to us to be of particular importance as a matter of preventive justice. Real estate and corporate law are recondite subjects to persons from the real world. If all parties are able to achieve a reasonable understanding of their legal actions and the consequences, it is less likely that they will leave the transaction with the kinds of differing views that lead to disputes later on.

Another important feature of the German system is the quality and integrity of the land and commercial register systems, both of which depend on notarial input. Accurate and current land and corporate registration minimizes later disputes and enables parties to rely on the registered information. This saves time and costs otherwise associated with uncertainty such as various forms of insurance and the need to do ad hoc «due diligence» investigations.

Finally, it appears to us that the notarial system can provide this significant degree of preventive law protection at a reasonable cost. Our study included analysis of the costs to the parties for several of the real

Los requisitos para la autenticación notarial de las operaciones de derecho inmobiliario y societario garantizan que las operaciones se completen con un alto nivel de competencia y que los muy importantes registros estén exentos de errores. De la misma manera, la participación necesaria de un notario como «abogado de la situación» neutral en estas operaciones garantiza a las partes un adecuado acceso al asesoramiento jurídico neutral que puede impedir transacciones no informadas, improvisadas o fraudulentas.

Nuestra observación real de la ejecución notarial de transacciones inmobiliarias nos impresionó por la eficiencia y la calidad de las actuaciones de los notarios que vimos actuar. Se recogió rápidamente la información de las partes y de los registros públicos de fácil acceso. Se redactaron los documentos de transmisión necesarios. El contacto personal entre las partes y los notarios fue significativo. Los notarios no solo dieron lectura a los documentos en voz alta, sino que también explicaron puntos significativos y respondieron preguntas. Se atendieron circunstancias individuales. Las expectativas contractuales estaban protegidas a la espera de ser completadas mediante el uso de anotaciones de registro preliminares. El perfeccionamiento no se demoró indebidamente.

La actuación de los notarios en el ámbito del derecho de sociedades fue similar. Las partes facilitaron información, se aclararon posibles problemas, se redactaron documentos, se explicó todo a las partes y no se demoró la finalización de la operación. Unos registros públicos exactos y eficaces sirvieron para informar a las partes y proteger a quienes se basan en esa información.

El papel de los notarios a la hora de explicar las operaciones a las partes personalmente, dar lectura a los documentos en voz alta y mostrarse accesibles para las preguntas nos pareció de especial importancia en materia de justicia preventiva. El derecho inmobiliario y de sociedades son temas recónditos para personas del mundo real. Si todas las partes son capaces de lograr una comprensión razonable de sus acciones legales y las consecuencias, es menos probable que salgan de la operación con tipos de puntos de vista diferentes que llevan a disputas más adelante.

Otra característica importante del sistema alemán es la calidad y la integridad de los sistemas registrales de la propiedad y mercantiles, que dependen en ambos casos de la aportación notarial. El registro exacto y actualizado de terrenos y sociedades minimiza las disputas posteriores y permite a las partes confiar en la información registrada. Esto ahorra tiempo y costes asociados de otro modo con la incertidumbre, como las diversas formas de seguro y la necesidad de realizar investigaciones *ad hoc* de «diligencia debida».

estate and corporate law transactions observed. Among the various real estate transactions that we studied in depth and actually observed was the sale and purchase of a house in Hamburg, Germany. Complete notarial authentication of this real estate transaction of more or less average value, namely 380,000 Euro, cost the parties a total of a 3,057.50 Euro, or approximately 0.8% of the purchase price.

By the same token, we found that notarial authentication of corporate entities with lower and average capitalization was also not expensive. In Cologne, Germany, we studied and observed the formation of a limited liability company with two participants and 25,000 Euro in initial capital. The cost for a notary to attend to the formation and file the necessary authentic documents in the commercial register cost the parties no more than 642.50 Euro or about 2.5% of the original amount invested.

Our study of the statutory fee schedule of German notaries, which is based on transaction value, made it clear to us that there is a kind of «cross subsidy.» German notarial fees are based on the monetary value of the transactions authenticated. Often the amount of work required to authenticate a higher value transaction is not much more than is required for a similar transaction with a smaller sum at stake. The transaction-value-based fee schedule thus tends to provide a proportionately more generous level of compensation for higher value transactions, even taking into account increased liability exposure. The more generous compensation for higher value transactions makes it economically possible for notaries to perform lower-value transactions at moderate fees. This arrangement is justified as a measure designed to foster access to full preventive justice for all parties regardless of the amount at stake.

5. ALTERNATIVES FROM THE COMMON LAW WORLD

In England, the United States and most of the other countries that share a common law tradition, real estate transfers and most corporate law transactions are left to the private marketplace, even to the extent of

Por último, nos parece que el sistema notarial puede proporcionar este importante grado de protección jurídica preventiva a un coste razonable. Nuestro estudio incluyó el análisis de los costes para las partes correspondientes a varias de las transacciones de derecho inmobiliario y de sociedades observadas. Entre las diversas transacciones inmobiliarias que estudiamos en profundidad y que observamos hubo una compraventa de una casa en Hamburgo, Alemania. La autenticación notarial completa de esta operación inmobiliaria de valor más o menos medio, es decir, 380 000 euros, supuso para las partes un coste total de 3057,50 euros, aproximadamente un 0,8 % del precio de compra.

