

RIN



Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

Revista Internacional del Notariado | International Revue of the Notariat | Revue Internationale du Notariat

**2^{do} DIÁLOGO
entre
SISTEMAS
JURÍDICOS**

5 y 6 | DICIEMBRE 2024 | SAN JUAN • PUERTO RICO

**2nd DIALOGUE
between
LEGAL
SYSTEMS**

5 & 6 | DECEMBER 2024 | SAN JUAN • PUERTO RICO

**2^{ème} DIALOGUE
entre
SYSTÈMES
JURIDIQUES**

5 et 6 | DÉCEMBRE 2024 | SAN JUAN • PORTO RICO



Tema: ¿Notario o abogado? ¿Compiten o se complementan sus funciones en asuntos no contenciosos? El valor añadido de la intervención notarial.



Theme: Notary or Attorney? Competing or complementary roles in non-contentious matters? The added value of notarial involvement.

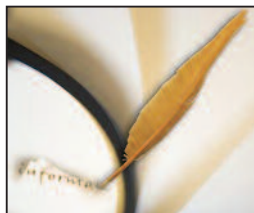


Thème: Notaire ou avocat? Rôles concurrents ou complémentaires en matière non contentieuse? La valeur ajoutée de l'intervention notariale.

133

RIN 133

2^{DO} DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS



RIN

Revista Internacional del Notariado

ONPI

Institución Editora

SEDE PERMANENTE

Avenida Las Heras 1833. Piso 4° (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina

DIRECCIÓN Y REDACCIÓN

Avenida Las Heras 1833. Piso 4° (C 1024AAO)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina
Teléfonos: (0054) 11 4809-7161 / 6851
Mail: onpiuinl@onpi.org.ar
www.onpi.org.ar

PRESIDENTE | UINL

LIONEL GALLIEZ | FRANCIA

PRESIDENTE DE HONOR | ONPI

AGUEDA LUISA CRESPO (†) | ARGENTINA

PRESIDENTE | ONPI

SUSANA MARTA BONANNO | ARGENTINA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:

MARÍA CECILIA ALCOBA

RIN 133 | JUNIO 2025

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723,
N° de Registro de la Propiedad Intelectual 1432 Expte. 151.770.

La revista respeta las ideas y opiniones de sus colaboradores, pero no se solidariza
necesariamente con ellas. Los artículos sin firma se entienden obra de la dirección.



ESPAÑOL



INGLÉS



FRANÇÉS



Unión Internacional del Notariado

Union Internationale du Notariat

International Union of Notaries

Nuestra Unión es el puente que vincula a notarios de 92 países



IDIOMA

ESPAÑOL

LOS ARTÍCULOS SE PUBLICAN EN LOS IDIOMAS EN LOS QUE FUERON ELABORADOS POR LOS AUTORES

TRADUCCIONES AL ESPAÑOL REALIZADAS POR GRACIELA MONTESANO

LIC. EN LINGÜÍSTICA, UNIVERSIDAD DE SIDNEY, AUSTRALIA





NOT. ARSENIO COMAS RODÓN

PRESIDENTE DEL COLEGIO NOTARIAL DE PUERTO RICO



Introducción

Queridos colegas, la Segunda Conferencia del "Diálogo entre Sistemas Jurídicos", se celebró en San Juan de Puerto Rico el 5 y 6 de diciembre de 2024. Se desarrolló el tema *"Notario o Abogado ¿Compiten o se complementan sus funciones en asuntos no contenciosos? El valor añadido de la intervención notarial"*.

El lugar fue elegido en virtud de que Puerto Rico, por su relación de asociación con los Estados Unidos, es una jurisdicción mixta donde convergen los dos sistemas jurídicos, pero preservando su derecho notarial de origen latino.

Allí se abordaron temas clave sobre el papel de los notarios, abogados y jueces en la administración de justicia, especialmente en contextos como el de ese país, que fusiona tradiciones legales europeas y americanas o Quebec, que une las europeas con británicas.

El evento destacó el valor de la intervención notarial en asuntos no contenciosos, como la transferencia de bienes inmuebles y la resolución de herencias, así como los beneficios que estos aportan a la seguridad jurídica y la justicia preventiva. En este contexto, se exploraron las ventajas y desventajas de dos modelos legales: el sistema basado en abogados de la parte (common law) y el sistema de notarios públicos (derecho civil). Los notarios fueron presentados como garantes de la seguridad jurídica y como figuras clave en la prevención de litigios.

Además, se discutieron los desafíos contemporáneos que enfrenta el notariado, como el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y las transacciones electrónicas, que requieren de nuevos estándares y regulaciones. A través de la conferencia, se buscó resaltar cómo el notariado, en un contexto global y digital, sigue siendo una piedra angular en el derecho internacional y en la seguridad jurídica.

Finalmente, se destacó la dualidad entre las funciones de abogado y notario, especialmente en países como Puerto Rico, donde los notarios también pueden ejercer como abogados, lo que plantea tanto oportunidades como retos en la práctica profesional.

La conferencia se centró en la importancia de los valores fundamentales del notariado, tales como la imparcialidad, la independencia y la ética profesional, valores que también son esenciales en el ejercicio de la judicatura. Estos principios no solo refuerzan la confianza pública de la sociedad en el notariado, sino que permiten que siga desempeñando un papel crucial en la administración de justicia y en la protección de las partes más vulnerables.

Este evento, organizado por el Colegio Notarial de Puerto Rico, reafirma el compromiso de la Unión Internacional del Notariado (UINL) con la mejora continua de las prácticas notariales y la cooperación internacional en la gestión de la justicia.

Dado el éxito obtenido en la Conferencia de Londres y en ésta de Puerto Rico, se organizó una tercera, para el 5 de septiembre de 2025, en Edimburgo, Escocia, que se abocará a "El notario un puente entre sistemas jurídicos".

Espero que este número de la RIN sea del agrado de los lectores, a quienes invitamos a nutrirse de tan valioso material.

Muchas gracias a todos.



Sumario

RIN 133 | 2^{do} Diálogo entre Sistemas Jurídicos



PUERTO RICO | Diciembre 2024



1. DISCURSO DE APERTURA DEL DIÁLOGO

NOT. LIONEL GALLIEZ, PRESIDENTE DE LA UINL 09



**2. PRESENTACIÓN GENERAL DEL SISTEMA LEGAL EN PUERTO RICO:
INTERACCIÓN ENTRE EL SISTEMA CIVIL Y EL SISTEMA ANGLOSAJÓN**

HON. GUSTAVO A. GELPÍ, PUERTO RICO 13



**3. PRESENTACIÓN GENERAL DEL TEMA:
EL ROL DEL NOTARIO Y DEL ABOGADO EN ASUNTOS
NO CONTENCIOSOS, EN DERECHO CIVIL Y EN DERECHO COMÚN**

NOT. NIGEL READY, LONDRES 16



4. LA SUCESIÓN EN EL DERECHO CIVIL

NOT. THIERRY VACHON, FRANCIA 20



5. SUCESIONES EN DERECHO ANGLOSAJÓN (COMMON LAW)

NOT. SUZANNE MARRIOTT, LONDRES 26



6. TRANSACCIONES INMOBILIARIAS EN EL DERECHO CIVIL

NOT. ELISA PUGLIELLI, ITALIA 36



7. TRANSACCIONES INMOBILIARIAS EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN (COMMON LAW)

DR. DAVID S. WILLIG, ESTADOS UNIDOS 43



**8. NOTARIOS Y ESTÍMULOS CONDUCTUALES: EXPLICANDO LA
NOTARIZACIÓN EN TÉRMINOS DE ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO**

DR. PHILIP M. BENDER, ALEMANIA 45



9. EL ROL DEL NOTARIO Y LA PRUEBA DEL DERECHO SOBRE LA PROPIEDAD LUEGO DE DESASTRES NATURALES

PROF. ANNIE I. RIVERA CRUZ, LL.M., PUERTO RICO 51



10.1 EVOLUCIÓN DE LAS TRANSACCIONES INMOBILIARIAS EN ESTADOS UNIDOS

PROF. PETER L. MURRAY, ESTADOS UNIDOS 56



10.2 EL VALOR AÑADIDO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

PROF. ROLF STÜRNER, ALEMANIA 70

10.3 COMENTARIOS COMPARATIVOS | PROF. PETER L. MURRAY 78

10.4 COMENTARIOS COMPARATIVOS | PROF. ROLF STÜRNER 85



11. BIJURALISMO EN CANADÁ: EL ROL DE NOTARIOS Y ABOGADOS

PROF. NAIVI CHIKOC BARREDA, QUÉBEC, CANADÁ 91



12. SISTEMAS JURÍDICOS: EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES DE ABOGADO Y NOTARIO DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO

NOT. LORENA ISABEL FLORES ESTRADA, GUATEMALA 96



13. DUALIDAD DE FUNCIONES: LA FIGURA DEL “ABOGADO-NOTARIO”

NOT. DENNIS D. MARTÍNEZ COLÓN, PUERTO RICO 104



14. NOTARIOS, JUECES Y ABOGADOS: PROXIMIDAD DE LAS PROFESIONES

JUEZ SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA, PUERTO RICO 112



15. EL NOTARIO COMO EX ANTE JUEZ

PROF. DR. JENS BORMANN, LL.M., ALEMANIA 122



16. EL NOTARIO COMO ALTERNATIVA AL JUEZ EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

NOT. DRA. CRISTINA N. ARMELLA, ARGENTINA 128

17. SÍNTESIS & CIERRE | CONCLUSIONES

NOT. LIONEL GALLIEZ 147



NOT. LIONEL GALLIEZ

PRESIDENTE DE LA UINL



Notario en París (Francia) y Presidente de la UINL.
Lionel Galliez ocupa actualmente el cargo de Presidente de la Unión Internacional del Notariado para la legislatura 2023-2025.

DISCURSO DE APERTURA DEL DIÁLOGO

Estimada Presidenta del Tribunal Supremo de Puerto Rico,
Señor Presidente del Colegio Notarial de Puerto Rico, querido Arsenio,
Distinguidos profesores,
Distinguidos Presidentas y Presidentes,
Estimados colegas,
Queridos amigos,

En nombre de la Unión Internacional del Notariado, me complace enormemente inaugurar hoy en Puerto Rico un evento que refleja nuestro compromiso continuo con el diálogo, la reflexión y la cooperación internacional. Bajo el tema «Notario o abogado: ¿Competencia o complementariedad en los asuntos no contenciosos?», esta jornada promete explorar los puntos de convergencia, pero también las diferencias, entre dos profesiones jurídicas esenciales, así como entre dos sistemas jurídicos, conforme al objetivo de este diálogo.

Es una meta ambiciosa, y para emprender el delicado ejercicio del derecho comparado, es mejor elegir un terreno adecuado.

En Puerto Rico coexisten desde hace mucho tiempo las tradiciones del derecho civil y del *common law*: estamos reunidos, por tanto, en un lugar privilegiado para un diálogo entre ambos sistemas jurídicos. Un lugar ideal para compararnos.

Un lugar ideal para aclarar nuestras ideas, porque comparar nos permite distinguir y, en consecuencia, definir mejor quiénes somos y qué hacemos.

Un lugar ideal, finalmente, para enriquecernos con las variadas soluciones que cada profesión y cada sistema aportan a los ciudadanos de nuestros países. Nuestra reflexión solo tiene sentido si es útil y responde a las crecientes expectativas de seguridad jurídica y de una justicia moderna y accesible.

El tema de este diálogo nos mostrará que, en ciertos contextos, notarios y abogados pueden desempeñar roles similares.

Por ejemplo, ambas profesiones participan en la redacción de documentos o en la asesoría jurídica, esforzándose por proteger los derechos de sus clientes. Sin embargo, incluso en estos casos, sus enfoques son diferentes.

El notario, sometido estatutariamente a la obligación de imparcialidad, interviene para garantizar la legalidad y el equilibrio entre las partes, mientras que el abogado suele actuar como representante de los intereses de una sola parte. Esta complementariedad enriquece nuestra visión del derecho.

Si bien es importante destacar lo que nos une, es igualmente crucial subrayar las distinciones fundamentales entre ambas profesiones.

El notario, como oficial público, cumple una misión de prevención de litigios y de seguridad jurídica. El abogado, por su parte, es un defensor de los derechos individuales, a menudo involucrado en la resolución de conflictos.

Estas diferencias permiten que cada profesión desempeñe un papel específico e insustituible, contribuyendo así a un sistema jurídico completo y equilibrado.

En algunas jurisdicciones, especialmente en las de *common law*, no es raro que una sola persona asuma simultáneamente las funciones de abogado y notario.

Debemos reconocer que la palabra «notario» abarca en el mundo, bajo un término único, realidades concretas muy diversas.

Si bien este ejercicio simultáneo de ambas profesiones puede parecer económicamente y prácticamente interesante, plantea interrogantes sobre la compati-

bilidad de estos roles. El ejercicio conjunto de estas funciones debe necesariamente estar regulado para garantizar que la imparcialidad y los principios deontológicos asociados al rol de notario sean plenamente respetados.

Como saben, según los estándares de la Unión Internacional del Notariado, notarios y abogados deben seguir siendo profesiones separadas, con sus propios principios rectores y códigos deontológicos distintos.

Esta separación nos parece preferible para preservar la imparcialidad y la autoridad del notario, respetando al mismo tiempo el papel del abogado de representar eficazmente los intereses de sus clientes.

Al mantener esta distinción, nuestras profesiones pueden trabajar de manera complementaria y contribuir al buen funcionamiento de los sistemas jurídicos.

Someter a los notarios a las mismas reglas deontológicas que los abogados equivaldría, según este principio, a negar la especificidad de cada una de estas profesiones.

Más allá de esta posición de principio, somos conscientes de que, en muchos países, una misma persona puede ser abogado y notario, desempeñando ambos roles con excelencia. Admiro profundamente a aquellos de ustedes que enfrentan este desafío a diario.

El objetivo de esta jornada es también permitirnos entender: cómo lograrlo, cómo superar en la práctica lo que parece ser una contradicción, cómo sintetizar o al menos yuxtaponer adecuadamente ambas funciones en una sola persona.

Nos corresponde a ustedes explicarnos cómo se puede ser a la vez abogado, defendiendo los intereses particulares de su cliente, y notario, velando por el equilibrio entre las partes en los actos que autentifica.

Sin duda, existe en la práctica una manera de transitar este camino sin incumplir con las respectivas obligaciones de estatus tan distintos.

¿Quizás lleguemos a la conclusión de que existe una vía posible para lograrlo?

¿Que es posible respetar alternativamente reglas distintas, unas adaptadas a los abogados y otras a los notarios, preservando la autenticidad y proximidad que el notario mantiene con el estatus de juez?

¿O, por el contrario, demostrarán que superponer ambas funciones introduce una confusión que debilita a una u otra, o incluso a ambas?

Aclarar esta cuestión será, en todo caso, uno de los beneficios de nuestra jornada de trabajo.

El programa de hoy, estructurado en torno a dos grandes temáticas, nos dará la oportunidad de profundizar en estas reflexiones y de desvelar numerosos aspectos. Esta mañana, examinaremos casos prácticos de las tradiciones del derecho civil y del common law, con especial atención a las sucesiones y las transacciones inmobiliarias. Esta tarde, abordaremos en mayor detalle las relaciones entre las profesiones, desde el punto de vista de su complementariedad y su papel en los asuntos no contenciosos.

Antes de concluir, deseo expresar mi profunda gratitud: al Colegio Notarial de Puerto Rico, por su cálida acogida y su impecable organización, a cada uno de los ponentes, cuya experiencia y reflexiones enriquecerán nuestros intercambios, y, finalmente, a los equipos de la UINL, por su dedicación y compromiso para hacer de esta jornada un éxito.

Estoy agradecido a cada uno de ustedes que hacen posible este diálogo.

Es mucho más que un ejercicio académico.

Es una oportunidad única para examinar nuestras prácticas, identificar áreas de mejora y fortalecer la cooperación entre nuestras profesiones.

Juntos, notarios y abogados, del common law o del derecho civil, tenemos la responsabilidad de ofrecer a nuestros conciudadanos una justicia más equitativa, más transparente y más eficaz.

Les agradezco su atención y les deseo intercambios fructíferos e inspiradores a lo largo de esta jornada.





HON. GUSTAVO A. GELPÍ

JUEZ DE DISTRITO FEDERAL
PARA EL DISTRITO DE PUERTO RICO



El juez Gelpi fue designado miembro del Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos en octubre de 2021. Es juez principal de Distrito de los Estados Unidos del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico.

PRESENTACIÓN GENERAL DEL SISTEMA LEGAL EN PUERTO RICO:

Interacción entre el Sistema Civil y Sistema Anglosajón

Agradezco la invitación cursada por la Unión Internacional del Notariado, por conducto de su presidente Lionel Galliez, así como al Colegio Notarial de Puerto Rico, anfitrión de este evento. Para mí es un honor participar de este Segundo Diálogo entre Sistemas Jurídicos. En este evento se discutirán las figuras del abogado y el notario, en temas de asuntos no contenciosos, bajo la perspectiva de los roles complementarios y antagónicos de ambas funciones. En esta introducción he sido encomendado en brindarles una visión general del sistema jurídico en Puerto Rico, donde interactúan elementos del derecho civil y el derecho común anglosajón. No es casualidad que se haya seleccionado a Puerto Rico como sede de este evento, pues somos punto de encuentro entre los dos sistemas jurídicos, aquí coexisten ambos sistemas como resultado de la realidad sociopolítica de la Isla.

Para que se pueda comprender el marco legal de Puerto Rico, primero se debe conocer un poco de su historia. Al igual que muchos países de Hispanoamérica, la Isla fue colonia de España y para el 1897 se convirtió brevemente junto a

Cuba en una provincia autónoma de ultramar. La colonización española trajo consigo el sistema de derecho civil español, de carácter romano-germánico, implementándose en la colonia una copia del código civil español, así como de su legislación hipotecaria y notarial, entre otras leyes.

Para el 1898 España y los Estados Unidos firman el Tratado de París que puso fin a la Guerra Hispanoamericana. Los antiguos territorios españoles pasaron a convertirse en posesiones de los Estados Unidos. En el caso específico de Puerto Rico, en un inicio la Isla tuvo un gobierno militar, pasando luego uno civil, como territorio no incorporado bajo los poderes plenarios del Congreso de los Estados Unidos, y donde el gobernador era escogido directamente por el presidente de esa nación. Desde el 1917 los nacidos en Puerto Rico son ciudadanos de los Estados Unidos. Desde un comienzo el gobierno de los Estados Unidos comenzó a introducir su sistema de derecho común anglosajón, pero a la vez se conservaron elementos del derecho civil español, esencialmente en asuntos de derecho privado, como derechos reales, de familia, hipotecario y sucesorio, entre otros. Permanece el código civil, así como la legislación notarial, pero resulta pertinente comentar que, en el caso específico de los notarios, hubo una modificación sustancial que aún subsiste. Bajo el dominio español los notarios de Puerto Rico ejercían esa única función, separada de la abogacía. Ya siendo territorio de los Estados Unidos, se fusionaron ambas profesiones en una y se dispuso que los notarios tenían que ser abogados. De esta forma, se asimilaba más al concepto de notario que existía en los Estados Unidos. Por ende, desde que Puerto Rico pasa a ser territorio de los Estados Unidos, existe en la Isla el rol dual de abogado y notario.

En el 1952 se estableció una constitución para el gobierno interno del territorio que resulta similar a la de cualquier estado de la unión. El gobierno de Puerto Rico es un sistema republicano dividido en tres ramas, ejecutiva, legislativa y judicial. En adición a las cortes locales, tenemos un Tribunal de Distrito Federal y somos parte del Primer Circuito del Tribunal de Apelaciones, con sede en Boston. Las leyes federales aplican en Puerto Rico, igual que lo serían en los cincuenta estados. Puerto Rico a su vez está plenamente integrado al sistema bancario y comercial de los Estados Unidos. Al presente, tanto el español como el inglés son los idiomas oficiales en Puerto Rico.

Como se puede apreciar, la relación política de Puerto Rico con los Estados Unidos ha convertido a la Isla en una jurisdicción que podríamos denominar una híbrida, donde coexisten tanto el derecho civil de estirpe española, como el derecho común norteamericano. A su vez, los profesionales del derecho en Puerto Rico ejercen los roles de abogado y notario en forma dual. Es por lo que la celebración de este importante evento en la Isla permite un interesante

intercambio de experiencias entre todos los países que participan del mismo, pero a la vez sirve para que todos ustedes conozcan de primera mano la realidad jurídica de Puerto Rico, donde interactúan ambos sistemas jurídicos, producto de una situación política inconclusa y en evolución. Como Juez, tanto a nivel de la Corte de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico, y al presente en la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Primer Circuito, he sido testigo de la continua interacción entre el derecho civil y el derecho común en controversias que nos llegan, lo cual presenta retos distintos a otras jurisdicciones de los Estados Unidos.

Espero que este segundo diálogo entre sistemas jurídicos sea de gran provecho a todos los participantes.





NIGEL READY

NOTARIO, LONDRES



Nigel Ready MA (Cantab.), Scrivener Notary, Londres, Inglaterra; consejero general de la UINL; Pasado Maestro de la Worshipful Company of Scriveners; ex presidente de la Society of Scrivener Notaries; editor Brooke's Notary (ediciones 10ª a 15ª).

PRESENTACIÓN GENERAL DEL TEMA:

El rol del notario y del abogado en asuntos no contenciosos, en derecho civil y en derecho común

En primer lugar, me gustaría agradecer al Colegio Notarial de Puerto Rico y en particular a su Presidente Arsenio Comas Rodón por hospedar en San Juan este segundo Diálogo entre Sistemas Jurídicos. Edward Gardiner – presidente de la *Society of Scrivener Notaries* aquí presente - y yo sabemos por experiencia cuánto tiempo y esfuerzo requiere la organización de este tipo de evento internacional.

Ahora continuaré en inglés. *(Texto traducido del Inglés al Español a continuación)*

Como se mencionó en la introducción, soy un notario escribano y se me ha pedido que diga unas palabras sobre mi profesión. Ustedes podrían preguntarse qué significa el título con un aire medieval de notario escribano. Los notarios escribanos son una de las dos ramas, por así decirlo, de la profesión notarial en Inglaterra y Gales. La otra rama, numéricamente superior, está representada aquí hoy por Suzanne Marriott, Presidenta de la Sociedad de Notarios de Inglaterra y Gales.

Existen aproximadamente 40 notarios escribanos que ejercen principalmente en la Ciudad de Londres, como se conoce al distrito financiero de Londres, y en otras partes de nuestra capital. Practicamos exclusivamente como notarios y, como miembros de la UINL, nuestro objetivo es conformar nuestras prácticas y capacitación a las de los notarios de derecho latino o civil, aunque dentro de las limitaciones de una jurisdicción de derecho anglosajón.

Todo nuestro trabajo es de naturaleza internacional, gran parte de él en los ámbitos corporativo, bancario, de seguros y marítimo. Nuestra formación, además de las materias jurídicas estándar, incluye sistemas de derecho civil extranjero y el conocimiento de al menos dos idiomas extranjeros.

Trabajamos estrechamente con otros profesionales del derecho para garantizar que las transacciones puedan proceder sin problemas en otras jurisdicciones. Este es un buen ejemplo del papel complementario que desempeñan los notarios junto a los abogados, o *solicitors* como se les conoce en el Reino Unido, quienes valoran la imparcialidad del notario y el conocimiento de los procedimientos en otros países.

El diálogo del año pasado celebrado en Londres tomó como *leitmotiv* una declaración de 1802 del juez inglés Lord Eldon, de que "Un notario, conforme al derecho internacional goza de reconocimiento en todas partes". Esto permitió un amplio debate sobre el valor probatorio o de evidencia del acto notarial.

La participación de representantes de numerosas jurisdicciones bajo el sistema de derecho anglosajón (*Common Law*) en el Diálogo de Londres reveló un renovado vigor en el mundo notarial anglosajón. La globalización del comercio y los movimientos de población han sido factores en este renacimiento. Los notarios han creado nuevos roles en el ciberespacio para garantizar la integridad de las transacciones realizadas electrónicamente. Los marcos regulatorios son cada vez más sólidos y los estándares de ingreso a la profesión son cada vez más estrictos. No solo pienso en Inglaterra y Gales, sino en jurisdicciones como Hong Kong, Singapur y ciertos estados australianos. En este último caso, el Colegio de Notarios de Australia y Nueva Zelanda está haciendo mucho para garantizar altos estándares profesionales en toda Australasia.

Además de los factores que he mencionado, los tumultuosos acontecimientos que han caracterizado la situación mundial en las primeras décadas de este milenio han demostrado con demasiada claridad la necesidad y el valor de un cuerpo de juristas imparciales, ya sea en jurisdicciones de derecho civil o

de *Common law*, que puedan actuar como garantes de la identidad personal y la capacidad, así como guardianes en la prevención del financiamiento del terrorismo y el lavado de dinero.

Por supuesto, los notarios en los sistemas de derecho anglosajón ocupan una posición muy diferente a la de sus homólogos de derecho civil. En los Estados Unidos, por ejemplo, un "notario público" es generalmente un ciudadano común sin formación jurídica que, dependiendo de la ley estatal individual, puede o no haber aprobado un simple examen.

En Inglaterra y Gales y otras jurisdicciones de la Commonwealth, los notarios son generalmente abogados, *solicitors* o *attorneys*, que se califican como notarios como un complemento de su profesión principal. Hay pocas funciones reservadas para ellos dentro de sus propios sistemas legales y su principal función, no obstante de gran importancia, es dar fe y certificar documentos para garantizar su receptividad en otros países.

En países de derecho civil como Francia, Alemania, Italia y gran parte de América Latina, incluido, por supuesto, aquí en Puerto Rico, los notarios son juristas que, aunque ejercen como profesionales liberales, ejercen autoridad estatal. Los instrumentos que emiten son instrumentos auténticos. Un instrumento auténtico tiene fuerza ejecutiva: es directamente ejecutable de la misma manera que una decisión judicial. En la mayoría de los aspectos, un instrumento auténtico tiene un efecto equivalente a una sentencia y su uso generalizado en los países de derecho civil se considera un mecanismo de "justicia preventiva", en contraste con la situación en las jurisdicciones del sistema de derecho anglosajón donde los instrumentos auténticos son en gran medida desconocidos y las disputas que surgen de un documento pueden resolverse en última instancia solo a través de litigios.

A este respecto, a través de sus instrumentos que llevan el sello de autenticidad, los notarios de derecho civil alivian considerablemente la carga de los tribunales. De hecho, creo que uno de los temas que resonará en este Segundo Diálogo es el de la autenticidad, en el sentido técnico en que ese término se entiende en el derecho civil, del cual la fuerza probatoria es sólo un elemento.

Como abogado imparcial, el deber del notario no es simplemente identificar a las partes, sino asegurarse de que celebren una transacción u otro acto jurídico sin coacción y con pleno conocimiento de sus términos. La imparcialidad es quizás la característica principal que distingue a los notarios de otros profesionales del derecho. El papel primordial del abogado es proteger los intereses de su cliente, mientras que el notario siempre debe tener en mente

los intereses de todas las partes de una transacción, en particular los de las partes más débiles o vulnerables.

Nuestras discusiones de hoy se centrarán inicialmente en los diferentes roles de los notarios y abogados en asuntos no contenciosos, incluidos sucesiones e inmuebles, en sistemas de derecho civil y del sistema de derecho anglosajón (*Common law*). Escucharemos a miembros destacados del poder judicial, académicos y profesionales tanto de sistemas de derecho civil como de *Common law*.

Más tarde, examinaremos los roles del notario y el abogado en los sistemas de derecho civil. ¿Son estos roles complementarios o competitivos? Además, en algunos sistemas, un abogado puede ejercer tanto como notario como abogado u otro profesional jurídico. ¿Son compatibles estos roles duales? También compararemos los roles de notario y juez. Como he mencionado, los instrumentos auténticos son ejecutables como sentencias. ¿Puede considerarse, por tanto, que el papel del notario es cuasi-judicial?

Estas son vías fascinantes para explorar, y ahora le dejaré a nuestro moderador, David Figueroa Márquez, que guíe nuestras deliberaciones.





THIERRY VACHON

NOTARIO EN FRANCIA



Notario de derecho civil en Meudon (Francia)
Secretario General de la Unión Internacional del
Notariado (UINL) para el período 2023-2025.

SUCESIONES EN DERECHO CIVIL

Buenos días a todos, en primer lugar, quisiera agradecer al Colegio de Notarios de Puerto Rico por la perfecta organización de esta segunda conferencia celebrada hoy como parte del diálogo entre sistemas jurídicos. Un agradecimiento especial a Dennis y Arsenio por su cálida bienvenida en esta magnífica ciudad de San Juan.

Como parte de este diálogo entre nuestros sistemas jurídicos, y con el fin de comparar los roles y misiones de los diferentes profesionales del derecho, se me ha pedido que les hable esta mañana sobre el papel único que desempeña el notario de derecho civil en la liquidación de sucesiones dentro de los sistemas de Derecho Civil.

Para ello, me centraré especialmente en el ejemplo francés, que naturalmente conozco muy bien. Sin embargo, debo mencionar que este sistema existe en muchos países con tradición de derecho civil, especialmente en Europa, pero con variaciones en el grado de participación del notario. El notario puede estar más o menos involucrado en el proceso que describiré aquí, asumiendo todo o solo una parte del proceso de liquidación de la herencia.

Por lo tanto, describiré el papel del notario francés en la liquidación de una herencia; este ejemplo nacional es de hecho muy interesante, ya que el de-

recho francés asigna tareas particularmente amplias y extensas al notario, como verán.

Para ilustrar mi presentación, introduciré sucesivamente cuatro misiones principales que se le confían:

- Determinar los herederos,
- Establecer los activos del patrimonio,
- Calcular y pagar los impuestos sobre sucesiones, y
- Completar las formalidades inmobiliarias.

Para concluir, también me referiré brevemente a las cuestiones de gestión del del patrimonio y su liquidación, en las que el notario francés también desempeña un papel muy interesante.

PRIMERA MISIÓN | Determinación de los herederos

El notario desempeña claramente un papel central en este proceso, interviniendo en varias etapas:

Primer paso - Preparación y registro de testamentos, con una doble misión: asesoramiento y custodia.

1.1.1 Antes del fallecimiento, el notario es responsable de la preparación y autenticación del testamento del futuro fallecido cuando se redacta en forma (generalmente no obligatoria) de escritura pública. En la mayoría de los casos, el notario también es custodio de los testamentos redactados en forma privada (también llamados testamentos ológrafos), garantizando tanto su custodia como su registro en un archivo centralizado gestionado por los notarios franceses.

1.1.2 Tras la apertura de la sucesión (tras el fallecimiento de la persona), el notario verifica la existencia de cualquier testamento registrado en este archivo central. Asegura su registro y, en el caso de testamentos redactados privadamente (ológrafos), los salvaguardará depositando el documento original en sus registros oficiales (denominados en francés "Minutes" y en español "Protocolo").

1.1.3 Además, en su caso, el notario redacta la escritura que registra la elección de herederos que, según la Ley o el testamento, tiene la opción de elegir entre diferentes tipos; por ejemplo, en Francia: el cónyuge sobreviviente.

Segundo paso - Redacción del acto que establece la identidad de los herederos y sus derechos.

1.2.1 Una vez verificada la ley sucesoria aplicable y tras las investigaciones legales y el análisis completo de cualquier posible testamento, el notario redacta el "acto de notoriedad" tal y como lo regula el artículo 730-1 del Código Civil francés. Este es el documento principal que establece los derechos sucesorios en Francia, identificando a los herederos y sus respectivos derechos en la herencia.

1.2.2 Este acto debe ser una escritura pública, y el notario asumirá plena responsabilidad por su preparación. Además, el notario recoge también en esta escritura declaraciones oficiales realizadas personalmente por los herederos identificados, atestiguando mediante sus declaraciones ante el notario (en efecto una especie de declaración jurada) que no conocen a ninguna otra persona que pueda tener derecho a la herencia.

1.2.3 Conforme al Código Civil francés, este acto otorga a los herederos una presunción legal de sus derechos y condición de herederos, aunque esta presunción puede ser impugnada con pruebas contrarias. En la práctica, este acto es la piedra angular del derecho sucesorio, que permite una liquidación completa de la herencia.

Tercer paso

Finalmente, en la apertura de la sucesión, o posteriormente en cualquier momento, el notario redacta la escritura que documenta la elección de los herederos de aceptar o rechazar la herencia.

Como observación respecto a esta primera misión tan importante, cabe destacar que el notario francés ha recibido del gobierno francés la competencia exclusiva para otorgar a los herederos el Certificado Europeo de Sucesión, creado por la normativa de la UE como instrumento uniforme que certifica la calidad y los derechos de los herederos en todo el territorio de la UE.

SEGUNDA MISIÓN |

Determinación de los activos y pasivos del patrimonio

Una vez firmado y ejecutado el "Acte de Notoriété", el notario es responsable de establecer el alcance de los activos y pasivos del patrimonio. Para ello, se basará en la información proporcionada por los herederos y también consultará cualquier registro público apropiado a su disposición.

2.1. Para identificar los activos del patrimonio:

- El notario se pondrá en contacto con bancos, instituciones de crédito o compañías de seguros para determinar el alcance de los activos del fallecido;

- Realizará búsquedas en el registro de la propiedad para verificar los derechos inmobiliarios del fallecido y solicitará una valoración apropiada que será preparada por un agente inmobiliario o un experto oficial;
- Si corresponde, hará lo mismo en los registros mercantiles o comerciales;
- Si es necesario, estimará el valor de los muebles y/o obras de arte incluidos en el patrimonio, con la asistencia de expertos apropiados.

2.2. Para determinar los pasivos del patrimonio:

- El notario se pondrá en contacto con los acreedores conocidos, como las autoridades fiscales, organizaciones médicas o sociales, instituciones de crédito o proveedores de servicios, para identificar cualquier deuda pendiente del fallecido.

2.3. En casos específicos: Particularmente cuando hay herederos menores de edad o adultos legalmente incapacitados involucrados, el notario puede tener que preparar un inventario oficial. Este documento, regulado por el Código de Procedimiento Civil, identificará y evaluará todos los activos y pasivos del patrimonio con la mayor precisión posible y será atestiguado bajo juramento por los herederos como verdadero y exhaustivo.

TERCERA MISIÓN | Cálculo y pago de los impuestos sucesorios

Dado que Francia tiene un sistema para gravar las transmisiones mortis causa, una vez establecidos el alcance total de los activos del patrimonio y los pasivos identificados, el notario también será responsable de ayudar a los herederos a completar los trámites fiscales; Cabe señalar que aunque estas formalidades pueden ser normalmente completadas por los propios herederos, el notario será no obstante responsable de este deber en más del 90% de las sucesiones.

A tal efecto, sobre la base de las investigaciones realizadas y, en su caso, del inventario oficial que se haya redactado y ejecutado, el notario preparará el borrador del formulario de declaración del impuesto sobre sucesiones, que los herederos deberán enviar a las autoridades fiscales dentro de los plazos legales.

En esta declaración de impuestos, además de una descripción completa y valoración de los activos y pasivos, los herederos deben calcular y pagar espontáneamente el impuesto adeudado, bajo riesgo de sanciones e intereses por demora en el pago.

Estos cálculos son bastante complejos e incluyen una serie de particularidades que el notario deberá tener en cuenta al preparar este documento: por ejemplo, existen regímenes fiscales específicos para empresas o comerciales, explotaciones agrícolas, bosques o edificios históricos, etc.

Al calcular el impuesto sobre sucesiones, también es necesario tener en cuenta las donaciones inter vivos realizadas menos de 15 años antes del fallecimiento, por lo que el notario deberá interrogar a los herederos sobre este último punto y, si es necesario, realizar las investigaciones pertinentes.

Finalmente, el notario informará a los herederos de las diversas opciones disponibles para el pago del impuesto sobre sucesiones y, según las elecciones que realicen, también realizará las solicitudes correspondientes para una demanda específica, como el pago a plazos, el pago aplazado, el pago en especie, etc.

Y por supuesto, como parte de su deber de asesoramiento y deber general de diligencia, el notario debe informar a los herederos de todos estos procedimientos y de todas las responsabilidades y riesgos, tan pronto como se le solicite liquidar la herencia.

CUARTA MISIÓN | Formalidades inmobiliarias

En Francia, y de conformidad con el artículo 710-1 del Código Civil, todas las transferencias de bienes inmuebles deben registrarse en escritura pública antes de poder inscribirse en los registros de la propiedad.

Las transferencias *mortis causa* no son una excepción a esta regla.

Desde 1955, la ley francesa ha hecho obligatorio, después de cada fallecimiento, la elaboración de una escritura pública destinada únicamente a registrar la transferencia de derechos sobre bienes inmuebles, del fallecido a los herederos o legatarios.

Esta escritura, conocida en derecho como “Attestation de Propriété Immobilière” (Certificado de propiedad inmobiliaria), también es una obligación del notario de la sucesión, encargado de registrar esta escritura, elaborada sobre la base del “Acte de Notoriété” y, en su caso, de todas las disposiciones testamentarias específicas (como por ejemplo para legados especiales).

Esta escritura, que incluso puede ser redactada por el notario solo, sin la firma de los herederos, debe en principio ejecutarse dentro de los 10 meses siguientes al fallecimiento, y su principal objetivo es actualizar los registros de la propiedad para mejorar su exactitud y, como ocurre a menudo en Francia, facilitar el cobro de impuestos basados en la propiedad inmobiliaria.

- La normativa es muy estricta en materia de custodia de fondos de clientes, que deben depositarse en una cuenta regulada abierta en un banco público, la “Caisse des Dépôts et Consignations” (Oficina de depósitos y consignaciones),

- y la existencia de un fondo de garantía, organizado por la Ley y diseñado para proteger a los clientes contra cualquier riesgo de malversación de sus fondos por parte del notario, con cobertura ilimitada, los notarios también desempeñan un papel especial y muy apreciado en las herencias, recolectando y transfiriendo algunos o todos los fondos que se deben a los herederos, a fin de garantizar el pago de las deudas del patrimonio, el pago de los impuestos sobre sucesiones y, en última instancia, garantizar la distribución entre los herederos de conformidad con sus derechos.