De la misma manera, encontramos que la autenticación notarial de entidades societarias con una capitalización menor o media tampoco era costosa. En Colonia, Alemania, estudiamos y observamos la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con dos participantes y un capital inicial de 25 000 euros. El coste de la presencia del notario en la constitución y la presentación de los documentos auténticos necesarios en el registro mercantil no superó los 642,50 euros o el 2,5 % aproximadamente del importe original invertido.

Nuestro estudio de las tarifas legales de honorarios de los notarios alemanes, que se basan en el valor de la operación, nos dejó claro que existe una especie de «subvención cruzada». Los honorarios notariales alemanes se basan en el valor monetario de las operaciones autenticadas. A menudo, el volumen de trabajo necesario para autenticar una operación de mayor valor no es muy superior al necesario para una operación similar en el que la suma en juego es menor. Por lo tanto, los honorarios basados en el valor de las operaciones tienden a ofrecer un nivel proporcionalmente más generoso de compensación por operaciones de mayor valor, incluso teniendo en cuenta una mayor exposición a la responsabilidad. La compensación más generosa por operaciones de mayor valor permite económicamente a los notarios realizar operaciones de menor valor a tarifas moderadas. Este arreglo se justifica como una medida destinada a fomentar el acceso a una justicia preventiva plena para todas las partes independientemente de la cantidad que esté en juego.

5. ALTERNATIVAS EN EL ÁMBITO DEL *COMMON LAW*

En Inglaterra, Estados Unidos y la mayoría de los demás países que comparten una tradición de *common law*, las transmisiones inmobiliarias y la mayoría de las operaciones de derecho de sociedades se dejan

«do it yourself». There is no institution of preventive justice that corresponds to the civil law notariat.

In the United States, both real estate and corporate law are «state» law and therefore vary among the 50 states. Real estate records are merely recordations of the individual instruments of conveyances as they take place. Land registration, although introduced in several states around the turn of the 20th century, never became accepted or widely implemented, so that in all states proof of land ownership is based on searches of recorded conveyances over several decades to generate confidence in the underlying title. Because of this uncertainty, and the differing practices among, and even within states, the national secondary market for real estate mortgages now demands that mortgagors of real estate purchase title insurance policies to protect them from financial loss from defects in or failures of title.

The cost of title insurance is significant, even though there claims for defects in title are relatively rare. This is a good example of an expensive private solution to a weakness in the preventive law system. Every buyer and mortgagor must pay a premium in order to protect themselves or their lender from the consequences of the public failure to adopt and maintain a reliable title registration system.

The actual work of effectuating real estate transactions is performed by lawyers, who generally represent one party, usually the bank, and now largely by «title companies,» corporate enterprises that offer real estate title-research and transaction-closing services and also broker policies of title insurance.

Although federal and state consumer protective laws now require multiple disclosure forms and other papers, there is no system to provide advice to transaction participants, who must rely on their own experience or advice they obtain from private lawyers or other sources. When lawyers are retained by individual transaction parties, they may be subject to subtle conflicts of interest in advising other transaction parties who did not actually retain them. Title companies give no individual legal advice, but merely fill out the forms, make the filings, and disburse the proceeds.

Corporate transactions are parallel. Corporate entities are organized by private lawyers, as well as by «corporation companies», and indeed by entrepreneurs themselves using do-it-yourself forms on the internet. Filing requirements are rudimentary and are generally limited to the original certificate of organization and spare annual information reports. Persons seeking to determine the ownership, governance and financial status of corporate entities cannot rely on any kind of public register but

en manos del mercado privado, llegando incluso al «hágalo usted mismo». No existe ninguna institución de justicia preventiva que corresponda al notariado de derecho civil.

En los Estados Unidos, tanto el derecho inmobiliario como el derecho de sociedades corresponde a leyes «estatales» y, por lo tanto, varían entre los 50 estados. Los registros inmobiliarios son meras inscripciones de los instrumentos individuales de transmisión a medida que se producen. La inscripción de tierras, aunque se introdujo en varios estados a principios del siglo XX, nunca se aceptó ni se implementó de manera generalizada, de tal forma que, en todos los estados, la prueba de la propiedad de la tierra se basa en búsquedas de transmisiones registradas a lo largo de varias décadas para generar confianza en el título subyacente. Debido a esta incertidumbre, y a las diferentes prácticas entre estados, e incluso dentro de los estados, el mercado secundario nacional de hipotecas inmobiliarias exige ahora que los deudores hipotecarios de bienes inmuebles adquieran pólizas de seguro de título para protegerlos de pérdidas financieras por defectos o errores de título.

El coste del seguro de título es significativo, aunque las reclamaciones por defectos en el título son relativamente excepcionales. Este es un buen ejemplo de una costosa solución privada a una debilidad del sistema jurídico preventivo. Todo comprador y todo deudor hipotecario debe pagar una prima para protegerse a sí mismo o a su prestamista de las consecuencias de la falta de adopción y mantenimiento en el ámbito público de un sistema de registro de títulos fiable.