Y finalmente, en lo que respecta a la división de los activos del patrimonio, y sin entrar en los detalles del procedimiento aquí, debo señalar que el derecho francés organiza este proceso de división completamente en torno a la función del notario.

El notario es responsable no sólo de establecer el detalle de los activos y pasivos del patrimonio para formar el patrimonio a dividir, sino también de determinar los derechos de los herederos, y de proponerles una distribución de estos derechos según las demandas expresadas o, en ausencia de acuerdo, mediante una asignación aleatoria por sorteo.

Solo en caso de desacuerdo sobre un asunto específico, y sólo sobre ese punto de disputa, los herederos pueden remitir el asunto al juez, quien está autorizado a decidir esta disputa, antes de devolver a las partes ante el notario para continuar el procedimiento hasta su conclusión.

Cabe señalar que este no es solo un ejemplo de una misión muy amplia del notario en asuntos no contenciosos, ya que casi todas las operaciones tienen lugar ante él solo, sino también una ilustración muy interesante de la posible cooperación entre las funciones del notario y el juez, siendo la misión de este último exclusivamente limitada a su función esencial: resolver disputas.

Espero que esta presentación nos ayude a alimentar nuestras discusiones y debates de hoy, y especialmente en lo que respecta a la misión muy específica del notario de Derecho Civil, profesional independiente que combina una misión de asesoramiento jurídico con algunas prerrogativas y deberes de una autoridad pública.

Muchas gracias por su atención.



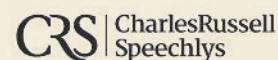


SUZANNE MARRIOTT

PRESIDENTA DE LA SOCIEDAD DE NOTARIOS DE INGLATERRA Y GALES



Suzanne Marriott es abogada y notaria inglesa que ejerce en la Ciudad de Londres como especialista en derecho tributario y patrimonial en su práctica privada. Se especializa en planificación fiscal de herencias y sucesiones, testamentos y procesos de legalización internacionales transfronterizos, así como en fideicomisos y fundaciones. Trabaja en Charles Russell Speechlys, un bufete de abogados internacional. Es presidenta de la Sociedad de Notarios de Inglaterra y Gales.



SUCESIONES EN DERECHO AGLOSAJÓN (COMMON LAW)

Mi nombre es Suzanne Marriott, y soy la Presidenta de la Sociedad de Notarios en Inglaterra y Gales.

Soy una abogada calificada que ejerce como *Solicitor* (abogada) en la ciudad de Londres en un bufete internacional llamado Charles Russell Speechlys. Soy especialista en derecho tributario y fiduciario, particularmente en testamentos internacionales, sucesiones, fideicomisos, capacidad mental, derecho del arte y también soy notaria.

En Inglaterra y Gales tenemos 748 notarios. No somos notarios en derecho anglosajón (*Common Law*), somos una profesión de derecho civil pero que opera en una jurisdicción de derecho anglosajón.

La función de notario es la misma que en Europa (la trajeron a Inglaterra y no hemos cambiado su papel o función desde que llegó), la diferencia es cómo el sistema legal emplea al notario.

Hasta mediados del siglo XIX, Inglaterra y Gales tenían una rama de derecho y práctica de derecho civil y notarios; se empleaban pruebas escritas y procedimientos civiles europeos. El enfoque puro de *Common Law* es nuevo, pero los notarios siguieron siendo los mismos en todo momento.

No se trata de que los notarios no tengan un papel doméstico, sino que nuestra jurisdicción obligatoria es limitada (protesta de Letras de cambio y barcos, y en el proceso civil empleado por el Tribunal de Caballería, que es un tribunal de derecho civil en nuestro sistema de *Common Law*), y tenemos una jurisdicción en gran medida voluntaria que puede ser utilizada por los ciudadanos para obtener el beneficio de registrar acuerdos mediante acto notarial, al igual que pueden hacerlo en todas las jurisdicciones, es decir, dar fuerza probatoria (la presunción de prueba de que los actos notariales son válidos y exactos hasta que se demuestre lo contrario).

Los escribanos no son un tipo diferente de "notario", solo hay un tipo de notario. Son notarios que se han unido a una organización privada de miembros que establece exámenes internos sobre idioma y derecho extranjeros. Sin embargo, no reciben educación adicional ni tienen calificaciones adicionales en derecho inglés: todos los notarios están igualmente (bien) educados.

He expuesto en la diapositiva lo que cubriré hoy: validez de los testamentos, el papel de los albaceas y beneficiarios, libertad testamentaria, registros de testamentos, concesiones, herederos, intestados, fideicomisos e impuestos. Esta charla se basa en el derecho inglés, y las jurisdicciones de *Common Law* se basan en el derecho inglés, por lo que sus reglas son muy similares. Las jurisdicciones de *Common Law* son sistemas legales que desarrollan leyes basadas en decisiones judiciales y precedentes, en lugar de estatutos o códigos. El sistema de derecho común se originó en Inglaterra durante la Edad Media y se utiliza en 40 países en la actualidad, incluidos el Reino Unido, EE. UU., Australia, Nueva Zelanda, India, Irlanda, Pakistán, Sudáfrica, Hong Kong y muchos países y territorios de la Commonwealth como Barbados, Bermudas, Bahamas, Belice.

Glosario de términos

Explicaré los términos clave que utilizamos en Sucesiones:

Testador/Testadora es el autor del testamento.

Ejecutor y Ejecutora son los representantes del patrimonio cuando hay testamento.

Administrador es el representante cuando NO hay testamento.

Representante personal se utiliza para cubrir tanto a un Ejecutor como a un Administrador. Legatario es alguien a quien se le deja un regalo definido de una suma de dinero en el testamento.

Beneficiario es alguien a quien se le deja una parte del residuo del patrimonio.

Ahora voy a hablar de los testamentos de *Common Law*.

¿Qué es un testamento? ¿Cómo es? Generalmente lo redacta un abogado, pero puede ser manuscrito siempre que se ejecute con 2 testigos independientes. Nombra a los Ejecutores, deseos funerarios, qué sucede con los bienes personales, legados de dinero y artículos específicos, luego el residuo del resto del patrimonio. Puede cubrir activos específicos como mascotas y aquellos que atraen beneficios fiscales como activos comerciales y tierras agrícolas, aunque en el Reino Unido esos beneficios se restringirán, pero es aún más importante estructurar estos activos en el propio testamento. Algunos testamentos tienen encabezados. Los 2 testigos no deben ser beneficiarios.

Los codicilos agregan actualizaciones que modifican el testamento cuando se desean hacer pequeños cambios.

Capacidad testamentaria

Tradicionalmente, la prueba de capacidad testamentaria está consagrada en el caso *Banks v Goodfellow* 1870 ¿Qué nos dice *Banks v Goodfellow*?:

La capacidad mental necesaria para hacer un testamento.
Esto significa que deben:

Comprender lo que están haciendo

Comprender el alcance de la propiedad que están entregando en el testamento.
Ser capaz de comprender y apreciar las reclamaciones que deban hacer valer.

No debe haber ningún trastorno mental que modifique sus afectos o pervierta su sentido del derecho o impida el ejercicio de sus facultades naturales y no puede haber ninguna idea insana que influya en su voluntad al disponer de su propiedad.

Pero mucho más recientemente, con la introducción de los Poderes notariales duraderos, los tribunales se han visto divididos entre la prueba contenida en la Ley de Capacidad Mental de 2005. Así que ahora tenemos que equilibrar ambos. El caso muy reciente de *Baker vs Hewston* (2023), el juez comentó que aunque la Ley de Capacidad Mental NO se aplicaba en los casos de sucesiones testamentarias, sus elementos eran coherentes en *Common Law* y podían acomodarse dentro de él. Aunque las dos pruebas se aplicaron en esferas diferentes, conduciría a un resultado impracticable, ilógico o inconveniente si hubiera diferencias reales entre ellas. Si fueran sustancialmente diferentes, podría haber decisiones diferentes sobre la capacidad del mismo testador para el mismo testamento en diferentes tribunales y, en teoría, si un

testador carecía de capacidad en *Common Law* pero no bajo la MCA 2005, no se podría ejecutar ningún testamento válido en absoluto. Los antecedentes legales de la MCA 2005 y los informes de la Comisión de Derecho que condujeron a su promulgación demostraron que estaba destinada a estar alineada con el derecho común.

A continuación, llegamos al papel del Ejecutor (albacea)

Un Ejecutor es el "ordenador", su papel está muy arraigado en el concepto de fideicomiso, que sustenta gran parte del trabajo de sucesiones de *Common Law*. Es la noción de que una persona tiene la tarea de cuidar el dinero y los activos en beneficio de otros. Un Ejecutor tiene la tarea de probar el testamento, investigar los activos, pagar cualquier impuesto sobre sucesiones que pueda ser debido, reclamar activos, pagar cualquier pasivo y finalmente, una vez que el albacea esté satisfecho de que el trabajo se ha completado, puede distribuir el patrimonio de acuerdo con el testamento.

¿Necesita el Ejecutor hacer el trabajo? El papel de ejecutor puede ser una tarea onerosa, así que ¿NECESITA un ejecutor asumirlo? Utilizaré el pronombre "él" pero me refiero, por supuesto, a él, ella o ellos. Él no necesita asumirlo, pero DEBE tomar la decisión al principio para que pueda asumir el trabajo, renunciar o tener el poder reservado para él en una fecha posterior si decide asumir el trabajo más tarde.

No puede retirarse una vez que ha interferido y ha tomado medidas activas en la administración del patrimonio.

Esto es en comparación directa con el papel del fideicomisario. Un fideicomisario puede retirarse si lo desea.

Entonces, bajo la ley inglesa, cuando administramos patrimonios, recurrimos al Ejecutor para obtener instrucciones. Podría decirse que los beneficiarios son inferiores al Ejecutor.

El Administrador

Cualquier persona que tenga derecho a una parte del patrimonio por sucesión intestada tiene derecho a obtener la Concesión del certificado de Administración. Un beneficiario puede obtener una Concesión de Testamento cuando no hay Ejecutor y este puede nombrar a un Abogado.

Beneficiarios

Entonces, ¿dónde están los beneficiarios? Obviamente, deben heredar, entonces, ¿qué tan importantes son? Tienen derecho a que la administración sea

administrada correctamente por el Ejecutor. Si no están satisfechos con la forma en que el ejecutor ha manejado la administración del patrimonio, los beneficiarios tienen derecho a recurrir y pueden presentar un reclamo contra aquel. Afortunadamente, esto es raro, pero es una gran parte del trabajo que hago, especialmente en sucesiones globales complejas.

Libertad testamentaria y desafíos a los testamentos

He mencionado la capacidad mental. El valor predeterminado es la libertad testamentaria. Nuestro sistema funciona sobre esa base, pero hay una red de seguridad, donde las personas disconformes pueden intentar impugnar el testamento si sienten que deberían haber sido incluidos, o que el testador no tenía la comprensión relevante; Veamos con más detalle:

He mencionado la capacidad mental y la prueba. Como profesionales, tenemos la responsabilidad de verificar, lo mejor que podamos, que la persona que comparece ante nosotros comprende la naturaleza del documento. Normalmente, tendríamos dos citas cara a cara; la primera para recopilar datos y tomar instrucciones. Encuentro que los testadores están muy felices de discutir su situación financiera y familiar, lo que me ayuda a comprender bien lo que quieren hacer y por qué. Tomaría notas completas de esta reunión y registraría mis puntos de vista sobre la capacidad de la persona. Luego se prepara el testamento y, a menudo, se envía un borrador al testador. La segunda cita es para revisar el testamento, asegurarse de que todo está en orden y se alinea con los deseos del testador antes de firmarlo frente a dos testigos.

Las cosas pueden, y a veces salen mal, y los testamentos son impugnados. Si alguien siente que el testador no entendió, entonces puede impugnar el testamento. Esto significa que pueden detener la prueba del testamento presentando una advertencia en el registro de sucesiones testamentarias. Esto puede resolverse entre las partes o terminar en los tribunales.

Como nota al margen, tenemos influencia indebida, esto podría tomar la forma de hacer que alguien "fuerce" al testador a hacer un testamento o un enfoque "gota a gota" donde se afirma que alguien ha "envenenado la mente" del testador, lo que llevó a la elaboración del testamento. Este es un reclamo difícil de hacer ya que generalmente hay falta de evidencia.

Finalmente, supongamos que el testamento es completamente válido y que el testador tenía plena capacidad mental. El último lanzamiento de los dados sería que alguien presentara un reclamo DESPUÉS de que se emitiera la Concesión. Se puede presentar un reclamo bajo la "Ley de Provisión para Familias y Dependientes de 1975", comúnmente conocida como la Ley de 1975. Los

cónyuges pueden reclamar una reparación financiera, en general en línea con una reparación que recibirían en caso de divorcio. Los hijos pueden presentar un reclamo basado en sus necesidades financieras; los tribunales ahora se están inclinando a favor de las reclamaciones morales. Finalmente, los convivientes tienen un reclamo válido. Sin embargo, el testador debe tener domicilio en el Reino Unido para que la reclamación tenga éxito.

Ahora podemos ver cómo se localiza un testamento. No tenemos un Registro de Testamentos formal en el Reino Unido, pero generalmente los abogados preparan los testamentos y los resguardan en su bufete. Es obligación del testador informar a la gente dónde está el testamento.

Puede solicitar que su testamento se registre en el Registro de Sucesiones Testamentarias, el costo es de £22. O puede utilizar empresas privadas que brindan un servicio de búsqueda de testamentos. Algunos países de *Common Law* tienen registros de testamentos, como Victoria en Australia, Columbia Británica en Canadá tiene un servicio de ubicación solamente, Nueva Zelanda e Irlanda son voluntarios, por lo que realmente solo se trata de encontrar la ubicación en lugar de poder obtener el testamento en sí.

Los problemas surgen con los testamentos caseros guardados en casa.

Pasando al proceso de Administración del patrimonio

Cómo encontramos activos, recopilamos información y qué información/documentos se necesitan para solicitar la Concesión.

Investigar los activos y pasivos y elaborar una lista es muy importante. Se necesitan las cifras para calcular si hay algún impuesto a pagar y se necesita una cifra global del valor del patrimonio para la solicitud de la concesión de testamento.

Qué más considerar:

¿Hizo el testador algún regalo en los últimos siete años? ¿Donó algo?

Solicitar la Concesión: La solicitud de Concesión es muy metódica y debe seguir el proceso. En primer lugar, ciertas propiedades/bienes deben presentar la cuenta de Impuesto sobre Sucesiones a HMRC. Solo algunas propiedades están exentas de esto. Las propiedades que están exentas de esto son de bajo valor, o aquellas que pasan todas al cónyuge sobreviviente, pareja civil u organizaciones benéficas (hasta cierto valor). Algunas están obligadas a presentar la cuenta a HMRC aunque no se deba ningún impuesto. Una vez que la cuenta se haya presentado a HMRC y se haya pagado el impuesto, HMRC emitirá al ejecutor o administrador una carta de recibo con un código. El

código permite al ejecutor o administrador preparar luego los documentos para solicitar la Concesión.

La siguiente diapositiva es un ejemplo de una Concesión de Testamento y la siguiente diapositiva la Concesión de Representación

Este es el certificado oficial que prueba el testamento y el título del ejecutor. Esto es evidencia de que esa persona tiene derecho a tratar con el patrimonio. Permite que los activos se cobren y que el ejecutor transfiera el título de la tierra a sí mismo u otro.

Cartas de Administración cuando no hay testamento

Concesión de Cartas de Administración con el testamento adjunto cuando hay un testamento pero otra persona que no sea el ejecutor ha probado el testamento.

Concesiones para usar en otros lugares. Como parte del proceso, podemos solicitar copias de la concesión para su uso en otras jurisdicciones. Estas se denominan típicamente copias ejemplificadas. Las concesiones vienen en su papel especial, con un sello judicial y una firma impresa. Es importante que podamos reconocer la Concesión con un holograma en el papel. Una copia ejemplificada es aquella que tiene una firma manuscrita del registrador de distrito. También podemos solicitar una copia ejemplificada del testamento. Ya no se envía una copia del testamento con la Concesión.

A veces no necesitamos una concesión cuando el patrimonio se posee en nombre conjunto o es de muy bajo valor.

Qué documentos les gustaría ver de nosotros. ¿Esperarían ver una Concesión o aceptarían un certificado notarial para administrar los activos que se encuentran en su jurisdicción?

Beneficiarios. Cómo encontramos a los herederos

Por lo general, un miembro de la familia del fallecido se acerca a nosotros, quien sabe que tenemos el testamento y podemos comenzar el proceso de administración. Nos hacen saber los detalles de los beneficiarios. Al redactar testamentos, generalmente identificamos a la persona explicando su relación con el testador y poniendo su nombre completo. Por lo tanto, sería la relación de esa persona a la fecha de la elaboración del testamento. Por lo tanto, si identificamos a alguien como mi cuñada, pero en la fecha de su muerte, ya no es mi cuñada, entonces el legado seguirá en pie. Luego pueden ser identificados para nosotros de la manera normal. Es responsabilidad de los ejecu-

tores asegurarse de que le estén pagando a las personas correctas. La mayoría de las veces este proceso es fácil.

Pero, ¿qué hacemos en situaciones más complejas, como hijos distanciados, parientes más lejanos? No hay una manera establecida de localizar a tales beneficiarios, algunos ejemplos: Podemos consultar la información disponible en el dominio público como punto de partida. Si nuestras consultas no dan resultado, entonces podemos emplear a una firma de genealogistas. En Inglaterra es posible cambiar de nombre, y siempre habrá un rastro en papel para probar el nombre de nacimiento, el cambio de nombre de la escritura para vincular el nombre antiguo y el nuevo. Los seudónimos pueden ser un poco más desafiantes. Recomiendo contratar un seguro en caso de que no haya encontrado a todos los beneficiarios y aparezcan más tarde una vez que haya distribuido los activos.

Ahora veamos dónde no hay un testamento válido y se aplicarán las reglas de una sucesión intestada. Si bien cada jurisdicción de Common Law tendrá sus propias reglas, los principios se basan en el derecho inglés. ¿Hay hijos sobrevivientes? Si no, todo pasa al cónyuge o pareja civil. No existe tal cosa como un cónyuge de derecho común, por lo que si no hay matrimonio o pareja civil, entonces no reciben nada y tendrían que presentar un reclamo ante los tribunales. Si hay hijos u otros descendientes más lejanos, entonces el patrimonio se divide per cápita, en el Reino Unido el cónyuge sólo recibe bienes personales, un legado de £322,000 y la mitad del resto del patrimonio, los hijos reciben la otra mitad, mantenidos en fideicomiso si son menores de edad, y habrá que pagar el impuesto sobre sucesiones.

Cualquier persona que tenga derecho al patrimonio intestado tiene derecho a obtener una concesión.

¿Qué pasa si no hay cónyuge ni hijos? - entonces el patrimonio pasa a los padres, de lado a hermanos, sus hijos, abuelos, tíos y tías. Pero, ¿qué pasa si no queda nadie?

Bona Vacantia (que significa bienes sin dueño) - la Corona hereda y el gobierno los aplica para el bien público.

Finalmente, veamos una peculiaridad del *Common Law*, El papel de los Fideicomisos.

Los fideicomisos son un concepto ajeno en las jurisdicciones de derecho civil.

¿Qué es el título legal? El título que se muestra en un registro público demuestra el título y no es necesario mirar más allá del título legal.

Pero, ¿qué es el título equitativo? Son los verdaderos propietarios con derecho a beneficiarse del activo. A veces, el título legal y el título equitativo coinciden, a veces no. Pero la evidencia del título equitativo se mantiene en privado.

Ejemplos: Tierra - no más de cuatro personas pueden aparecer en el título. Las propiedades son fideicomisos clásicos donde el ejecutor posee la finca en fideicomiso para los beneficiarios. A menudo tenemos fideicomisos para menores en los testamentos, ya que no pueden dar un recibo válido, por lo que sus activos se mantienen para ellos hasta una edad específica, generalmente 21, 25 o 30 años. Los fideicomisos más complejos son comunes en los testamentos para segundos matrimonios, un trust de usufructo vitalicio, similar a un Usufructo. La forma más común que utilizo mucho en los testamentos es un Fideicomiso Discrecional donde se nombra una lista de beneficiarios, pero no tienen derecho absoluto a ninguno de los activos, es totalmente a discreción del ejecutor que se convierte en fideicomisario. Por lo general, hay una Carta de Deseos del testador que brinda orientación al fideicomisario sobre cómo distribuir. Son un método muy flexible de protección de activos y planificación fiscal.

Aspectos internacionales

Para los inmuebles, la ley aplicable es donde se encuentra el activo.

Para los muebles, la ley aplicable es la ley del domicilio del fallecido.

El derecho inglés acepta la doctrina del reenvío total para la sucesión. A menudo, nuestros clientes tienen activos en todo el mundo y se puede utilizar un fideicomiso en un testamento para retener la propiedad excluida del impuesto sobre la renta del Reino Unido.

El papel del Notario/Abogado en la práctica testamentaria

La práctica testamentaria es una actividad reservada, lo que significa que es un delito penal realizar dicha actividad a menos que esté autorizado por un regulador aprobado.

Puede encontrarse con un notario, un abogado o un ejecutivo legal trabajando en un asunto testamentario, quizás asistido por un asistente legal.

Solo un Notario está específicamente capacitado en la autenticación de documentos para su uso en jurisdicciones extranjeras. Aunque un abogado conocerá la ley, es poco probable que comprenda lo que se requiere para que los documentos sean reconocidos en otro país, por lo que cuando las sucesiones

tengan activos en el extranjero, se necesitará un Notario para autenticar el testamento, la Concesión de Testamento y tratar con los activos en el extranjero.

La característica definitoria de la sucesión en el Reino Unido es el impuesto sobre sucesiones.

Nuestro nuevo Gobierno ha cambiado recientemente algunos de los beneficios fiscales para activos comerciales y tierras agrícolas para hacerlos menos generosos, pero esencialmente las reglas siguen siendo las mismas.

Tenemos exenciones conyugales del impuesto y una suma libre de impuestos de £325,000 por patrimonio y luego una mayor exención en la vivienda familiar que pasa a los hijos cuando el patrimonio vale menos de £2 millones.

Nuestras reglas de domicilio están cambiando en abril próximo, por lo que para los no domiciliados se pagará el impuesto sobre los activos mundiales cuando residan en el Reino Unido durante 10 años.





NOT. ELISA PUGLIELLI

ROMA, ITALIA



Elisa Puglielli es Notaria de Derecho Civil en Roma, Italia, y Consejera General de la UINL.

TRANSACCIONES INMOBILIARIAS EN EL DERECHO CIVIL

La **NECESIDAD DE CONTROL PÚBLICO** es el principio y la piedra angular del sistema de transmisión de bienes inmuebles y su publicidad en los sistemas de derecho civil, como el italiano, en el que opera el Notariado Latino. Es un sistema destinado a minimizar el riesgo con el fin de proporcionar **certeza de los derechos y seguridad jurídica** a las transacciones inmobiliarias, mediante un **CONTROL EX ANTE**.

El control se **confía al Notario**, que es un **OFICIAL PÚBLICO**, así como un profesional, **TERCERO** a las partes. La **DOBLE ALMA DE OFICIAL PÚBLICO Y PROFESIONAL** permite combinar el potencial de ambos roles:

- el de imparcialidad y fe pública derivado de la delegación estatal;
- la eficiencia típica del profesional que organiza su actividad por sus propios medios.

De la **FUNCIÓN PÚBLICA** delegada por el Estado se deduce que:

- el notario, al igual que el juez, debe ser seleccionado tras un examen estatal extremadamente complejo;
- los notarios deben estar ampliamente distribuidos por todo el territorio (hay

un número limitado de notarios al igual que de jueces);

- el notario tiene responsabilidad civil, penal y disciplinaria no sólo hacia sus clientes sino también hacia el Estado: por ello está sujeto a controles periódicos por parte del Ministerio de Justicia cada dos años;
- el notario opera en nombre de la "República Italiana" en cuanto la escritura "pública" es un bien que pertenece al Estado;
- dado que las escrituras públicas pertenecen al Estado, cada notario está obligado a garantizar su conservación y, tras su jubilación, son custodiadas por el Estado en los archivos notariales; la trazabilidad eterna de las escrituras es valiosa tanto a efectos de seguridad jurídica como para reconstruir la historia y la cultura de un país.

La **función pública** del notario está ligada a la **especial eficacia probatoria y ejecutiva de las escrituras que redacta y autentica**: el notario atribuye fe pública a los documentos que redacta, lo que significa que los **ACTOS NOTARIALES y SU CONTENIDO RECIBEN RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN HASTA QUE SE DEMUESTRE SU FALSEDAD** por los sistemas de derecho civil, en los que la **prueba escrita es la PRUEBA EXCELENTE DEL SISTEMA PROCESAL**.

De ahí la **FUNCIÓN ANTI PROCESAL** del notario en tales sistemas, destacada en la famosa expresión "**cuanto más notario, menos juez**", pronunciada por un conocido jurista italiano, Carnelutti, en 1950.

El notario:

1. REALIZA UNA COMPROBACIÓN:

- del origen de las declaraciones y de las firmas;
- de legalidad, es decir, de la "viabilidad jurídica" de la transacción, que se extiende a su fondo;
- de la conformidad de la transacción con la voluntad de las partes;

2. Desempeña un papel de **CONSULTOR IMPARCIAL** como tercero.

Las principales actividades que el notario debe realizar en las transacciones inmobiliarias, tomando el ejemplo del notario italiano, se pueden resumir de la siguiente manera.

El Notario:

1. **Averigua la identidad personal de las partes** involucradas en la escritura y **su capacidad para realizarla**. La comprobación de la identidad de las partes por parte del notario tiene como objetivo **EL RIESGO DE SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD**.

2. **Adapta la voluntad** de las partes a las normas imperativas de la ley.

3. **Verifica la titularidad** del derecho de propiedad transmitido por el transmitente.

4. **Verifica la inexistencia de hipotecas previas**, gravámenes, embargos u otras formalidades perjudiciales.

5. **Informa a las partes de sus derechos y obligaciones** y de las garantías que respectivamente tienen derecho a recibir o están obligadas a dar (por ejemplo, en cuanto a la regularidad de la edificación y la conformidad catastral); recibe las declaraciones prescritas por la ley a este respecto, mencionándolas en la escritura.

6. **Identifica el régimen fiscal** relativo al caso concreto y verifica la existencia de requisitos para cualquier beneficio fiscal; **sugiere** soluciones de **ahorro fiscal** de conformidad con la ley; paga a la Agencia Tributaria los impuestos debidos, que recauda de la parte obligada al pago.

7. **Verifica el cumplimiento de las normas contra el blanqueo de capitales y la trazabilidad de los pagos** (también para las comisiones pagadas en concepto de intermediación a cualquier agencia inmobiliaria).

8. **Inscribe sus escrituras** en el Registro de la Propiedad, en el Catastro (el registro de la tierra con función fiscal) y en el Registro de la Agencia Tributaria (oficina de impuestos).

El papel del notario en las transacciones inmobiliarias también está **INTRÍNSECAMENTE VINCULADO A LA FUNCIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD** y al **SISTEMA DE PUBLICIDAD**.

Las escrituras o resoluciones judiciales se inscriben en los Registros de la Propiedad, utilizando el ejemplo italiano, cuando:

- **constituyen derechos reales** (por ejemplo, la escritura que establece un derecho de usufructo o la resolución judicial que reconoce la usucapión);
- **transmiten derechos reales** (por ejemplo, escrituras de compraventa o permutas);

- **constituyen o dividen una comunidad de derechos reales** (por ejemplo, escritura de división);
- **constituyen derechos reales de garantía** (por ejemplo, una hipoteca que garantiza un préstamo);
- **inician procedimientos de ejecución o de insolvencia** (por ejemplo, una ejecución hipotecaria).

La **PUBLICIDAD INMOBILIARIA** permite, por tanto, dar **EVIDENCIA PÚBLICA A TODOS LOS ACONTECIMIENTOS INMOBILIARIOS** y puede ser de tres tipos diferentes:

- **PUBLICIDAD CONSTITUTIVA**, (como en el caso de las hipotecas) cuando la inscripción determina el momento de la **constitución/creación del derecho**; o
- **PUBLICIDAD DECLARATIVA**, cuando la inscripción determina la **oponibilidad** de la transacción **frente a terceros** (por ejemplo, en Italia, la transmisión de la propiedad es efectiva entre las partes del contrato por la mera firma de una escritura de compraventa por escrito; por el contrario, para que la transmisión de la propiedad sea efectiva frente a terceros, se requiere la inscripción en los Registros de la Propiedad);
- **PUBLICIDAD NOTICIA** cuando la inscripción hace que la transacción sea **conocida por terceros**.

En el sistema de transacciones inmobiliarias es necesario que **los resultados de los Registros de la Propiedad TENGAN EL MÁXIMO GRADO DE CERTEZA** y sean fiables no sólo en cuanto a la procedencia (y por tanto a la identificación por ley de los títulos de adquisición), sino también en cuanto al contenido de la transacción y la situación jurídica del inmueble.

Para cumplir con el requisito de que la inscripción de las escrituras en los Registros de la Propiedad se realice con la garantía de la máxima seguridad jurídica, **la ley establece que sólo las escrituras públicas o los documentos privados autenticados (por un funcionario público) tienen acceso a los Registros de la Propiedad.**

Tomemos un ejemplo práctico sencillo y básico de cómo procede un notario italiano cuando se le encarga la estipulación de una escritura de compraventa:

- **Averigua la identidad personal de las partes** mediante conocimiento per-

sonal, verificación de sus documentos de identidad y los resultados de los registros públicos del estado civil (certificado de nacimiento, certificado de matrimonio, etc.) y los poderes notariales o autorizaciones judiciales emitidas.

- **Verifica el título de propiedad.**
- **Realiza búsquedas** en los Registros de la Propiedad y en el Catastro.
- **Adquiere toda la documentación necesaria** relativa a la situación jurídica del inmueble.
- **Hace que el vendedor entregue al comprador la documentación técnica justificativa** (relativa a la regularidad del edificio).
- **Adquiere una copia de las condiciones de pago del precio** (transferencias bancarias o cheques).
- **Recibe las sumas destinadas a depósito** (por ejemplo, el precio o las sumas que las partes hayan establecido como penalización en caso de retraso en la entrega); el depósito se realiza en una cuenta dedicada (diferente de la cuenta profesional, que el notario debe tener por ley, que no produce intereses a su favor, que no entra en la herencia y que no puede ser embargada por los acreedores del notario).
- **Coopera con las agencias inmobiliarias** para adquirir documentos en posesión de las partes.
- **Verifica que las partes cumplen los requisitos para solicitar beneficios fiscales**, y calcula y recauda los impuestos relacionados con la escritura.

Tras la redacción de la escritura, **EL NOTARIO** realiza un **CUMPLIMIENTO TELEMÁTICO ÚNICO** y lo envía, para su inscripción, junto con la copia certificada digitalmente firmada de la escritura a:

- la **AGENCIA TRIBUTARIA**, pagando los impuestos simultáneamente;
- los **REGISTROS DE LA PROPIEDAD**;
- el **CATASTRO** (Registro de la Tierra). La función del Catastro es **identificar la propiedad con datos inequívocos**, así como **atribuir un valor a la propiedad** a efectos del pago de impuestos.

Se reconoce que en nuestro sistema, **LA FIRMA E INSCRIPCIÓN EN TODOS LOS REGISTROS MENCIONADOS PUEDE TENER LUGAR EN UNO O DOS DÍAS.**

EL SISTEMA DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA en Italia se basa en la

regla de la CONTINUIDAD DE LAS INSCRIPCIONES (según la cual una inscripción contra una persona relativa a la propiedad de un inmueble debe ir precedida de una inscripción a favor de la misma persona, relativa al mismo inmueble), y está, para casi todo el territorio italiano, **basado en las personas** (es decir, se basa en los nombres de las personas que transmiten y adquieren derechos sobre bienes inmuebles), mientras que en algunas zonas (los territorios que antiguamente formaban parte del Imperio Austro-Húngaro), existe un sistema **basado en los inmuebles** (es decir, basado en el inmueble y no en las personas que suceden en su propiedad).

Es **deber profesional del notario realizar la comprobación** en los Registros de la Propiedad competentes, actualizándolos hasta una fecha lo más cercana posible a la fecha en que se estipula la escritura: gracias a los modernos medios tecnológicos, los notarios pueden realizar estas inspecciones desde sus oficinas, electrónicamente, con la mayor actualización posible.

La **INTERVENCIÓN NOTARIAL**, que, como hemos dicho, también contribuye a la **FIABILIDAD DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD**, desempeña una **FUNCIÓN DE JUSTICIA PREVENTIVA** que contribuye a la **reducción de la litigiosidad**.

EN LAS TRANSACCIONES INMOBILIARIAS, LA LITIGIOSIDAD CONCIERNE A UNOS 50 CASOS DE MÁS DE 1.700.000 ANUALES, lo que equivale al 0,0029% DE LAS TRANSACCIONES.

Tampoco debe pasarse por alto que la prevención de litigios mediante el control de legalidad ex ante y la fiabilidad de los registros públicos (de la propiedad y mercantiles) representan un elemento decisivo en la **competitividad** de la **economía** de un país: los inversores extranjeros tienen un mayor incentivo para invertir en un país donde el tráfico inmobiliario y mercantil y la financiación de las transacciones están garantizados y donde la litigiosidad se reduce o, si surge, se resuelve rápidamente. De ahí también la importancia del proceso de **desjudicialización** al que está contribuyendo el notariado.

En vista de que para los ciudadanos más débiles acudir a los tribunales a menudo no es una opción viable -dada la duración y, por tanto, los costes que tienen que soportar-, es evidente que **la seguridad "a priori" garantizada por la intervención notarial protege precisamente a los más débiles** (mientras que la "a posteriori" es un lujo reservado a quienes tienen más medios).

LOS ACCIDENTES RAROS SON ÍNTEGRAMENTE REEMBOLSADOS POR EL SEGURO OBLIGATORIO DE LA CATEGORÍA; los casos que no están cubiertos por la póliza de responsabilidad civil son reembolsados por un fondo de garantía especial constituido por la categoría.

Cabe especificar que **EL SEGURO DE LOS NOTARIOS REEMBOLSA EL**

VALOR REAL TOTAL DEL INMUEBLE (por ejemplo, de una casa que ha sido hipotecada), a **diferencia del seguro de título en los países angloamericanos**, que, por el contrario, sólo reembolsa el máximo asegurado, que, en la mayoría de los casos, corresponde a la suma prestada por el banco en el momento de la compra de la casa.

Tomemos el ejemplo de una casa que se compra en 2020 por un precio declarado de 150.000 euros y se asegura por la misma cantidad, correspondiente a la hipoteca; si, por ejemplo, en 2024, cuando la casa tiene un valor de mercado de 220.000 euros, se descubre que existía una hipoteca, que no se hizo efectiva durante la venta, el seguro de título sólo indemnizaría los 150.000 euros originales, mientras que el seguro de responsabilidad profesional del notario indemnizaría hasta 220.000 euros.

En términos de análisis económico, el seguro de título es una solución ineficiente para el consumidor, porque no sólo no garantiza los derechos de propiedad, sino que ni siquiera indemniza el daño sufrido. La garantía de certeza de las transacciones inmobiliarias mediante la intervención notarial en países de derecho civil como Italia también está asegurada por los controles a los que están sometidos los notarios.

La **RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA** puede dar lugar a la suspensión o, en los casos más graves, a la destitución.

Además, en el ámbito de las escrituras inmobiliarias, **EL NOTARIO QUE RECAUDA Y PAGA IMPUESTOS AL ESTADO, SIN NINGÚN BENEFICIO ECONÓMICO PARA SÍ MISMO, ES PERSONAL Y DIRECTAMENTE RESPONSABLE DE LOS IMPUESTOS CONECTADOS CON EL ACTO, INCLUSO SI EL CLIENTE NO LOS HA PAGADO.**

Y a diferencia de un trabajador autónomo ordinario, la posible apropiación de impuestos por parte del notario no constituye una simple infracción de derecho civil, sino que es un delito punible por el derecho penal como "malversación" precisamente por la naturaleza de funcionario público. De ahí la razón por la que el Consejo Nacional del Notariado se ha dotado de una **Disciplina** particularmente favorable al ciudadano, en cuanto obliga a los notarios a:

- tener un seguro obligatorio para indemnizar cualquier daño pecuniario causado a terceros;
- constituir un Fondo de Garantía para proteger contra los daños derivados de la responsabilidad penal.





DAVID S. WILLIG

ABOGADO Y NOTARIO CIVIL EN FLORIDA,
ABOGADO EN LA CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS



David Willig es un abogado internacional con doble habilitación en Estados Unidos y Europa. Es miembro de los colegios de abogados de París y Florida, y está habilitado para ejercer en todos los tribunales federales de Florida, así como en otros estados. También es notario público en Florida.

TRANSACCIONES INMOBILIARIAS EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN (*Common Law*)

1. Introducción / Enfoque. El Papel del Profesional Jurídico

Normalmente, un profesional jurídico interviene en las transacciones inmobiliarias, aunque no es obligatorio. En Florida, el notario civil no tiene el monopolio de estas transacciones.

2. Contratos y Documentación

A. El Contrato de Compraventa

La revisión del contrato suele ser realizada por un profesional jurídico, aunque a menudo también la lleva a cabo un agente inmobiliario. La participación de un abogado desde el inicio puede ser útil para redactar el contrato.

Existen numerosos modelos de contratos para diversas operaciones inmobiliarias, desarrollados en colaboración entre el Colegio de Abogados de Florida y la Asociación de Agentes Inmobiliarios de Florida (contratos FARBAR).

- **Depósito en Garantía:** El monto del depósito en garantía se determina en el contrato de compraventa y puede depositarse en una cuenta fiduciaria de un abogado o en una cuenta de depósito en garantía de un agente de títulos.

B. Inspecciones

El contrato de compraventa puede incluir una cláusula que permita al comprador realizar inspecciones antes de la compra.