El trabajo real de realizar transacciones inmobiliarias corre a cargo de abogados, que por lo general representan a una parte, normalmente al banco, y ahora en gran medida por «compañías de títulos», empresas que ofrecen servicios de investigación de títulos y cierre de transacciones inmobiliarias y también pólizas de intermediación de seguros de títulos.

Si bien las leyes federales y estatales de protección al consumidor exigen ahora múltiples formularios de divulgación y otros documentos, no existe un sistema para prestar asesoramiento a los participantes en las transacciones, y estos deben confiar en su propia experiencia o en el asesoramiento que obtengan de abogados privados u otras fuentes. Cuando los abogados son contratados por partes individuales de las transacciones, pueden estar sujetos a sutiles conflictos de intereses a la hora de informar a otras partes de la transacción que no los han contratado. Las compañías de títulos no brindan asesoramiento legal individual, sino que se limitan a cumplimentar los formularios, hacer las presentaciones y desembolsar el dinero.

Las operaciones societarias son paralelas. Los derechos societarios están organizados por abogados privados, así como por «empresas de

have to perform «due diligence» inspection of internal corporate records and inquiry of corporate officials.

In the corporate, as well as the real estate context, transaction participants generally lack any systematic neutral advice about the terms or consequences of the transactions they are entering into. They can and do hire private lawyers to advise them, but conflict of interest rules confine the lawyers' responsibility to the clients who retained them, leaving unrepresented corporate participants without advice on which they can legally rely. Corporation companies and the internet do not provide any individual legal advice but leave the parties to what they can glean themselves from publicly available sources.

This relatively unstructured system permits parties to real estate and corporate law transactions a degree of freedom in structuring their arrangements at a potentially low initial cost, if they are willing to forego personalized legal advice and assistance and live with a degree of legal uncertainty or insure against it. The restorative justice system is left the task of remediating any errors or frauds that this somewhat more porous preventive justice system may not catch. In the case of real estate, financial losses from some of these may be covered by title insurance, which is purchased *ex ante* in anticipation of possible problems. There is no parallel system to insure against defects in corporation organization or governance.

Although the relative absence of built-in preventive law structures would suggest that initial transaction costs in the U. S. would be lower than in Germany, our study suggested that this is not necessarily the case. Analysis of costs of actual transactions in both legal systems discloses that participant costs for notarial effectuation of real estate transactions of lower or average value tend to be similar or lower in Germany than the costs for title company or lawyer transaction closings (including title insurance) in typical American states. So, for instance, the cost in the State of Maine of effectuating the purchase and sale of a house with a value corresponding to the house in Hamburg would be about \$3,775 or .83% of the amount of the transaction, just about the same as in Germany. The purchase and sale of such a property in a metropolitan area such as New York, where it is customary for both parties to be represented by lawyers, would generate costs in the vicinity of \$7,000, substantially more than in Germany. Only in transactions at the upper end of the value scale does the American system have any discernable cost advantage.

By the same token, U.S. corporate law transaction costs vary significantly based on the degree of advice obtained by participants from

servicios corporativos» («*corporation companies*»), y de hecho por los propios empresarios utilizando formularios de Internet que deben elaborar por sí mismos. Los requisitos de presentación son rudimentarios y por lo general se limitan al certificado de constitución original y a los informes de información anual. Las personas que tratan de determinar la propiedad, el gobierno y la situación financiera de las entidades corporativas no pueden basarse en ningún tipo de registro público, sino que tienen que realizar una inspección de «diligencia debida» de los registros societarios internos y consultar con los directivos de la empresa.

En el contexto empresarial, así como en el inmobiliario, los participantes en las operaciones carecen por lo general de asesoramiento neutral sistemático sobre las condiciones o las consecuencias de las operaciones que realizan. Pueden contratar a abogados privados para asesorarlos, y así lo hacen, pero las normas sobre conflictos de intereses limitan la responsabilidad de los abogados a los clientes que los hayan contratado, de manera que los participantes corporativos no representados no cuentan con un asesoramiento en el que puedan confiar legalmente. Las empresas de servicios corporativos e Internet no ofrecen asesoramiento jurídico individual, sino que dejan a las partes con lo que pueden obtener por sí mismas de fuentes públicas.

Este sistema relativamente desestructurado permite a las partes en operaciones de derecho inmobiliario y de sociedades un grado de libertad para estructurar sus acuerdos a un coste inicial potencialmente bajo, si están dispuestas a renunciar al asesoramiento y a la asistencia jurídica personalizada y asumir un grado de inseguridad jurídica o asegurarse frente a ello. Se deja en manos del sistema de justicia reparadora la tarea de remediar cualquier error o fraude que este sistema de justicia preventiva un tanto más poroso no pueda detectar. En el caso de los bienes inmobiliarios, las pérdidas financieras derivadas de estos problemas pueden estar cubiertas por el seguro de título, que se compra *ex ante* para prevenir posibles problemas. No existe un sistema paralelo para asegurar contra defectos en la constitución o en el gobierno de la sociedad.