C. Financiamiento

Es necesario cumplir con cualquier contingencia relacionada con el financiamiento, como la obtención de una hipoteca y la tasación de la propiedad.

3. Examen del Título y Cierre Exámen del Título:

Se examina el título de propiedad para asegurarse de que no existan gravámenes, cargas u otros problemas legales.

Seguro de Título: Es una práctica común en Norteamérica asegurar el título de propiedad.

Cierre de la venta: Se revisan y firman todos los documentos necesarios para finalizar la transacción. En la actualidad, muchos de estos trámites pueden realizarse de forma electrónica. Se pagan los costos de cierre, que incluyen impuestos, honorarios legales y otros gastos detallados en el contrato de compraventa.

D. Entrega de la Escritura

Se registra la escritura de propiedad para hacer pública la transferencia de la propiedad.





DR. PHILIP M. BENDER

LL.M. (YALE), MAESTRÍA EN DERECHO (PARIS II)



Philip M. Bender, Doctor en derecho, es candidato notario en Baviera. Actualmente trabaja como miembro de la dirección de la Cámara Federal de Notarios de Alemania. Su libro sobre los límites del derecho personalizado fue galardonado, entre otras distinciones, como libro jurídico del año 2024.

NOTARIOS Y ESTIMULOS CONDUCTUALES: Explicando la notarización en términos de economía del comportamiento

I. Introducción

Los estudiosos del derecho y la economía tienden a elogiar el reinado de la autonomía privada. Los requisitos formales obligatorios se perciben potencialmente como una limitación indebida de la autonomía privada y un aumento de los costos de transacción. Los notarios de derecho civil, que dirigen el procedimiento de redacción y contratación en áreas económicas importantes, podrían fácilmente ser malinterpretados como restos anacrónicos de una era pasada. Sin embargo, en realidad, los notarios de derecho civil existen desde hace miles de años porque contribuyen a la asignación eficiente de bienes en la sociedad. Hasta ahora, la eficiencia de la participación notarial se ha estudiado en términos de derecho y economía neoclásicos, subrayando los beneficios de un actor neutral y confiable. En lo que sigue, utilizaré por primera vez los conocimientos de la economía del comportamiento para explicar mejor la justificación de la intervención notarial en las transacciones jurídicas.

II. De la economía neoclásica a la economía del comportamiento

Para comenzar, esbozaré brevemente los desafíos a la economía neoclásica planteados por los conocimientos de la economía del comportamiento.

1. Supuestos neoclásicos: El *Homo Oeconomicus*

La economía neoclásica asume la noción que los individuos tienen preferencias exógenas, que no están influenciadas por su entorno, que estos individuos están plenamente informados y actúan de acuerdo con los supuestos de la teoría de la utilidad esperada. Según este enfoque, al elegir entre diferentes opciones de comportamiento, los individuos consideran el alcance y la probabilidad de satisfacción de las preferencias y eligen la opción que maximiza su utilidad. Por lo tanto, la teoría económica neoclásica sostiene que el comportamiento manifestado se alinea con lo que las personas realmente desean. Estos supuestos se han resumido en el concepto del *homo oeconomicus*. Solo porque la economía neoclásica percibe a los humanos como racionales en términos económicos, puede concluir que la contratación fomenta la asignación eficiente de los activos, ya que los activos terminan en manos de aquellos individuos que les atribuyen el mayor valor.

2. Desafíos del comportamiento: Asimetrías de información y una variedad de sesgos

Estos supuestos han sido continuamente cuestionados. La economía institucional ya señalaba que los individuos no siempre están plenamente informados. Carecen de información central o están sujetos a sobrecarga de información. Esto conduce a asimetrías de información y desigualdad en el poder de negociación entre las partes contratantes, un aspecto que en otro lugar describo como información limitada.

Los conocimientos de la economía del comportamiento sugieren que las preferencias son de hecho endógenas, moldeadas por su entorno. Por lo tanto, deben considerarse los efectos de modelado de gustos y de encuadre. Además, la economía del comportamiento señala que los individuos no siempre maximizan su propia riqueza (interés propio limitado), sobrestiman los beneficios a corto plazo y subestiman los costos a largo plazo (fuerza de voluntad limitada) y no siempre actúan racionalmente de acuerdo con los supuestos de la teoría de la utilidad esperada (racionalidad limitada). De hecho, están sujetos a una variedad de sesgos, que conducen a una mala interpretación de las pro-

habilidades o de los costos y beneficios involucrados. Por ejemplo, los individuos se sobrestiman a sí mismos (sesgo de confianza excesiva), así como la probabilidad de resultados positivos (sesgo de optimismo). Su decisión de contratar también se verá influenciada por su simpatía por el oferente (sesgo de simpatía). Estos sesgos pueden ser particularmente relevantes en el caso de los consumidores. Sin embargo, la investigación empírica ha demostrado que siempre están presentes.

III. Eliminación de sesgo por parte de los notarios

Una lección que se puede extraer de estos conocimientos del comportamiento es la siguiente: un orden jurídico no solo debe proporcionar una infraestructura legal que las partes puedan utilizar. También debe garantizar que los individuos estén incentivados a comportarse de acuerdo con sus verdaderas preferencias. Esta idea no tiene por qué conducir al paternalismo clásico, basado en prohibiciones y disposiciones obligatorias. En cambio, deben utilizarse una variedad de herramientas que pueden denominarse "paternalismo suave" (Sunstein). Una de ellas es el requisito de autenticación notarial. Los notarios actúan como instituciones preventivas, similar a las agencias de protección al consumidor. Portegen a la parte más débil y garantizan que se apliquen las preferencias verdaderas e imparciales en función de la información pertinente. En pocas palabras, cierran la brecha entre los supuestos neoclásicos por un lado y el comportamiento de la vida real por el otro. Los notarios logran esto por al menos tres razones diferentes.

1. Elemento temporal: Período de reflexión

La intervención notarial proporciona un período de reflexión que permite a los individuos repensar sus elecciones iniciales. Aunque las citas notariales están disponibles rápidamente, la contratación no será posible en el acto. A menudo, los individuos verán a un notario para una primera consulta y luego una segunda vez para el cierre del trato. En los casos de protección al consumidor, el período de reflexión se menciona explícitamente en el estatuto. Por ejemplo, según la Ley de Autenticación Alemana, sección 17 § 2a, los consumidores deben recibir un borrador de la transacción legal al menos 14 días antes de la firma del acuerdo. Esto les brinda tiempo suficiente para repensar su impulso inicial, que podría haber sido influenciado por el sesgo de simpatía hacia el vendedor. Por supuesto, esta desaceleración conduce a costos de transacción. Sin embargo, cuando conducen a la implementación de las preferencias reales, en realidad son beneficios de transacción.

2. Elemento espacial: Lugar seguro

La participación notarial también implica que la contratación se produzca en un espacio protegido y seguro. En casa, las personas a menudo se ven desprevénidas. No activan su mentalidad empresarial. En la oficina del vendedor, los individuos están sujetos al entorno de encuadre específico de la otra parte. La publicidad bien colocada y el uso específico de los sesgos de simpatía y los efectos de encuadre atraerán a las personas a contratos que en realidad no desean. Cuando se requiere la notarización, las partes deben ir a la oficina del notario, un terreno neutral como el antiguo foro del mercado. El notario también se asegurará de que no se ejerza ninguna presión psicológica o incluso física indebida sobre una de las partes.

En entornos comerciales, la autenticación en línea es a menudo una opción. El procedimiento de autenticación en línea también implica los beneficios espaciales en cierta medida: cada parte puede retirarse a un lugar seguro desde el que decide iniciar sesión en la plataforma de contratación notarial que cumple con los más altos estándares de protección de datos. Sin embargo, el notario no tiene control sobre lo que sucede "detrás de la pantalla", por lo que no todas las transacciones legales son igualmente adecuadas para la autenticación en línea.

3. Elemento sustancial: Asesoramiento personalizado

Finalmente, los notarios explican las cláusulas desfavorables a la parte interesada y enfatizan los riesgos potenciales. El asesoramiento notarial es personalizado, evitando la sobrecarga de información. Señala los aspectos legales relevantes y, por lo tanto, se acerca al supuesto neoclásico de información perfecta. Además, su intervención proporciona la base para registros confiables, contribuyendo aún más a acercar a las personas a la suposición de información completa.

Cuando el notario percibe que una parte está sujeta al sesgo de optimismo en cuanto a los riesgos de una determinada carga, enfatizará este hecho. Cuando las partes tienden a descuidar los efectos a largo plazo, el notario ilustrará sus riesgos potenciales. El asesoramiento experto personalizado del notario sobre asuntos legales ayuda a los individuos a no desviarse y, por lo tanto, garantiza que la autonomía privada pueda florecer verdaderamente y conducir a una asignación eficiente de los activos.

IV. Modelado de gustos por parte de los notarios

Permitir una asignación eficiente de bienes dentro de la sociedad es un objetivo importante del derecho. Sin embargo, no es el único. En una tradición republicana, el derecho también expresa valores sociales. Teniendo en cuenta la endogeneidad de las preferencias, el derecho es una herramienta para moldear las preferencias individuales y crear virtudes cívicas. En este esfuerzo de modelado de gustos cívicos, el notario también es un actor clave. Quiero ilustrar este punto con respecto a las normas supletorias.

1. Valores sociales y normas supletorias

Según la economía neoclásica y la teoría de los contratos contingentes completos, las normas supletorias deberían imitar lo que las partes hubieran querido, para evitar los costos de transacción que implicaría que las partes optaran por excluirlas.

Sin embargo, más allá del hecho de que las opciones de exclusión pueden tener beneficios significativos porque obligan a las personas a revelar sus preferencias, las normas supletorias pueden conceptualizarse de otra manera: representan valores sociales. El ordenamiento jurídico alemán describe esto como la función de modelo a seguir (*Leitbild Funktion*) de las normas supletorias. En los Estados Unidos, una literatura creciente, liderada por Sunstein, percibe las normas supletorias como “nudges” empujones que pueden usarse para implementar criterios de política pública. En última instancia, la idea es que las normas supletorias no sólo influyen en nuestro comportamiento al disuadirnos de optar por su exclusión debido a los costos de transacciones que conllevan, sino que moldearían nuestras preferencias, según la función expresiva o comunicativa del derecho, conforme a los valores que incorporan.

2. Notarios y el Sesgo del *Status Quo*

Sin embargo, la función expresiva de la ley ha sido cuestionada por el hecho de que a menudo las personas desconocen el contenido de la ley. De hecho, si las personas desconocen las normas supletorias, esta solución difícilmente puede influir en sus respectivos valores.

El notario resuelve este problema. Antes de discutir diferentes formas de optar por no participar, el notario explica las normas supletorias legales. Especialmente las personas sin preferencias predefinidas claras están abiertas y receptivas a la solución que el legislador ha proporcionado.

Aunque optar por no participar no sería difícil a la luz del asesoramiento profesional del notario, las personas están sujetas al sesgo del status quo basado en valores. En ese sentido, los notarios cumplen una importante misión democrática y cívica. Interfieren con los circuitos de retroalimentación de las personas y brindan un terreno común de reflexión, aún más importante en tiempos de redes sociales donde los algoritmos solo confirman las propias preferencias. Los notarios son agentes que impulsan la implementación de valores considerados justos y fomentan la cohesión social.

CONCLUSIÓN

En conclusión, la economía del comportamiento puede explicar los beneficios de la notarización de dos maneras importantes.

Primero, los notarios eliminan sesgos en las preferencias individuales. En ese sentido, garantizan que se apliquen las preferencias reales y contribuyen a la asignación eficiente de bienes.

Segundo, los notarios moldean los gustos de las personas a la luz de las virtudes cívicas promulgadas en los procedimientos democráticos. En ese sentido, contribuyen a la cohesión social.

En resumen: el impulso de la ley se vuelve eficiente en el momento de la notarización.





PROF. ANNIE I. RIVERA CRUZ

LLM, PUERTO RICO



Notaria y abogada con más de diez años de experiencia en el área legal. Annie I. Rivera Cruz tiene un gran interés en estudiar temas como el derecho a la vivienda, los derechos de propiedad, las obligaciones y contratos, los derechos humanos y el trabajo con comunidades.

EL ROL DEL NOTARIO Y LA PRUEBA DEL DERECHO SOBRE LA PROPIEDAD LUEGO DE DESASTRES NATURALES

Agradezco a la Unión Internacional del Notariado Latino por la invitación, así como al Colegio Notarial de Puerto Rico. Me siento sumamente honrada de estar compartiendo con ustedes en este momento, rodeada de profesores y colegas tan distinguidos. Tomaré unos breves minutos para compartir con ustedes algunas reflexiones sobre el rol del notario y la prueba de derechos sobre la propiedad luego de desastres naturales.

Doña Ana, una mujer de 55 años, ama de casa y encargada de su madre anciana, perdió su hogar ubicado en un pueblo al centro de la isla por los vientos del Huracán María. Al pasar los días remendó su propiedad, mientras que solicitó asistencia a diversas agencias gubernamentales para reconstruir su casa. Al acudir a las agencias estas le solicitaron evidencia de su titularidad. Al acudir al Registro de la Propiedad se percató que su hogar consta inscrito aún a favor del dueño anterior, perdió la copia de la escritura en medio del evento atmosférico. No tiene forma de evidenciar su titularidad. Así comienza un largo

camino para que la realidad fáctica concordara con la realidad jurídica, por lo que la reconstrucción de su hogar no comenzó hasta 5 años después, y aún espera por la entrega de su hogar por parte de las autoridades gubernamentales.

Nuestra hermosa isla de Puerto Rico tiene algunas particularidades importantes que son necesarias mencionar para tener contexto en estas reflexiones:

Primero: Puerto Rico, como se ha mencionado en otras ocasiones en la mañana de hoy, es un país de tradición mixta. En nuestra pequeña isla se conjugó tanto el derecho anglosajón y el civil como parte de los procesos de colonización española y estadounidense. En otras palabras “la transculturación jurídica, producto de la confusión entre nuestra tradición Iberoamericana y la relación colonial con los EE.UU., ha afectado profundamente el desarrollo jurídico puertorriqueño, creando algo distinto a cualquiera de las tendencias originales”.¹ Esta transculturación jurídica nos permite poder establecer puentes y lazos entre ambas tradiciones.

Segundo: Puerto Rico, esta hermosa isla del caribe, queda ubicada justamente en lo que se le conoce como el corredor de los huracanes en el Océano Atlántico. Durante los meses de mayo a noviembre de cada año, transcurre la temporada de huracanes y con ello el desasosiego de miles de familias que fueron afectadas por los Huracanes Irma y María en el 2017 y que aún se encuentran esperando porque se les haga justicia a la espera de que se culmine o lamentablemente, se comience en muchos casos la reconstrucción de sus hogares.

Tercero: pese a que contamos con una jurisdicción cuya fuente de derecho es mixta, la práctica del ejercicio de la notaría ha sobrevivido a los procesos de colonización y americanización sufriendo algunas variaciones. Puerto Rico aún hoy, mantiene la tradición del ejercicio del notariado latino y cuenta con un Registro de la Propiedad que, aunque respecto a algunas figuras es de carácter constitutivo, sobre la mayoría de las figuras jurídicas mantiene su carácter declarativo proveyendo seguridad jurídica en las transacciones que en él se registran.

Debido a que Puerto Rico es de tradición civilista entre las múltiples formas de adquisición de dominio se encuentra la tradición. En nuestro ordenamiento jurídico se ha reconocido que la tradición no se constituye únicamente

¹ Gerardo Bosques Hernandez y Lin Collazo Carro, Puerto Rico, *La historia de una jurisdicción mixta en busca de una codificación civil*, 3 REV. JUR. INTER. 361 (2016).

mediante la adquisición del bien inmueble mediante instrumento público, sino que se considera parte de la tradición para la adquisición del dominio y la entrega del bien inmueble. Este último elemento tiene el efecto jurídico, de que para que las familias puedan recibir algún tipo de evidencia documental del negocio jurídico, se vean obligados a acudir a los Tribunales de Justicia o ratificar dicho negocio ante notario para que conste en un instrumento público.

Hasta el 27 de noviembre de 2020, en Puerto Rico para la transmisión, modificación de bienes inmuebles se requería la autorización de un instrumento público. Bajo nuestro nuevo Código Civil, solo se requiere por escrito para efectos probatorios del negocio jurídico. Sin embargo, hay un desfase, para que el negocio jurídico tenga acceso al Registro de la Propiedad es necesario que el mismo se constituya mediante escritura o exista un documento judicial. Por otro lado, la ley notarial prohíbe al notario la constatación de declaraciones juradas que tenga por objeto la transmisión de un bien inmueble. Por lo cual, para que las familias cuenten con la protección y la seguridad jurídica, el notario es pieza fundamental.

Tal y como le ocurrió a doña Ana, según FEMA (Agencia Federal para el Manejo de Desastres) se estima que cerca del sesenta por ciento (60%) de un millón cien mil (1,100,000) solicitudes para la asistencia económica por los eventos atmosféricos fueron denegadas, por ser inelegibles.² Aunque hubo muchos otros factores, *una de las razones principales fue que la persona solicitante no pudo probar o evidenciar que era dueño(a) del hogar y/o del terreno con respecto al por el cual se reclamaban los daños*. Este enorme por ciento de denegaciones dejó a muchos sin la ayuda urgente de vivienda que necesitan, lo cual ha resultado en necesidades de vivienda insatisfechas.³

Así las cosas, la evidencia de titularidad ha sido uno de los ejes centrales de la discusión en Puerto Rico en torno a la asistencia a las familias en desastres, los procesos de recuperación y el derecho a una vivienda digna. En la mayoría de los casos, esa evidencia de título que solicitan los programas se refiere a la copia certificada de los instrumentos públicos autorizados ante notario. El

² Informe sobre la Evaluación de los Daños a los Hogares y las Estrategias de Recuperación para Puerto Rico.

³ CDBG-DR, Guías del Programa, *Programa de Autorización de Títulos*, DEPARTAMENTO DE LA VIVIENDA. (2 de agosto de 2023), [https://cdbg-dr.pr.gov/download/programa-de-autorizacion-de-titulos/?ind=1666814782607&filename=1666814782wpdm_TITLE%20CLEARANCE%20PROGRAM%20\(TC\)%20%20PROGRAM%20GUIDELINES%20\(V.3\)%20\(ES\).pdf&wpdmdl=6539&refresh=644d29eeb2bc01682778606](https://cdbg-dr.pr.gov/download/programa-de-autorizacion-de-titulos/?ind=1666814782607&filename=1666814782wpdm_TITLE%20CLEARANCE%20PROGRAM%20(TC)%20%20PROGRAM%20GUIDELINES%20(V.3)%20(ES).pdf&wpdmdl=6539&refresh=644d29eeb2bc01682778606) (citadas omitidas) (énfasis suplido).

problema residió en que las familias no poseían evidencia de titularidad, porque el documento se perdió como consecuencia del evento atmosférico o con el pasar de los años se extravió o porque no ha podido legalizar su relación con la tierra y su hogar por falta de recursos económicos. Esto provocó una crisis sin precedentes en el país que ocasionó, no solo la especulación que trae consigo el desastre, sino el aumento en los costos de la vivienda, el desplazamiento y una gran incertidumbre jurídica donde el notario ocupó un sitial importantísimo al atender la crisis.

Con mucho orgullo tengo que decir que cientos de abogadas y notarias, con muy pocos recursos, llegamos a diversas comunidades para ofrecer asistencia a las familias que necesitaban evidenciar su titularidad. Ante el vacío gubernamental, las organizaciones como el Colegio Notarial de Puerto Rico, así como el Resiliency Law Center respondieron con el diseño de programas de Titularidad. Estos programas que aún se encuentran vigentes en la isla, consisten en proveer asistencia legal gratuita a familias víctimas de eventos atmosféricos, vulnerable y de pocos recursos para formalizar u obtener su evidencia de titularidad. Desde declaratoria de herederos, escrituras de cesión, derechos de superficie, entre otros, son múltiples los negocios jurídicos que otorgan los notarios proveyéndolo a las familias no solo seguridad jurídica, sino acceso a la justicia social y, sobre todo, el acceso al derecho a una vivienda digna.

Pero esta respuesta de los notarios, la emergencia provocada por los desastres socio climáticos, no solo ocurre en Puerto Rico. Es necesario mencionar las medidas tomadas por el Colegio Notarial de Castilla - La Mancha, ante los eventos de la Dana en la comunidad de Valencia en España. Desde nuestra isla, nuestra mayor solidaridad con la comunidad valenciana y los afectados. Las medidas tomadas por el Colegio Notarial de Castilla también son eco de aquella frase sacramental que afirma “solo el pueblo salva el pueblo”: el establecer servicios gratuitos para los afectados en cuanto a las actas de protocolización y notoriedad, la habilitación de un servicio de búsqueda, expedición y entrega gratuita para las personas de las copias físicas de sus escrituras, así como el uso de la sede del Colegio Notarial para los compañeros que así lo necesiten, solo refleja el rol esencial del notario, no solo en la emergencia, sino en el proceso posterior al desastre.

En Puerto Rico, al ser evidente el reto al que se enfrentaba el país, por la falta de evidencia de titularidad, se aprobó La Ley para Acelerar los Procesos para Otorgar Títulos de Propiedad bajo el Programa de Autorización de Títulos adscrito al Departamento de la Vivienda aprobada el 23 de diciembre de 2022. Esta Ley busca flexibilizar los procesos legales para que las familias puedan obtener un título de propiedad añadiéndose a las competencias nota-

riales a los y las profesionales de la notaría de Puerto Rico para tramitar en su sede notarial: a) Declaración del dominio; b) Reanudación del tracto interrumpido; y c) Acción Declaratoria de Usucapión. Aunque la referida ley fue un avance, el alcance de la misma se limitó a las personas que están bajo un programa gubernamental. La invitación es a que sea extensiva la ley a todo el país. De igual manera, es necesario establecer métodos que faciliten el que las personas víctimas de catástrofes puedan acceder a las copias certificadas de sus escrituras, tanto que estén en manos de los notarios como aquellos casos que el custodio de la obra notarial es la Oficina de Inspección de Notaria.

CONCLUSIONES

Es necesario tomar conciencia del rol esencial que tiene el notario para la protección de derechos y proveer seguridad jurídica ante los desastres naturales. En momento de incertidumbre, como lo es en medio de una catástrofe socio natural, la seguridad jurídica y la certeza que ofrece el ejercicio notarial es fundamental no solo para el país sino para la paz y seguridad de las familias afectadas. Aún nos queda camino por recorrer, la invitación sería que en nuestro país urge la digitalización de los registros notariales ante la catástrofe, también es necesario el diseño de un plan para los casos de catástrofes poder asistir a las familias de manera ágil y organizada considerando que los eventos atmosféricos serán más fuertes y constantes en los próximos años.

La invitación en este espacio sería a que la Unión tome medidas que estandaricen la respuesta de los notarios ante la catástrofe considerando también que los compañeros y compañeras son víctimas del siniestro como nos ocurrió en Puerto Rico. Es urgente fortalecer y ampliar la capacitación de los notarios para que puedan tener las herramientas de acudir a las comunidades a ofrecer servicios a las poblaciones vulnerabilidad. El notario PROVEE certidumbre en momentos de gran incertidumbre. El acceso al notario y NOTARÍA puede significar para una familia, no solo seguridad jurídica, sino el poder acceder a un techo a vivienda digna. Recordemos que para doña Ana significó tener una vivienda para comenzar de nuevo.





PROF. PETER L. MURRAY
HARVARD LAW SCHOOL, ESTADOS UNIDOS



A lo largo de los años, Peter Murray ha trabajado de manera extensa en derecho comparado, con especial referencia al procedimiento civil en Alemania y Europa. Asesor del Comité Consultivo de Reglas de Prueba de Maine, desde 1973 hasta la fecha. Profesor Senior Fulbright, Universidad de Freiburg, Alemania, 1998. Profesor Visitante de Derecho desde la Práctica, Escuela de Derecho de Harvard, 1996-2009. Ex Director Académico, Harvard Legal Aid Bureau.

EVOLUCIÓN DE LAS TRANSACCIONES INMOBILIARIAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Introducción

Distinguidos líderes del Colegio Notarial de Puerto Rico, colegas y participantes en este Segundo Diálogo entre Sistemas Jurídicos: Gracias por invitar a mi amigo y colega, el Profesor Dr. Rolf Stürner y a mí, a hablar con ustedes sobre los atributos y méritos comparativos de la ejecución de transacciones legales en los sistemas notariales y de *Common Law*, en particular aquellas relacionadas con bienes inmuebles en Europa y Estados Unidos. Mis observaciones comenzarán con una descripción de cómo se manejan las transacciones inmobiliarias bajo el sistema de *Common Law* en los Estados Unidos y el creciente papel de los recursos neutrales en ciertos tipos de dichas transacciones, con mención de cómo los profesionales neutrales, en la forma de mediadores, están desempeñando roles cada vez más importantes en el litigio civil.

El Profesor Dr. Stürner continuará con una descripción y discusión del papel y la función de los notarios en las transacciones legales en Alemania y la Unión

Europea. También discutirá algunos desarrollos recientes con respecto al papel del notario dentro de la UE y sus Estados Miembros.

Seguiremos nuestras presentaciones iniciales con un tercer segmento compartido en el que mis observaciones se centrarán en comparar los costos, la calidad de la función y otros atributos del sistema de *Common Law* de EE. UU. frente al sistema notarial de derecho civil en el manejo de transacciones inmobiliarias. El Profesor Dr. Stürner concluirá con algunas observaciones sobre cómo los juristas puertorriqueños pueden mantener un sistema notarial de alta calidad en el que los abogados también puedan ejercer como notarios.

La tradición jurídica del derecho común o *common law*

A diferencia de la mayor parte de Europa y América Central y del Sur, que comparten una tradición jurídica basada originalmente en gran medida en el derecho romano, Estados Unidos, como antigua colonia de Gran Bretaña, pertenece al llamado "Mundo del Derecho Común o *Common Law*". Gran Bretaña, como nación insular que se desarrolló durante la Edad Media, desarrolló un sistema legal que, sin duda, estuvo influenciado por el derecho romano, pero que en muchos aspectos exhibió su propio carácter con raíces en el derecho consuetudinario y las costumbres locales del norte de Europa de épocas anteriores.

Bajo el "derecho común" inglés, las transacciones inmobiliarias eran en gran medida asuntos privados, emprendidos entre propietarios sin la participación abierta del soberano. No era necesario ningún tipo de "documento público" para efectuar la transferencia de tierras. Las partes podían contratar entre sí y transferir tierras mediante escritura sin la intervención requerida de ningún funcionario público o notario público. Las partes podían ser asistidas por asesores legales y representadas por abogados tanto en procedimientos judiciales impugnados como en negociaciones privadas, pero los roles de los abogados eran auxiliares a sus clientes y a sus respectivos intereses.

Derecho transaccional basado en las partes

Los diversos estados de los Estados Unidos, como colonias de Gran Bretaña, importaron el derecho común inglés en los siglos XVII y XVIII y lo mantuvieron después de la Independencia a fines del siglo XVIII. Aunque en esta charla hablamos de derecho transaccional de los Estados Unidos, el derecho

privado es en gran medida derecho de los diversos estados de los Estados Unidos, como Nueva York, Massachusetts y Maine. Por lo tanto, cuando se habla de derecho estadounidense, se trata de una generalización de las diversas y variadas leyes de los 50 estados individuales.

El modelo para el derecho transaccional de EE.UU. es el de las partes individuales, cada una asesorada y representada por su propio abogado cuando sea necesario, que interactúan directamente entre sí para crear contratos y efectuar transacciones legales. Esto se basa en la teoría de que la interacción directa de los intereses asesorados individualmente generará transacciones justas, y que las partes o sus asesores partidarios que actúan en colaboración podrán crear la documentación necesaria para efectuarlas. Este modelo transaccional difiere del modelo de litigio en que, en este último también existe una interacción directa y competitiva entre las partes, generalmente cada una representada por un abogado, pero esta vez en presencia de un tomador de decisiones neutral, quien luego tomará una decisión sobre el asunto en disputa.

El modelo de derecho común basado en las partes presupone que las partes tienen un poder de negociación más o menos igual y que ambas tienen acceso a asistencia legal de calidad comparable para asesorarlas y participar en la creación de la documentación de la transacción. Si una de las partes no está asesorada por un abogado, o si el abogado de una parte es menos conocedor o capaz que el abogado de la otra parte, existe el riesgo de que esa parte sea sobrepasada por los recursos superiores de la otra parte. Tal desequilibrio produce malas transacciones.

Una transacción de compra y Venta de bienes raíces típica de EE.UU.

Podemos tomar como ejemplo de una transacción inmobiliaria común en los Estados Unidos la compra y venta de una residencia unifamiliar, una venta de vivienda. Los participantes en esta transacción son típicamente el vendedor de la propiedad, el comprador y un banco o institución financiera que prestará al comprador el dinero para realizar la compra, préstamo que estará garantizado por una hipoteca sobre la propiedad que se está comprando.

Bajo el modelo clásico de derecho común, cada una de estas partes de la transacción tendría la oportunidad de contar con su propio asesor legal para que la asesore y participe en la documentación de la transacción. Los respectivos abogados asesorarían a sus clientes y los representarían en las negocia-

ciones entre ellos. Una vez que se haya alcanzado un "acuerdo", los abogados colaborarían en la redacción de los documentos necesarios para completar la transferencia y establecer el préstamo y la hipoteca. Un abogado prepararía un borrador de, por ejemplo, la escritura, y lo enviaría a las partes opuestas, quienes luego comentarían y sugerirían revisiones, que se negociarían hasta llegar a un borrador final, satisfactorio para todas las partes, que habría sido acordado. Este borrador final sería luego firmado por las partes. No existe el requisito de que los documentos sean firmados en presencia de ningún funcionario o de que algún funcionario participe en su preparación.

Sistemas de título de bienes inmuebles en los Estados Unidos

Los diversos Estados Unidos tienen sistemas muy anticuados para determinar el título de propiedad de bienes inmuebles. No existe ningún estado que mantenga un sistema integral mediante el cual se pueda registrar la propiedad de bienes inmuebles, como ocurre en la mayoría de los países de Europa y el Nuevo Mundo. A partir de la década de 1890 se realizaron esfuerzos para establecer tal sistema en varios Estados, pero finalmente fracasaron. En algunos estados, notablemente Massachusetts, es posible registrar la propiedad de la tierra, pero el proceso es costoso y solo alrededor del 10% de la tierra está registrada.

En lugar del registro, las escrituras y las hipotecas que afectan el título de propiedad de los bienes inmuebles simplemente se archivan *ad seriatim* (uno tras otro) en un registro público e indexan para que las personas puedan encontrarlas generalmente bajo los nombres de las partes. Cuando se desea determinar la propiedad de una parcela de bienes inmuebles, se acude a estos registros, hoy en día electrónicamente, y se busca bajo el nombre de la parte que reclama la propiedad. Si el examinador puede encontrar un instrumento registrado que transmita la parcela descrita a esa persona de un propietario anterior, entonces el examinador buscará en los índices bajo el nombre del propietario anterior para ver si hay un instrumento registrado que transmita la parcela descrita a ella o él. Y así sucesivamente, hacia atrás en el tiempo hasta que el examinador encuentre registros de que las personas han transmitido esta parcela como si la hubieran poseído durante un cierto período de tiempo. En la mayoría de los estados, esto ha sido de 60 años, siempre que ninguno de los instrumentos registrados en la "cadena" de título exhiba ninguna irregularidad o indicio de algún interés pendiente.

Después de este examen, el examinador de títulos otorga al comprador potencial o al hipotecario un "informe de título" que indica que la cadena de tí-

tulo está intacta y que es probable que el propietario tenga un buen título. Esto es solo una garantía de la precisión de la búsqueda, no una garantía real del título. Puede haber algún interés pendiente no registrado que pueda afectar el título. Pero esto fue suficiente en los EE.UU. durante mucho tiempo.

Ventajas de este modelo

El modelo estadounidense de transmisión de acciones directas por parte de las partes con sus abogados tiene ciertas ventajas en la cultura jurídica estadounidense. En primer lugar, cada parte puede obtener asesoramiento de un profesional jurídico responsable únicamente ante esa parte. Esto puede resultar en abordar cuestiones legales que de otro modo podrían pasarse por alto. En segundo lugar, si una parte no necesita asesoramiento legal profesional, o si las circunstancias de la transacción (una transferencia familiar, por ejemplo) indican que dicho asesoramiento no es necesario, la parte no necesita pagar por ayuda profesional. Se maximiza la autonomía de las partes individuales.

Del mismo modo, el anticuado sistema de registro estadounidense para escrituras de propiedad tiene la ventaja de ser relativamente económico de mantener. Y en la mayoría de los casos, donde no hay dudas reales sobre el título, proporciona resultados satisfactorios.

Desventajas de este modelo

El modelo estadounidense para las transacciones inmobiliarias tiene ciertas desventajas que, en cierto sentido, reflejan sus ventajas. En primer lugar, si todas las partes deben estar en igualdad de condiciones con respecto al asesoramiento y la representación, cada una debe contratar a su propio abogado. Esto puede resultar en algunos recursos legales superpuestos y duplicados. El interés del comprador y del banco como hipoteca es en parte el mismo y en parte diferente. Que cada uno de ellos tenga que pagar su propio asesor legal puede ser costoso.

Por otro lado, como se indicó anteriormente, si una parte renuncia a su propio asesor legal, no puede contar con que los abogados de las otras partes protejan sus intereses, ni siquiera que la informen de cualquier inconveniente en la transacción. De modo que si el comprador de una casa cuenta con el abogado del banco (que generalmente se le exige pagar para obtener la hipoteca) en una transacción de compra de vivienda, no puede esperar que este abogado cuide los intereses del comprador, especialmente si son contrarios a los intereses aparentes del banco.

Relación de los roles de los abogados transaccionales con el litigio civil de *common law*

Los roles partidarios de los abogados estadounidenses en el derecho transaccional son algo paralelos a los roles de las partes y sus abogados en el litigio civil. El sistema adversarial de litigio civil presenta el trabajo de las partes y los abogados que se oponen entre sí en la presentación del caso en oposición al trabajo del juez que aprende y decide el caso. De modo que no solo la identificación de la evidencia, sino también la presentación completa de la evidencia es competencia de los abogados de las partes. Esto significa que el resultado del litigio en EE.UU. puede depender en gran medida de la habilidad y capacidad relativas de los abogados de las partes. Una parte con fuertes recursos y un abogado capaz y enérgico tiene a veces mejores posibilidades que una parte con un abogado indiferente o lento. La teoría es que los mejores resultados en términos de iluminar la verdad serán el resultado del fuerte choque de puntos de vista partidistas opuestos y que el tomador de decisiones debe interferir lo menos posible con la presentación de las partes.

Recientemente ha habido un movimiento hacia una mayor intervención de neutrales en las transacciones inmobiliarias

Muchas transacciones inmobiliarias, en particular las compras y financiamientos de viviendas, ahora son manejadas por “compañías de títulos” neutrales. Las partes individuales no tienen su propia representación legal. Las compañías de títulos, empresas de servicios profesionales, manejan todo el papeleo, la investigación de títulos, la documentación y el registro en el curso de una compra, venta y financiamiento de bienes inmuebles más o menos normal. Las compañías de títulos están respaldadas por tarifas por sus servicios en el examen del título, la redacción de instrumentos, la asistencia en la firma de los documentos y el registro de los instrumentos de transferencia, así como generosas comisiones por la venta de seguros de título. Más de esto último a continuación.

Se puede decir que el desplazamiento del modelo clásico de abogado de las partes con el modelo de compañía de títulos neutral empoderada es paralelo a los desarrollos en el litigio civil, donde la mediación ahora determina la mayoría de los casos civiles. Si el tiempo lo permite, esto último se puede discutir un poco a continuación.

Formas tradicionales de financiamiento inmobiliario residencial

Durante mucho tiempo, la forma más común de transacción inmobiliaria en los Estados Unidos ha sido la compra y venta de una residencia unifamiliar o de una pequeña propiedad multifamiliar. Estas compras generalmente eran financiadas por bancos locales y asociaciones de ahorro y crédito utilizando fondos depositados y préstamos de agencias federales de crédito u otros bancos. Estos bancos locales confiaban en las opiniones de título y la documentación de transacciones de los abogados de la localidad del banco y, con frecuencia, también de la propiedad en cuestión. Las hipotecas eran típicamente retenidas por el banco que las originó.

Las prácticas en el cierre de transacciones inmobiliarias eran algo localizadas. A menudo, el abogado del banco era el único abogado que participaba. Si bien tales arreglos no eran adversariales, no se puede decir que las otras partes, vendedor y comprador, estuvieran bajo la ilusión de que el abogado del banco los representaba o estaba particularmente velando por sus intereses. Por lo tanto, si bien el abogado del banco a menudo redactaba la escritura que debía firmar el vendedor, e incluso le cobraba al vendedor por ello, generalmente estaba claro que el abogado del banco estaba actuando como asesor del banco. En este contexto, el comprador a menudo no estaba representado, aunque generalmente pagaba por la búsqueda de títulos y otros honorarios del abogado del banco. Al menos en las zonas rurales, un sentido de responsabilidad local tendía a restringir al abogado del banco de aprovechar su conocimiento especial en detrimento grave del comprador.

Cambios basados en el mercado secundario de hipotecas inmobiliarias

A partir de los últimos años del siglo XX y hasta la crisis financiera de 2008, los bancos estadounidenses buscaron aprovechar sus actividades de préstamos hipotecarios originando préstamos hipotecarios y luego vendiendo los préstamos garantizados para que se agruparan en fondos hipotecarios titulizados. Esto dio a los bancos liquidez para originar más préstamos y acceso a las diversas tarifas incidentales a la originación del préstamo, así como al valor de la negociación de la tasa de interés que el banco había alcanzado con el prestatario para el préstamo general. Este mercado de hipotecas era nacional, lo que requería una cierta uniformidad de las hipotecas vendidas en él en términos de forma y calidad de la garantía. Los estándares de título locales y las opiniones de los abogados locales sobre la calidad del título hipotecario no

serían suficientes. En ausencia de un sistema de títulos subyacente confiable y uniforme, las firmas financieras que sindicaban y aseguraban hipotecas residenciales necesitaban algo que las protegiera de fallas o gravámenes inesperados en el título de la garantía.