Aunque la ausencia relativa de estructuras legales preventivas incorporadas indicaría que los costes iniciales de transacción en los Estados Unidos serían menores que en Alemania, nuestro estudio sugiere que no es necesariamente así. El análisis de los costes de las transacciones reales en ambos sistemas jurídicos pone de manifiesto que los costes de los participantes para la ejecución notarial de transacciones inmobiliarias de valor inferior o medio tienden a ser similares o inferiores en Alemania a los costes de cierre de transacciones de compañías de títulos o abogados (incluido el seguro de título) en estados típicos de Estados Unidos. Así,

party lawyers, ranging from «do it yourself» formations without any advice to larger and more complex transactions involving several lawyers representing various participant interests. However putting aside the extreme case of totally unrepresented parties organizing entities on the internet or with help of a «corporation company», the costs of formation of a small LLC or stock corporation with legal assistance from at least one attorney would be of the same order as the costs if having it done by a notary in Germany. In most of the American states, we estimated that the cost of organizing a limited liability company similar to the one we observed in Cologne would be approximately \$600 to \$1,500 depending on the extent to which the parties obtained actual advice from lawyers. These costs range from a level that is practically the same as in Germany at the low end, to amounts considerably in excess of German notarial fees in situations where more than one lawyer is involved.

Costs for more complex transactions depend on the number and sophistication of parties and the kind of transaction involved and are very hard to compare. However, we did observe that the amount of «due diligence» needed to determine capitalization, governance, and financial status of corporate entities is significantly greater in the United States than in Germany, where much of this information is reliably provided by public registers.

6. COMPARATIVE ADVANTAGES AND DRAWBACKS

Economic globalization, and in particular the internationalization of financial investment and the global flow of money has focused attention

por ejemplo, el coste en el Estado de Maine de ejecutar la compraventa de una vivienda con un valor correspondiente a la vivienda en Hamburgo sería de unos 3775 dólares o el 0,83 % del importe de la operación, prácticamente el mismo que en Alemania. La compraventa de una propiedad de este tipo en un área metropolitana como Nueva York, donde es habitual que ambas partes estén representadas por abogados, generaría costes cercanos a los 7000 dólares, sustancialmente más que en Alemania. Solo en operaciones en el extremo superior de la escala de valor, el sistema estadounidense tiene alguna ventaja de coste discernible.

De la misma manera, los costes de las operaciones de derecho societario en los Estados Unidos varían significativamente en función del grado de asesoramiento obtenido por los participantes de los abogados de las partes, desde formaciones tipo «hágalo usted mismo» sin ningún asesoramiento hasta operaciones de mayor envergadura y más complejas en las que intervienen varios abogados que representan diversos intereses de los participantes. No obstante, dejando a un lado el caso extremo de partes totalmente no representadas que organizan entidades en Internet o con ayuda de una «empresa de servicios corporativos», los costes de constitución de una pequeña sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima con asistencia jurídica de al menos un abogado serían del mismo orden que los costes si interviniera un notario en Alemania. En la mayoría de los estados estadounidenses, calculamos que el coste de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada similar a la que observamos en Colonia sería de aproximadamente 600 a 1500 dólares, dependiendo de la medida en que las partes hayan obtenido asesoramiento real de abogados. Estos costes van desde un nivel prácticamente idéntico al de Alemania en el extremo inferior hasta cantidades considerablemente superiores a los honorarios notariales alemanes en situaciones en las que interviene más de un abogado.

Los costes de las operaciones más complejas dependen del número y de la sofisticación de las partes y del tipo de operación en cuestión y son muy difíciles de comparar. No obstante, observamos que la magnitud de la «diligencia debida» necesaria para determinar la capitalización, el gobierno y la situación financiera de las entidades corporativas es significativamente superior en los Estados Unidos que en Alemania, donde los registros públicos facilitan gran parte de esta información de manera fiable.

6. VENTAJAS E INCONVENIENTES COMPARATIVOS

Debido a la globalización económica y, en particular, a la internacionalización de la inversión financiera y el flujo global de dinero se ha

on the differences among national legal regimes as they may affect the ease, reliability or cost of cross-border investing. Comparative law, once the province of law academics, has become of interest to international entrepreneurs, speculators and financiers. It is not surprising that we find that national legal systems, reflecting the history and cultural priorities of long-established nation states, are being compared and evaluated for their «business friendliness» based on the priorities of these financial actors.

Looked at from the standpoint of traditional comparative law criteria, the function of notaries in real estate and corporate law transactions compares favorably with how such transactions are handled in the common law world. Two advantages stand out, 1) the required availability of sound neutral advice for all transaction participants, regardless of financial ability or amount at stake, and 2) maintenance of strong and accurate public register systems on which good faith parties can rely for information on real estate title and encumbrances and corporate governance and capitalization. For low and medium sized transactions these positive features are provided at a cost that is comparable to the «low cost» common law alternative. Notarial authentication of higher value transactions may cost a little more than would be the case in England or the US. That extra margin helps subsidize notarial competence for lower value transactions that alone may not be compensable.