Aquí es donde entra el seguro de título. Las compañías de seguros estaban dispuestas a emitir pólizas que garantizaban la calidad del título de una determinada parcela de tierra y reembolsaban los daños causados por la falla del título. Esto fue una protección ideal y uniforme para los hipotecarios contra riesgos para la integridad de su garantía que de otro modo no estaban cubiertos por el simple sistema de registro de títulos. Si había un problema de título que causaba daños al hipotecario, la póliza de seguro de título compensaría financieramente al acreedor hipotecario.

El seguro de título resultó ser extremadamente lucrativo para las compañías que emiten pólizas. En la mayoría de los estados, la relación de pérdidas en el seguro de título ha sido del orden del 3% de las primas cobradas. Aunque el simple sistema de registro de escrituras en los EE.UU. no es tan confiable como el sistema de registro de títulos en muchos otros países, la mayoría de los títulos de residencias ordinarias y propiedades comerciales son buenos.

La rentabilidad del seguro de título se debe en parte a que el seguro de título generalmente se emite en un mercado cautivo, en lugar de un mercado libre. Al prestatario hipotecario simplemente se le dice que debe tener un seguro de título para proteger al acreedor y que puede obtenerlo de una compañía particular designada por el banco o la compañía de títulos que cierra el préstamo. Aunque el seguro de título es con frecuencia el mayor gasto único en el cierre de una hipoteca residencial, generalmente es un pequeño porcentaje de la hipoteca y soportable en las circunstancias.

Cabe señalar que el seguro de título sólo protege contra pérdidas financieras por falla de título. No garantiza el título de ninguna manera. De modo que si hay una falla total del título, el seguro reembolsaría por las pérdidas financieras de bolsillo, pero el propietario/prestatario no recuperaría la tierra.

Las grandes ganancias disponibles del seguro de título y el hecho de que el mercado para este seguro no es un mercado libre, sino que está más o menos controlado por los abogados y las compañías de títulos que efectúan las transacciones de préstamos hipotecarios inmobiliarios, ha llevado a una especie de "competencia inversa" por parte de las compañías de seguros para inducir a estas compañías de títulos y abogados a colocar el seguro de título de sus clientes con ellos. Las tasas de comisión se fijan en el nivel más alto per-

mitido por la ley del estado en el que opera la compañía de títulos, en algunos estados hasta un 70% u 80% de las primas pagadas. Aunque esta forma de compensación adicional es conocida por algunos clientes, la mayoría de los compradores de bienes inmuebles pagan sus primas por seguro de título sin saber que hasta el 80% de esa prima se devuelve a la compañía de títulos o al abogado que está manejando el cierre.

El acceso al mercado secundario aumentó considerablemente la actividad hipotecaria

A medida que las tasas de interés hipotecario disminuían en todo Estados Unidos, la actividad aumentaba y los propietarios refinanciaban sus hipotecas una y otra vez para aprovechar las tasas más bajas o las promociones especiales de los proveedores de hipotecas. Aunque muchos bancos continuaron originando hipotecas residenciales, también surgieron "compañías hipotecarias" no bancarias. Estas entidades originaban hipotecas residenciales y luego las vendían a compañías de servicios financieros que "agrupaban" las hipotecas y las vendían en el mercado secundario como valores respaldados por hipotecas a inversores de todo tipo. Las prácticas de las compañías hipotecarias en gran medida no reguladas para otorgar hipotecas a compradores no calificados y las prácticas de los aglutinadores de hipotecas para "mejorar" las carteras de hipotecas marginales contribuyeron materialmente a la llamada Gran Recesión de 2008.

Para hacer frente al aumento del volumen de actividad hipotecaria, los abogados fundaron "compañías de títulos"

Tradicionalmente, las transacciones de compra y venta de bienes raíces eran "cerradas", es decir, completadas y documentadas, por uno de los abogados de las partes en su oficina o en la oficina del banco. El aumento del volumen de transacciones y el surgimiento de originadores de hipotecas no bancarios ha dado lugar a la creación de "compañías de títulos". El negocio de las compañías de títulos es la finalización de transacciones inmobiliarias y la venta de seguros de título.

Actualmente, las partes de un contrato de compraventa de una vivienda negociado por un corredor no acudirían al abogado de una de las partes, ni siquiera al abogado del banco, para completar la transferencia del título y el registro de los instrumentos. Ahora, lo más probable es que acudan a una compañía de títulos, a menudo recomendada por el corredor de bienes raíces,

que se encarga de la documentación de la transferencia y la hipoteca, si corresponde, y también emitirá una póliza de seguro de título. El cierre final en el que se firmarían los documentos y se pagaría el dinero tendría lugar en la oficina de la compañía de títulos. La compañía de títulos enviaría los instrumentos firmados al registro de escrituras para su registro.

¿Cómo se compensan las compañías de títulos por la prestación de estos servicios?

Generalmente, cobran tarifas de cierre relativamente modestas a una o ambas partes. Una fuente más importante de su compensación son las comisiones muy generosas sobre el seguro de título establecido.

Las compañías de títulos como neutrales de facto

Las compañías de títulos manejan una transacción de transferencia e hipoteca de bienes raíces para todas las partes. Al menos en teoría, debería ser neutral en sus tratos con todas las partes. No tienen ninguna obligación legal de asesorar a ninguna parte en particular y, en general, no brindan ningún asesoramiento.

Originalmente, las compañías de títulos eran propiedad de abogados y generalmente tenían al menos un abogado en el personal. La redacción de instrumentos legales y la investigación de los registros de títulos de propiedad se consideraban práctica jurídica, reservada en la mayoría de los estados a los abogados con licencia. Más recientemente, este requisito se ha relajado. Las compañías de títulos pueden ser propiedad de cualquier persona. Generalmente están dotados de personal paraprofesional, no de juristas completamente capacitados. A veces están afiliados informalmente con compañías de originación de hipotecas.

Con respecto a la mayoría de las ventas y financiamientos de terrenos residenciales ordinarios, el papel del abogado de la parte, que trabaja en colaboración con el abogado de la parte contraria, ha sido asumido por una compañía de títulos neutral que hace todo por su cuenta.

Poca o ninguna regulación de las compañías de títulos

Aunque las compañías de títulos realizan un trabajo que antes (y todavía lo hacen) los abogados, en la mayoría de los estados, las compañías de títulos

no están reguladas en términos de credenciales de los empleados, calidad o incluso costo de sus servicios. Pero no existe un consenso general sobre a quien debe una compañía de títulos obligaciones legales.

Por ejemplo, no está claro si una compañía de títulos le debe al comprador algún deber de asesorar al comprador sobre cualquier problema legal con la transacción o el título de la propiedad. ¿Una compañía de títulos tiene que informar al comprador sobre posibles problemas con el título de la propiedad que no impiden la cobertura por parte del seguro de título? Por lo general, el vendedor recibe el pago y no necesita asesoramiento. Sin embargo, tanto el comprador como el banco de financiamiento vivirán con la propiedad y bien podrían verse afectados por algún defecto en el título, alguna restricción gubernamental al uso, alguna posible reclamación adversa latente. Si estos afectan la voluntad de una aseguradora de títulos de emitir una póliza, entonces deben plantearse y tratarse. **Sin embargo, si la aseguradora “asegura sobre” el defecto, ¿la compañía de títulos tiene que revelar el defecto?**

En algunos estados, las compañías de seguros de títulos estaban dispuestas a emitir pólizas sin requerir un examen completo del título de la propiedad asegurada. Para ellos, el riesgo de defecto se consideraba lo suficientemente pequeño como para que la mayor probabilidad de un riesgo cubierto fuera menor que el costo del examen. El problema era que el seguro de título no garantiza el título de la propiedad. Simplemente reembolsa las pérdidas monetarias causadas por la falla del título de la propiedad. Por lo tanto, la falta de examen del título ponía en riesgo la propiedad real de la tierra del propietario, no solo el dinero de la compañía de seguros. Ahora se requiere que las compañías de seguros de títulos examinen el título de la tierra cuando emiten una póliza.

Regulación Cont.

Esto no significa que no exista regulación de las transacciones inmobiliarias en los Estados Unidos. Muchos aspectos de las transacciones inmobiliarias están regulados por la ley estatal, por la ley federal o por ambas. En la mayoría de los casos, se trata de una divulgación requerida. La idea es que si los hechos se revelan al comprador, al acreedor hipotecario o a quien corresponda, esa parte puede actuar para protegerse en esas circunstancias.

Las regulaciones típicas relacionadas con las transacciones inmobiliarias son las divulgaciones requeridas por el vendedor con respecto a la condición de la propiedad, la posible presencia de petróleo, asbesto u otros contaminantes. Los prestamistas están obligados a hacer exposiciones exhaustivas sobre los

términos de la deuda y cualquier hipoteca para asegurar esa deuda. Los corredores de bienes raíces están obligados a divulgar todos los elementos materiales de su relación con el cliente en un contrato por escrito. Estas regulaciones a menudo requieren la generación de formularios de papel detallados que deben prepararse, revisarse y firmarse en relación con los cierres de bienes raíces.

De hecho, las primas y comisiones por la venta de seguros de título también están sujetas a regulación por parte de la autoridad reguladora de seguros de cada estado. Esta regulación no ha impedido que el nivel de primas se establezca en un nivel que permita una comisión de ventas a la compañía de títulos o al abogado en el rango del 70-80% de la prima.

Conclusión - Las compañías de títulos como neutrales

En la actualidad, el campo de la transmisión y gravamen de bienes raíces residenciales en la mayoría, si no en todos los Estados Unidos, está dominado por las compañías de títulos. El modelo clásico con abogados que representan a ambas partes y que trabajan en colaboración para cerrar la transacción aún funciona en transacciones comerciales e institucionales más grandes. En términos de número de transacciones, el modelo de compañía de títulos predomina claramente. Las compañías de títulos con frecuencia tienen experiencia práctica en transacciones inmobiliarias y en las diversas formas y regulaciones que deben completarse en un cierre de bienes raíces residenciales.

Las compañías de títulos más grandes mantienen sus propios archivos de transmisiones a los que pueden referirse para transmisiones repetidas de la misma propiedad a lo largo del tiempo. Son relativamente eficientes en la realización de cierres simples de bienes raíces residenciales.

Por otro lado, las partes en las transacciones realizadas por las compañías de títulos no saben si pueden contar con las compañías de títulos para que cuiden de sus intereses particulares. El interés de la compañía de títulos es cerrar la transacción y emitir la póliza de seguro de título. Cualquier cosa que pueda poner en peligro un cierre no es del interés de la compañía de títulos.

Finalmente, está claro que la operación de las compañías de títulos y la dependencia de los instrumentos registrados y el seguro de título en lugar del registro positivo de tierras puede ser un negocio muy lucrativo. Esto puede ser a expensas de las partes transaccionantes más débiles, sobre todo de los compradores y los deudores hipotecarios.

Resolución de disputas transaccionales

A veces, durante el curso de una transacción inmobiliaria, pueden surgir malentendidos o incluso disputas entre las partes que no habían sido evidentes antes. En el caso de transacciones inmobiliarias no residenciales realizadas por abogados, la única opción son las negociaciones entre las partes. No hay ningún neutral en su lugar para guiar o mediar estas discusiones. Si las negociaciones tienen éxito, los abogados pueden revisar la documentación para resolver la disputa. Si no tienen éxito, la transacción puede "fracasar" o ir a litigio.

El litigio estadounidense ha experimentado un gran crecimiento en los roles de los mediadores neutrales para llevar a las partes en conflicto a resoluciones de compromiso de sus disputas. Actualmente, la mayoría de los casos civiles se resuelven antes del juicio, generalmente con la asistencia de mediadores. En la mayoría de los estados, la mediación es obligatoria antes de que un caso civil se fije para juicio. Este desarrollo ha resultado en ahorros masivos de costos y tiempo de resolución de disputas.

Como se mencionó anteriormente, las transacciones inmobiliarias residenciales de EE.UU. generalmente se completan con la asistencia de compañías de títulos. ¿Estas agencias funcionan como mediadoras para ayudar a resolver las disputas que puedan surgir durante la finalización de la transacción? La respuesta es "no". El personal de la compañía de títulos no está capacitado para funcionar como mediadores. Un agente de cierre de la compañía de títulos puede pasar los formularios y asegurarse de que estén debidamente completados y firmados, pero carece de la estatura para ejercer influencia mediadora. El resultado es que si surge una disputa que las partes no pueden resolver entre sí, la transacción fallará o se iniciará un litigio.

El estado actual de las transacciones inmobiliarias en los Estados Unidos

Las transacciones inmobiliarias comerciales en los Estados Unidos continúan siguiendo el modelo clásico de partes individuales asesoradas y representadas por sus propios abogados que negocian entre sí y colaboran en la documentación. Las transacciones inmobiliarias residenciales se han convertido en gran medida en provincia de las compañías de títulos que son, al menos en teoría, neutrales. Este uso de neutrales ahorra recursos en comparación con el modelo clásico en el que participarán al menos dos abogados. Sin embargo, el papel y las responsabilidades precisas de la compañía de títulos con respecto a las respectivas partes no están bien definidos.

La debilidad de los sistemas de registro de escrituras de los diversos estados y la necesidad de una única forma de protección a los acreedores hipotecarios contra defectos de título han llevado al uso de costosos seguros de título en prácticamente todas las transacciones inmobiliarias de EE.UU., comerciales y residenciales. Estas circunstancias afectan negativamente el costo de las transferencias de títulos de EE.UU. en comparación con los costos en países con mejores sistemas de registro de tierras.

¿Cómo se compara todo esto con la forma en que los notarios realizan las transacciones inmobiliarias en las jurisdicciones de derecho civil? Eso lo discutiremos un poco después de escuchar al Profesor Dr. Sturmer.





PROF. DR. DRES. H.C. ROLF STÜRNER

UNIVERSIDAD DE FRIBURGO, ALEMANIA



El Prof. Dr. Rolf Stürner de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo recibió el *Premio Estatal de Investigación* a la investigación fundamental por su desarrollo de nuevos principios procesales internacionales. Áreas de experiencia: Insolvencia (Ley Concursal), Práctica y Procedimiento Civil (Litigios), Ley de Valores, Derecho internacional, Bienes inmuebles, Derecho comparado.

EL VALOR AÑADIDO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

Observaciones Comparativas

1. Justicia preventiva y restaurativa

Todas las culturas jurídicas modernas consisten en una mezcla de instituciones jurídicas diseñadas para brindar recursos a los ciudadanos perjudicados por infracciones o violaciones del orden jurídico (instituciones de justicia restaurativa) e instituciones jurídicas diseñadas para prevenir infracciones y violaciones antes de que ocurran (instituciones de justicia preventiva).

Muchas formas de regulación pueden considerarse instituciones de derecho preventivo. Por ejemplo, el requisito de que los abogados estén licenciados y posean calificaciones mínimas de carácter y educación, busca prevenir el daño anticipándose a que personas no calificadas o deshonestas que intenten asesorar y representar a sus conciudadanos en asuntos legales.

Por el contrario, las instituciones jurídicas como los procedimientos judiciales y arbitrales o los procesos de mediación relacionados con disputas legales ya existentes que permiten a las partes perjudicadas por infracciones legales buscar recursos monetarios pueden considerarse instituciones de justicia restaurativa.

2. Equilibrio entre elementos de justicia preventiva y restaurativa

La composición precisa de la mezcla de instituciones jurídicas preventivas y restaurativas varía según las cuestiones que se aborden y los valores de la cultura jurídica. Sin embargo, a veces, las medidas preventivas diseñadas para prevenir el daño también pueden restringir indebidamente la libertad de los ciudadanos afectados para hacer mucho que no sea dañino, o pueden resultar excesivamente costosas. Al determinar si un riesgo particular de daño puede abordarse de manera eficiente mediante medidas de justicia preventiva, los legisladores deben equilibrar la eficacia de la medida para prevenir el daño con el costo de la medida tanto en términos de aumento de los costos de transacción como de restricción en libertad de acción.

3. El valor de la certeza y la previsibilidad en la tradición continental

Las culturas jurídicas continentales, especialmente Alemania, Austria, Suiza y España, así como algunos países de Europa del Este e incluso Iberoamérica, valoran la certeza y la previsibilidad y la evitación de disputas y litigios innecesarios.

El concepto de justicia preventiva podría estar integrado en el diseño y funcionamiento de muchas instituciones jurídicas. Estos incluyen registros públicos como los registros de tierras y los registros comerciales, que están diseñados para proporcionar un alto nivel de certeza en el título de propiedad inmobiliaria y en parte también en asuntos de capacidad corporativa. Los ciudadanos pueden confiar en la regularidad de estos registros en las transacciones legales más serias, aunque el alcance y el grado de su confiabilidad difieren en que la protección de la prioridad es mucho más común que cualquier garantía de la existencia legal de los derechos documentados y las capacidades legales como tales.

Aunque las transacciones de derecho inmobiliario y corporativo se consideran comúnmente como transacciones de "derecho privado", existe un fuerte inte-

rés público en garantizar que se realicen de manera justa, adecuada y competente. Lo mismo ocurre con los testamentos o contratos matrimoniales en la medida en que se refieran a tierras u otros bienes valiosos. Los asuntos inmobiliarios implican la distribución de la superficie de la tierra en la que todos vivimos. La creación de entidades artificiales con vida perpetua que tienen la capacidad de poseer propiedad y funcionar en muchos aspectos como personas naturales también afecta a terceros y al público en general de manera muy directa.

Ha sido esta combinación de proteger simultáneamente los intereses públicos y privados lo que ha contribuido esencialmente a la supervivencia del notariado de los períodos revolucionarios en Europa, donde muchas instituciones tradicionales de las épocas prerrevolucionarias fueron derribadas. Por ejemplo, el parlamento revolucionario francés consideró evidente que "la sociedad necesita personas que certifiquen contratos, funcionarios que confirmen su verdad... e impriman en ellos este carácter de autenticidad sin el cual la ley no puede reconocerlos... y que el interés común exige además que hombres bien experimentados estén disponibles para iluminar a sus conciudadanos y preservarlos de esos errores desastrosos que destruyen el bienestar y la felicidad individuales y, al hacerlo, atacan el orden público y el bienestar". El argumento de que no había necesidad de notarios además de los abogados que pudieran ocuparse de los intereses privados del ciudadano no encontró el consentimiento de esta asamblea. Su comprensión del orden público y el bienestar no se basó en la convicción de que la libertad individual para la búsqueda de la felicidad individual por sí sola podría garantizar el orden público y el bienestar. La idea ha sido que los seres humanos que viven juntos en libertad y riqueza necesitan compromisos razonables y bien considerados bajo el imperio de la ley, no sólo para abordar las disputas legales existentes sino también antes de que surjan. La idea sería resolverlos mediante formas de mediación basada en derechos llevada a cabo por profesionales legales independientes dotados de una especie de autoridad pública suave que permitiría a los ciudadanos respetar la necesidad de acuerdos legalmente bien equilibrados en su vida diaria.