It may be that innovations such as real estate conveyancing by real estate brokers and «do it yourself» corporate formation may be introduced more readily in the more permissive legal cultures. However, these developments entail their own costs in terms of lack of expert advice for all participants or scrupulous transaction completion and accurate registers. The restorative justice system, already creaky in many jurisdictions, may not be able to compensate for uncertainty costs and actual harms suffered by participants in these new forms of transactions. Recent developments in the European Union suggest that it may be possible to offer corporate formation on the internet under the oversight of notaries, thus combining cost savings with maintenance of standards of quality.

In recent years economic «studies» by and for the Organization for Economic Co-operation and Development and the World Bank have attempted to «rank» various legal regimens based on various criteria associated with ease of business startup or receptiveness to international investment and development. Our review of several of these studies that purported to compare notarial systems to others concluded that the

centrado la atención en las diferencias entre los regímenes jurídicos nacionales, ya que pueden afectar a la facilidad, la fiabilidad o el coste de una inversión transfronteriza. El derecho comparado, antaño limitado al ámbito académico, es ahora de interés para los empresarios, especuladores y financieros internacionales. No es de extrañar que nos encontremos con que los sistemas jurídicos nacionales, que reflejan la historia y las prioridades culturales de los estados nación de larga tradición, estén siendo comparados y evaluados por su «facilidad para los negocios» sobre la base de las prioridades de estos actores financieros.

Desde el punto de vista de los criterios tradicionales del derecho comparado, la función de los notarios en las transacciones de derecho inmobiliario y de sociedades sale bien parada en relación con la forma en la que estas transacciones se manejan en el mundo del *common law*. Destacan dos ventajas: 1) la disponibilidad necesaria de asesoramiento sólido y neutral para todos los participantes en la operación, independientemente de la capacidad financiera o el importe en juego, y 2) el mantenimiento de sistemas de registro público sólidos y exactos en los que las partes de buena fe puedan basarse para obtener información sobre títulos y cargas inmobiliarias y gobierno corporativo y capitalización. En el caso de las operaciones de volumen reducido y medio, estas características positivas se proporcionan a un coste comparable a la alternativa de «bajo coste» del *common law*. La autenticación notarial en operaciones de mayor valor puede tener un coste algo superior que el que tendrían en Inglaterra o en Estados Unidos. Ese margen adicional contribuye a subsidiar la competencia notarial en operaciones de menor valor que por sí solas pueden no compensar.

Es posible que innovaciones como la transmisión de bienes raíces por parte de intermediarios de bienes inmobiliarios y la constitución de sociedades según el modelo de «hágalo usted mismo» se introduzcan más fácilmente en las culturas jurídicas más permisivas. Sin embargo, estos desarrollos conllevan sus propios costes en términos de ausencia de asesoramiento experto para todos los participantes o escrupuloso cierre de operaciones y registros exactos. Es posible que el sistema de justicia reparadora, que ya chirría en muchas jurisdicciones, no pueda compensar los costes de incertidumbre y los perjuicios reales sufridos por los participantes en estas nuevas formas de operaciones. Los últimos acontecimientos en la Unión Europea sugieren que puede ser posible ofrecer la constitución de empresas en Internet bajo la supervisión de los notarios, combinando el ahorro de costes con el mantenimiento de los estándares de calidad.

En los últimos años, algunos «estudios» económicos realizados por y para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Eco-

rating criteria, largely focusing on prompt, effective and economical effectuation of real estate and corporate transactions, did not give enough weight to the value of informed transaction participants or the enhanced legal certainty provided by modern notarial systems such as those in Germany and Spain. In some cases, adverse comments have been based on artificial dividing of the authentication function into many «steps», ignoring the reality that the overall time required for notaries to complete the transactions was far from excessive. In other studies, time and costs estimates for notarial performance in jurisdictions such as Spain and Germany were averaged with time and costs in unreformed and archaic notarial systems of third-world countries. Ultimately, in many of these studies, major European notarial systems rated comparatively well even against «free enterprise» common law systems in terms of both transaction cost and celerity.

Held to a reasonable objective standard, most of the OECD and World Bank studies furnish no grounds for questioning the values or performance of modern European notarial systems. By the same token, it is to be hoped that the recent enthusiasm within the EU leadership for deregulation and competition among professional service providers is also abating in light of the realization that many professions, with the notariat in the lead, cultivate and preserve public policies and values that would be underserved by a purely competitive service-provider regime. The recent tussles between the EU Commission and the notarial profession may have had the effect of forcing all parties to focus more on the fundamental values of notarial authentication and the role of notaries and instruments of important public policies. The recent EU Directive allowing a continuing role for preventive justice in connection with the on-line formation of corporate entities is an encouraging sign that Europe's own governing councils are beginning to understand the continuing value of preventive justice.

nómicos y el Banco Mundial han intentado «clasificar» diversos regímenes jurídicos sobre la base de diversos criterios asociados con la facilidad de la puesta en marcha de negocios o la receptividad a la inversión y el desarrollo internacionales. Nuestra revisión de varios de estos estudios que pretendían comparar unos sistemas notariales con otros llegó a la conclusión de que los criterios de calificación, centrados en gran medida en la rápida, efectiva y económica realización de las transacciones inmobiliarias y societarias, no concedían suficiente peso al valor de contar con participantes informados en las operaciones ni a la mayor seguridad jurídica que brindan los sistemas notariales modernos como los de Alemania y España. En algunos casos, los comentarios adversos se han basado en la división artificial de la función de autenticación en muchos «pasos», ignorando la realidad de que el tiempo total necesario para que los notarios completaran las operaciones no era en absoluto excesivo. En otros estudios, las estimaciones de tiempo y costes para la actuación notarial en jurisdicciones como España y Alemania se promediaron con tiempo y costes en sistemas notariales no reformados y arcaicos de países del tercer mundo. En última instancia, en muchos de estos estudios, los principales sistemas notariales europeos se situaban comparativamente bien incluso en relación con sistemas de «libre empresa» de *common law* en términos tanto de coste de la operación como de celeridad.

En un nivel objetivo razonable, la mayoría de los estudios de la OCDE y del Banco Mundial no ofrecen motivos para cuestionar los valores o el funcionamiento de los sistemas notariales europeos modernos. De la misma manera, es de esperar que el entusiasmo reciente en el seno del liderazgo de la UE por la liberalización y la competencia entre los prestadores de servicios profesionales también disminuya a la luz de la conciencia de que muchas profesiones, con el notariado a la cabeza, cultivan y preservan políticas y valores públicos que quedarían desatendidos en un régimen de prestadores de servicios puramente competitivo. Las recientes disputas entre la Comisión Europea y la profesión notarial pueden haber tenido el efecto de forzar a todas las partes a centrarse más en los valores fundamentales de la autenticación notarial y en el papel de los notarios y los instrumentos de políticas públicas importantes. La reciente Directiva de la UE que permite un papel continuo de la justicia preventiva en relación con la constitución en línea de entidades corporativas es una señal alentadora de que los propios órganos de gobierno europeos están empezando a entender el valor permanente de la justicia preventiva.

7. A LOOK AT THE FUTURE

Looking from the «outside» so to speak, it would be your speaker's view that the future looks very promising for notaries in modern European jurisdictions such as Spain and Germany.

Notaries have not lagged in the adoption of new technology that enables them to perform their historic preventive law function with greater efficiency. In many jurisdictions, modern notaries have been in the forefront of digitalization of documentation, registers and transmissions, resulting in quicker transaction completion and easier access to register information.

In Germany, and in particular, Spain, large areas of noncontentious judicial activity is being transferred from public judges to notaries, even to the point of authorizing notaries to make fact determinations and quasi-judicial rulings. As neutral authenticators of important private law transactions, notaries are well suited to function in a meditative role in other legal matters that parties can likely resolve by agreement. In Germany we see notaries presiding over negotiated settlements of litigation. In Spain, recent legislation authorizes parties to obtain divorces by agreements authenticated by Spanish notaries. This is a logical step that builds on the notaries' established independence and public responsibility. There is every reason to expect that this step will provide the public with more prompt and accessible service without a dilution in standards.

The notaries' strongest protection in the current political and economic climate is your role as expert neutral authenticators of significant legal transactions, whether they be real estate transfers or creation and maintenance of artificial business entities. In these contexts, the case for neutral advice to all transaction participants and expert implementation, including the maintenance of accurate and reliable public registers, is very convincing. In this role the notaries do indeed perform an important public function.

This does not mean that notaries should not be ever mindful of reforms in their practices in order to take advantage of modern technology, but that do not impinge on their essential roles. For instance, the ancient practice of reading the entirety of an authentic document aloud in the presence of the parties likely has continued validity for real estate and even small corporate transactions that frequently involve unsophisticated participants. The reading aloud guarantees that the parties have been exposed to the contents of the document and gives opportunities for explanations and question. However, in

7. UNA MIRADA AL FUTURO

Mirando desde «fuera», por así decirlo, quien les habla sería la opinión de que el futuro se presenta muy prometedor para los notarios de jurisdicciones europeas modernas como España y Alemania.

Los notarios no se han quedado rezagados a la hora de adoptar nuevas tecnologías que les permiten desempeñar con mayor eficiencia su función jurídica preventiva histórica. En muchas jurisdicciones, los notarios modernos han estado a la vanguardia de la digitalización de la documentación, los registros y las transmisiones, lo que se ha traducido en una tramitación más rápida y un acceso más fácil a la información del registro.

En Alemania, y en particular en España, se están trasladando importantes ámbitos de actividad judicial no contenciosa de los jueces a los notarios, incluso hasta el punto de autorizar a los notarios a determinar hechos y resoluciones cuasijudiciales. Como autenticadores neutrales de operaciones importantes de derecho privado, los notarios están perfectamente capacitados para desempeñar un papel meditativo en otros asuntos jurídicos que las partes probablemente puedan resolver mediante acuerdo. En Alemania vemos a notarios presidiendo acuerdos negociados de litigios. En España, la legislación reciente autoriza a las partes a divorciarse mediante acuerdos autenticados por notarios españoles. Se trata de un paso lógico que se basa en la independencia y la responsabilidad pública establecidas de los notarios. Hay muchas razones para confiar en que este paso proporcione al público un servicio más rápido y accesible sin diluir las normas.

La mayor protección de los notarios en el contexto político y económico actual es su papel como expertos autenticadores neutrales de operaciones jurídicas significativas, ya sean transmisiones inmobiliarias o creación y mantenimiento de entidades empresariales artificiales. En estos contextos, resulta muy convincente el asesoramiento neutral a todos los participantes en las operaciones y la aplicación por expertos, incluido el mantenimiento de registros públicos exactos y fiables. En efecto, los notarios desempeñan una importante función pública.

Esto no significa que los notarios no deban ser en todo momento conscientes de las reformas en sus prácticas para aprovechar la tecnología moderna, pero sin que ello afecte a sus funciones esenciales. Por ejemplo, la antigua práctica de dar lectura en voz alta a la totalidad de un documento auténtico en presencia de las partes probablemente ha seguido siendo válida para bienes inmobiliarios e incluso para pequeñas operaciones societarias en las que a menudo intervienen participantes poco sofisticados. La lectura en voz alta garantiza que las partes han estado expuestas al contenido del documento y ofrece oportunidades de explicaciones y

more sophisticated corporate and real estate transactions in which most participants are represented by their own lawyers, it seems questionable whether reading long and prolix legal documents aloud, sometimes for hours, is anything but a relic of earlier and simpler times. The jurisprudential notion of reading aloud as essential to authentication may well yield to the practical contexts in which it would be performed.

Notaries should be careful to protect themselves from the «law as a business» concept that, over the last 30 years has reduced attorneys at law to simple money-grubbing service providers in many legal cultures. Notaries are private professionals with public responsibilities. However, the notarial function is not a business. There is a borderline between adoption of technologically efficient practices within a notarial office, and reorienting the practice toward maximizing income and profit, even at a cost. Organization of notarial practices into larger entities that might generate more business or higher profits, relationships with lawyers or «repeat business» clients that cast doubt on notaries' independence, and arrangements that permit retiring notaries to profit from transition of their practices to successors will undermine the core of notarial legitimacy and ultimately the notariat itself.

Notaries and their function are closely regulated and protected in many civil law legal cultures. Regulations that limit the number of notaries, require that certain legal acts can only be performed by notaries, maintain uniform statutory fees, usually based on transaction value, have met mounting skepticism within the EU with its policies in favor of free movement of professional service providers. Some EU Member States have taken steps to de-regulate their notariats in hopes that the marketplace competition will result in easier access or lower cost for notarial services. Although it is too soon to judge the long-term effect of these measures, already there are grounds to suspect that this kind of deregulation may result in disadvantage to parties to lower-value transactions and a possible diminution in the quality of notarial services. Deregulation should be addressed with some real caution. It is not a panacea.

It is important that notaries are able to correlate regulations that are important to the integrity and success of the profession with the public policies affected by the notarial function. Regulations perceived by the public to be primarily intended to protect notaries' incomes may be improvidently cast aside without consideration of the ultimate value of the regulation for notaries' vital independence or neutrality. There is a risk that the baby will be thrown out with the bath water.

preguntas. No obstante, en operaciones societarias e inmobiliarias más sofisticadas en las que la mayoría de los participantes están representados por sus propios abogados, parece cuestionable que leer documentos legales largos y prolíficos en voz alta, a veces durante horas, sea algo menos que una reliquia de épocas más pretéritas y sencillas. El concepto jurisprudencial de la lectura en voz alta como esencial para la autenticación bien puede ceder ante los contextos prácticos en los que se realizaría.

Los notarios deben tener cuidado de protegerse del concepto del «derecho como empresa» que, en los últimos 30 años, ha reducido a los abogados a simples prestadores de servicios de recaudación de dinero en muchas culturas jurídicas. Los notarios son profesionales privados con responsabilidades públicas. Pero la función notarial no es un negocio. Existe un límite entre la adopción de prácticas tecnológicamente eficientes en una notaría y reorientar la práctica hacia la maximización de ingresos y beneficios, incluso a un coste. La organización de las notarías en entidades más grandes que puedan generar más negocio o mayores beneficios, las relaciones con abogados o clientes «repetitivos» que pongan en duda la independencia de los notarios, y los acuerdos que permitan a los notarios jubilados beneficiarse del traspaso de sus notarías a sucesores socavarán el núcleo de la legitimidad notarial y, en última instancia, del propio notariado.

Los notarios y su función están estrechamente regulados y protegidos en muchas culturas jurídicas de derecho civil. Los reglamentos que limitan el número de notarios, exigen que determinados actos jurídicos solo puedan ser llevados a cabo por notarios, mantienen unos honorarios legales uniformes, normalmente basados en el valor de la operación, se han enfrentado al creciente escepticismo dentro de la UE con sus políticas a favor de la libre circulación de prestadores de servicios profesionales. Algunos Estados miembros de la UE han adoptado medidas para liberalizar a sus notariados con la esperanza de que la competencia en el mercado dé lugar a un acceso más fácil o a un menor coste para los servicios notariales. Aunque es demasiado pronto para juzgar el efecto a largo plazo de estas medidas, ya existen motivos para sospechar que este tipo de liberalización puede dar lugar a desventajas para las partes en las operaciones de menor valor y a una posible disminución de la calidad de los servicios notariales. La liberalización debe abordarse con cierta cautela. No es una panacea.

Es importante que los notarios puedan correlacionar normas importantes para la integridad y el éxito de la profesión con las políticas públicas afectadas por la función notarial. Los reglamentos que el público percibe como destinados principalmente a proteger los ingresos de los notarios pueden eliminarse de manera improvisada sin considerar el valor final del reglamento para la independencia o la neutralidad

Which brings me to my last point. With globalization of the economy and free international flow of investment capital, the need for reciprocal understanding of diverse legal regimens and cultures is of greatly increased importance. There was a time not too many years ago when an American lawyer needed only to know American law. There was too little direct contact with foreign legal systems to make it worth the time to become informed.

Those times are long gone. Every participant in the modern economy and investment world needs to have at least some understanding of many legal regimens in order to be able to effectively participate in the global economy and make international investments.

It is surprising how many international actors and regulators are relatively ignorant about important features of the legal regimens of major world economies. Our recent visit to the World Bank Symposium in November 2018 surprised your speaker with how many World Bank functionaries seemed to have little or no understanding of the function of civil law notaries in countries such as Spain and Germany. It appears that a large portion of the distrust and skepticism toward notaries that one reads in World Bank and OECD studies may be based on lack of real familiarity with the role and workings of notarial systems in modern economies.

Under these circumstances, notaries need to redouble their efforts to educate the common law and developing world on the value of preventive justice and the role of notaries as neutral transaction professionals with public responsibilities in providing preventive justice in an efficient and reputable manner. It is important that the advantages of preventive justice are not relegated to a «back seat» in international discussions of international business and investment opportunities. Our investigation has shown that preventive justice in most real estate and corporate law transaction costs no more and takes no more time than leaving these transactions more or less to the competitive services market. And in Germany, at any event, notaries are able to provide greater legal certainty and participant autonomy than one is able to achieve with private lawyers and title or corporation companies in the United States.

This message deserves to be delivered at world economic fori and in the literature of international transactions and investment. Notaries should not «hide their candle under a bushel,» but should be encouraged to assert the advantages of the preventive law system on the World stage. As various legal cultures look to reforming their legal systems to improve quality and address abuses, the modern notarial system, as it exists in

vital de los notarios. Existe el riesgo de que se tire al bebé con el agua de la bañera.

Lo que me lleva a mi último punto. Con la globalización de la economía y el libre flujo internacional de capital de inversión, la necesidad de una comprensión recíproca de diversos regímenes y culturas jurídicos es de suma importancia. Hubo un tiempo, no hace demasiados años, en el que un abogado estadounidense solo necesitaba conocer la ley estadounidense. Había muy poco contacto directo con los sistemas jurídicos extranjeros para que mereciera la pena informarse.

Esos tiempos acabaron hace tiempo. Todos los participantes en la economía moderna y en el mundo de la inversión deben tener al menos cierto conocimiento de muchos regímenes jurídicos para poder participar eficazmente en la economía global y realizar inversiones internacionales.

Sorprende la cantidad de actores y reguladores internacionales que son relativamente ignorantes de las características importantes de los regímenes jurídicos de las principales economías mundiales. Nuestra reciente visita al Simposio del Banco Mundial en noviembre de 2018 sorprendió a quien se dirige a ustedes por la cantidad de funcionarios del Banco Mundial que parecían tener poco o ningún conocimiento de la función de los notarios de derecho civil en países como España y Alemania. Parece que gran parte de la desconfianza y el escepticismo hacia los notarios que se puede percibir en los estudios del Banco Mundial y la OCDE puede basarse en la falta de familiaridad real con el papel y el funcionamiento de los sistemas notariales en las economías modernas.

En estas circunstancias, los notarios deben redoblar sus esfuerzos para educar al *common law* y al mundo en desarrollo sobre el valor de la justicia preventiva y el papel de los notarios como profesionales neutrales en operaciones con responsabilidades públicas para ofrecer justicia preventiva de manera eficiente y fiable. Es importante que las ventajas de la justicia preventiva no queden relegadas a un segundo plano en los debates internacionales sobre oportunidades de negocios e inversiones internacionales. Nuestra investigación ha demostrado que la justicia preventiva en la mayoría de las transacciones de derecho inmobiliario y de sociedades no cuesta más y no requiere más tiempo que dejar estas transacciones, en mayor o menor medida, en manos del mercado de servicios competitivos. Y en Alemania, en cualquier caso, los notarios pueden ofrecer una mayor seguridad jurídica y autonomía de los participantes de lo que se puede conseguir con abogados privados y empresas de título o corporativas en Estados Unidos.

Merece la pena transmitir este mensaje en los foros económicos mundiales y en la literatura de operaciones e inversiones internaciona-

Germany and Spain, should be an accessible example of the sound application of principles of preventive justice in modern cultures and economies.

les. Los notarios no deben esconder sus cualidades, sino que se les debe alentar para que proclamen las ventajas del sistema jurídico preventivo en el escenario mundial. Puesto que las distintas culturas jurídicas tratan de reformar sus sistemas jurídicos para mejorar la calidad y abordar los abusos, el sistema notarial moderno, tal y como existe en Alemania y España, debe ser un ejemplo accesible de la sólida aplicación de los principios de justicia preventiva en las culturas y economías modernas.