4. El notario como tercero neutral o, en terminología del derecho común, un "Abogado para la situación"

El papel atribuido a los notarios como una especie de mediador basado en derechos deja en claro que los notarios llamados a autenticar una transacción no deben representar a un cliente de la manera que lo haría un abogado.

El deber del notario no está dirigido a ningún participante de una transacción, sino que se extiende a todos ellos. La responsabilidad del notario es asegurarse de que una transacción se efectúe legalmente de acuerdo con la voluntad y comprensión informada de todos los participantes. La neutralidad y la independencia deben ser elementos vitales del rol y la función de los notarios. No se debe permitir a los notarios actuar como una especie de corredor o intermediario financiero con respecto a las transacciones que autentican. Tampoco se debe permitir a los notarios formar ninguna sociedad o asociación con otros tipos de profesionales, como contables, asesores fiscales o incluso abogados, sin tomar precauciones especiales en interés de su neutralidad.

5. Algunas características importantes de una profesión notarial que cumple con los requisitos de valor añadido

5.1. El Significado de la autenticación notarial

El papel del notario de derecho civil debe asociarse conceptualmente con el documento, transacción o acto jurídico "auténtico". En el lenguaje jurídico del derecho civil, el concepto de "autenticidad" va más allá de la noción de autenticidad física de un determinado papel o documento legal, donde con frecuencia se detiene en los EE.UU. y otros países de Common Law. Los documentos auténticos de derecho civil tienen el valor probatorio de los documentos públicos y se consideran instrumentos ejecutables, especialmente para las reclamaciones monetarias derivadas de contratos autenticados. Por lo tanto, no se debe permitir a los notarios autenticar contratos u otros instrumentos jurídicos que contengan cláusulas o términos injustos que deban considerarse nulos o ineficaces de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales superiores. Especialmente en culturas jurídicas donde los tribunales ejercen una especie de supervisión de la corrección de los términos contractuales, la autenticación por parte de los notarios debe contribuir a una transposición rápida y confiable de dicha jurisprudencia en los formularios utilizados por los profesionales. En caso de duda, los notarios deben aclarar el estado de la discusión jurídica y registrar sus instrucciones a las partes dentro del documento auténtico si las partes insisten en la autenticación.

5.2. Deber legal de cumplir sus funciones

Los notarios deben estar sujetos a la obligación legal de cumplir sus funciones oficiales sobre una base de "servicio público", y no pueden negarse a autenticar aquellos documentos, actos y transacciones que la ley exige que estén en forma auténtica únicamente por motivos económicos o de preferencia personal.

5.3. Una estructura de tarifas legalmente determinada y equilibrada

Una característica importante de esta comprensión del notariado como institución de justicia preventiva es una regulación legal de las tarifas. Las tarifas de los notarios deben regirse por una lista o tabla determinada legalmente. En general, las tarifas no deben estar sujetas a un acuerdo libre entre las partes y el notario. Esto no significa que los legisladores no puedan proporcionar un marco para las tarifas que permita al notario determinar el monto exacto que se debe pagar de acuerdo con las circunstancias del caso y, especialmente, dependiendo de la carga de trabajo causada. El diseño de las disposiciones de costos no debe dar lugar a negociaciones indebidas, abiertas u ocultas, sobre las concesiones del notario con respecto al contenido de los documentos auténticos. La ley no debe tratarse como un comercio, aunque el eminente juez supremo Blackmun argumentó una vez que "la creencia de que los abogados están de alguna manera 'por encima' del comercio se ha convertido en un anacronismo", abriendo así una nueva época de una comprensión más economizada de las profesiones jurídicas.

5.4. El Notariado como profesión jurídica con atributos públicos y privados

El estatus y el papel de un notario en los sistemas de derecho civil se consideran que participan de un carácter oficial y profesional. Como consecuencia, una especie de competencia moderada debe caracterizar la coexistencia profesional de los notarios, motivando a un servicio público que satisfaga los deseos y necesidades de los ciudadanos.

5.5. ¿Notarios como Consultores o Abogados?

Los notarios en algunos sistemas de derecho civil son reconocidos especialistas en las ramas del derecho en las que están llamados a crear documentos y transacciones auténticos. Las partes conocedoras a veces recurren a dichos notarios para transacciones especialmente difíciles. A veces se consulta a los notarios para obtener asesoramiento legal sin que se les solicite crear documentos o autenticar transacciones específicas. Los notarios con una alta reputación por su experiencia especializada pueden generar ingresos significativos de tales consultas, cuyas tarifas no están reguladas de la misma manera que las tarifas por la autenticación de transacciones.

Este segundo campo de actividades notariales que tiene una larga tradición indiscutible podría considerarse un primer paso hacia la combinación de la función notarial y la abogacía. De hecho, algunos países de derecho civil como Alemania en algunos de sus estados individuales ("Länder") permiten a los abogados ejercer como notarios y unirse a sociedades o otros tipos de bufetes de abogados.

Sin embargo, debe considerarse que, en interés de la imparcialidad y la neutralidad, una clara separación de roles es un requisito indispensable de la función notarial y que las normas de incompatibilidad y transparencia deben proteger a los participantes de los procedimientos de autenticación de sorpresas desagradables y a la profesión notarial de una pérdida de confianza pública en su neutralidad e independencia.

6. El notariado moderno de derecho civil y la Unión Europea

6.1. El estado del notariado al comienzo de las comunidades europeas

Según el ejemplo francés modernizado, en la mayoría de las culturas jurídicas continentales, el notariado evolucionó hacia una profesión liberal, que formaba parte de la jurisdicción no contenciosa con características organizativas especiales.

Inevitablemente, se han desarrollado diferencias y variedades nacionales a lo largo de los siglos. Por lo tanto, la idea de un sistema originalmente más o menos uniforme de jurisdicción no contenciosa o un sistema notarial uniforme dentro de las Comunidades Europeas y más tarde la Unión Europea sería engañosa y no reflejaría la realidad.

6.2. La Unión Europea y las profesiones liberales tradicionales

La Unión Europea y sus predecesores, las Comunidades Europeas, fueron originalmente principalmente intentos de establecer un mercado común europeo basado en libertades de mercado como la libre circulación de mercancías y la libre circulación de personas, servicios y capitales entre todos los Estados miembros.

La teoría subyacente de la estructura original de la Unión Europea ha sido la idea de una sociedad de mercado competitivo donde las libertades de mercado individuales para maximizar las ganancias proporcionan la clave para el progreso técnico, económico y social. Según esta concepción de la sociedad humana, en muchos campos de la vida económica y social, la intervención legislativa debería ser la excepción, requiriendo una justificación estricta basada en consideraciones urgentes de bien público. Una ola de desregulación comenzó a transformar a los profesionales liberales y, especialmente, a las profesiones jurídicas en empresarios orientados al mercado que realizan sus negocios europeos o incluso mundiales en empresas o megaempresas libres de una parte significativa de las regulaciones anteriores.

El notariado como profesión liberal con una densa red de regulaciones atrajo cada vez más la atención de la Comisión Europea y sus intenciones desregulatorias.

6.3. La Concepción Original de la Comisión Europea del Notariado

En 2007, la Comisión Europea formuló una declaración sobre las limitaciones de la competencia, que expresó una posición fundamental notablemente agresiva:

"La Comisión... no acepta la afirmación de que las actividades notariales son el ejercicio de la autoridad pública... La Comisión considera que las actividades notariales entran dentro de los artículos económicos del Tratado CE, incluidas las normas de competencia y mercado interno de la CE. Como consecuencia, la profesión notarial no debería tratarse de manera diferente a cualquier otra profesión".

6.4. La decisión del TJUE de 2011 sobre los requisitos de nacionalidad para la oficina notarial

Más tarde, la Comisión presentó una demanda ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra Alemania y aquellos otros Estados miembros que permitían solo a sus propios ciudadanos solicitar oficinas notariales bajo la premisa de que la función notarial era un ejercicio de autoridad pública que no entraba dentro de los artículos económicos de los Tratados CE. El TJUE determinó que la autenticación notarial entra en cierta medida dentro de los artículos económicos de los Tratados CE. Sin embargo, el TJUE reconoció que el interés público en una administración adecuada de la justicia preventiva podría justificar restricciones de las libertades de la UE en la prestación de servicios y en el establecimiento. Estas podrían incluir restricciones que se derivan de los procedimientos por los que son nombrados, la limitación de su número y su jurisdicción territorial, o las normas que rigen su remuneración, independencia, descalificación de otros cargos y protección contra la remoción.

6.5. Reciente Afirmación del TJUE sobre el monopolio de autenticación de los notarios

Más recientemente, en 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó la decisión de un tribunal austriaco que excluía a los abogados extranjeros de autenticar firmas en documentos que debían presentarse en la oficina de registro de tierras para su registro. El Tribunal sostuvo que el monopolio de los notarios para autenticar documentos para el ingreso en los registros de tierras está justificado por el interés público en la plena y absoluta fiabilidad del registro de tierras.

6.6. Dudas restantes y la necesidad de que los notarios estén atentos para defender su posición

A pesar de esta situación aparentemente mejorada con respecto al derecho de la Unión Europea, no ha habido ninguna buena razón para que los notarios europeos se vuelvan complacientes.

En primer lugar, los ataques legales pasados de la Comisión contra el notariado no han estado exentos de efectos en algunos países importantes de la UE, como los Países Bajos, Portugal, Polonia, Italia y, por último, pero no menos importante, Francia. Todos estos países han tomado medidas importantes (Países Bajos, Portugal, Polonia) o menores (Italia, Francia) hacia la desregulación y los "mercados de autenticación" más competitivos, socavando o poniendo en peligro gradualmente la concepción de la administración independiente de la justicia preventiva.

La práctica francesa de permitir procedimientos de autenticación adversariales donde cada participante tiene su propio asesor notarial se aparta de la idea de un tercero neutral que es responsable de la corrección legal y la conclusión consensuada basada en la mediación notarial sobre derechos en caso de intereses diferentes con respecto a los detalles del contenido de un contrato. El camino tomado puede resultar ser el de las negociaciones precontractuales apoyadas por el asesoramiento legal de abogados especializados.

En segundo lugar, la Comisión Europea ha tendido a enfatizar el desempeño simple y rápido de las transacciones masivas o rutinarias mediante el uso de registros digitalizados y sistemas de comunicación electrónica, así como el acceso directo al contenido de los registros. Esto con demasiada frecuencia se combina con propuestas para transacciones inmobiliarias o de derecho corporativo de "hágalo usted mismo" con la ayuda de plantillas, formularios y tipos simples de inteligencia artificial de control ofrecidos por proveedores de internet y plataformas.

Tercero y, finalmente, no solo la Comisión Europea ha subestimado la función del notariado en un mundo moderno. Los antiguos informes "Doing Business" del Banco Mundial y los informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) criticaron seriamente las intervenciones notariales dentro del libre mercado de servicios legales.

Algunas de estas preocupaciones pueden discutirse ahora con más detalle por Peter Murray.





PROF. PETER L. MURRAY

COMENTARIOS COMPARATIVOS

Esta parte de nuestra presentación se centrará en la comparación del rendimiento de los sistemas notariales frente a los sistemas de derecho común en las transacciones inmobiliarias y el camino hacia el mantenimiento exitoso de un sistema notarial de alta calidad no en Puerto Rico frente a los desafíos de los sistemas de libre mercado en los EE.UU.

¿Qué modelo de transacción inmobiliaria sirve mejor al público?

La transferencia de bienes inmuebles y el uso de bienes inmuebles para garantizar endeudamiento son transacciones básicas de derecho privado que son importantes en todos los sistemas jurídicos. Este tipo de transacciones son comunes no solo entre los empresarios, sino que también son importantes para los muchos ciudadanos que durante su vida compran o venden sus hogares. Es justo y apropiado que cualquier sistema para realizar estas transacciones se someta a una comparación rigurosa con otros sistemas en uso en el mundo moderno. ¿Están mejor atendidas las personas que compran y venden bienes inmuebles por el modelo de abogado de parte o por un sistema de notarios públicos, responsables ante todas las partes, con responsabilidades públicas y sujetos a una regulación significativa?

Entre 2004 y 2010, el profesor Stürner y yo realizamos ciertos estudios de las prácticas y costos de las transacciones inmobiliarias en varias jurisdicciones notariales europeas y en las jurisdicciones de derecho común de EE.UU. y Gran Bretaña. Las jurisdicciones notariales europeas estudiadas fueron Alemania, Francia y Estonia. Suecia, donde los bienes inmuebles se transfieren sin la participación de abogados ni notarios, también se incluyó en el estudio. Los resultados de estos estudios se han publicado en el pequeño libro, *The Civil Law Notary, Neutral Lawyer for the Situation*.

Nuestra investigación también nos hizo conscientes de que el papel, la función y la institución del notario de derecho civil se han cuestionado en los últimos

años bajo el impulso de la ideología del libre mercado estadounidense. En el momento de nuestro estudio, la función notarial estaba siendo cuestionada dentro de la Unión Europea. Desde entonces, hemos abordado el tema con el Banco Mundial. Ahora parece que los entusiastas del libre mercado podrían estar cuestionando el valor de la participación notarial aquí en Puerto Rico.

Ejes de comparación de rendimiento

Un criterio importante para la comparación de la ley y las instituciones legales es el costo en que deben incurrir los participantes para que funcione.

Otro criterio fue la calidad del asesoramiento y la certeza del resultado legal otorgado por el sistema.

Un tercer aspecto que vale la pena considerar es la medida en que el sistema puede proporcionar servicios integrales en relación con la transacción, como la obtención de consentimientos regulatorios y la cancelación de deudas anteriores.

Un tema crucial en la escena legal actual es cómo un sistema notarial puede establecer su legitimidad y su valor como una cuestión política, especialmente a la luz del entusiasmo presente por las instituciones y prácticas del libre mercado. ¿Cómo pueden los abogados-notarios de Puerto Rico estructurar su institución para proporcionar los diversos atributos de la participación notarial dentro del contexto de sus profesiones como abogados?

En esta parte del programa, mi función será discutir los costos comparativos, la calidad del asesoramiento y la exhaustividad del servicio del enfoque notarial frente al de derecho común. El profesor Stürner abordará el tema de la viabilidad política de las instituciones notariales y cómo el notariado de Puerto Rico puede defenderse de las críticas del libre mercado.

Costo: ¿Qué sistema tiende a producir costos más bajos para los participantes?

Comparar los costos que asumen los participantes en el derecho común frente al sistema notarial se complica un poco por el hecho de que los costos se imponen de manera diferente. En el lado del derecho común, los principales impulsores del costo son 1) el costo de la representación legal, que generalmente se basa en una tarifa por hora o previa a la transacción, 2) las tarifas de las compañías de títulos en las transacciones inmobiliarias residenciales manejadas por compañías de títulos, también por hora o por transacción, y

3) el costo del seguro de título que requieren los prestamistas y se ha convertido en una práctica habitual para prácticamente todas las transacciones. Los costos del seguro de título son en parte por póliza y dependen en parte del valor de la propiedad asegurada.

Para los fines de esta charla, nos centraremos en las comparaciones con el sistema notarial alemán, que se asemeja en gran medida al sistema español, con el que muchos de los presentes probablemente estén familiarizados. Bajo el sistema alemán, los notarios documentan todas las transacciones inmobiliarias y se les compensa de acuerdo con tarifas establecidas basadas en gran medida en el valor de la transacción. Los sistemas Estado estadounidenses que revisamos para la comparación fueron los de Nueva York, un gran estado metropolitano, y Maine, un pequeño estado rural.

Para generalizar, encontramos que, los sistemas notariales con tarifas reguladas basadas en los valores de transacción tienden a ser menos costosos para los participantes que los sistemas de derecho común en transacciones inmobiliarias pequeñas o medianas.

Los costos en las transacciones de derecho común tienden a variar según qué partes y cuántas de ellas tienen abogados separados y si se compra un seguro de título.

Como se señaló anteriormente, en todas las transacciones inmobiliarias residenciales que involucran un seguro de título para otorgar el préstamo, se requerirá un costo significativo para el comprador/hipotecario.

Los sistemas notariales como el de Alemania con un registro de tierras confiable generalmente involucran una única tarifa regulada, basada en el valor de la transacción para todos los servicios incidentales a la transacción. Esto conduce a un nivel de previsibilidad del costo de la transacción y un alto nivel de certeza en el título de la parcela que se transfiere.

Ejemplo

Compraventa de una vivienda por un precio de compra de 250.000 euros

Nuestro estudio comparativo de 2006 incluyó estimaciones de costos para todas las partes en una serie de transacciones inmobiliarias hipotéticas. La información se obtuvo mediante la referencia a las tablas de honorarios publicadas y de las consultas a profesionales calificados sobre honorarios y costos no publicados en los horarios oficiales.

En Alemania, una jurisdicción notarial con tarifas estrictamente reguladas, el costo total de la transacción de las partes para efectuar una compraventa hipotética de una residencia por un precio de compra de 250.000 euros sería aproximadamente de 1.100 euros. Esta sería la tarifa legal a un solo notario para realizar la transacción.

En Maine, un estado más pequeño de Estados Unidos, el costo de la transacción incluiría un "cargo de cierre" de un abogado o una compañía de títulos, más el costo del seguro de título comprado por el comprador. Eso sería alrededor de 1.250 euros. En Nueva York, un gran estado estadounidense, el modelo de dos abogados no ha sido reemplazado por la compañía de títulos. Allí, el costo incluiría los honorarios de dos abogados más el costo del seguro de título, en ese momento 1.614 euros. Por lo tanto, para la compraventa de una casa por 250.000 euros, la transacción notarial en Alemania tendría lugar a un costo total materialmente menor que en el caso de una transacción de derecho común en Nueva York y a un costo algo menor que el que se aplicaría incluso en un estado rural como Maine. La inflación desde entonces, sin duda, ha aumentado todos estos números, pero creemos que siguen teniendo la misma relación.

Nuestro estudio incluyó una serie de transacciones hipotéticas con valores de transacción variables. Con transacciones más pequeñas, la tarifa notarial alemana basada en el valor tendía a ser más baja que las tarifas fijas u horarias más el seguro de título en las transacciones estadounidenses. En las transacciones más grandes, las tarifas basadas en horas tendían a aumentar más gradualmente que las tarifas notariales basadas en el valor.

La conclusión de nuestro estudio fue que en una jurisdicción notarial debidamente regulada, los costos de transacción no son más altos que en las jurisdicciones de common law, y en muchos casos, particularmente las transacciones de menor valor, tienden a ser un poco más bajos.

¿La disponibilidad de asesoramiento independiente para los participantes en la transacción?

Otra característica importante de cualquier sistema para la ejecución profesional de transacciones inmobiliarias es la disponibilidad de asesoramiento legal sólido e independiente para las partes de la transacción. En particular, las partes de las numerosas transacciones en residencias privadas generalmente no están familiarizadas con los asuntos inmobiliarios y legales y ni siquiera saben lo que no saben en ese contexto.

En la clásica transacción inmobiliaria estadounidense, una parte obtiene asesoramiento independiente sólo si contrata a su propio abogado. En las transacciones comerciales más grandes, todas las partes tendrán sus propios abogados independientes. Al menos dos abogados en una transacción también son habituales en Nueva York, aunque a veces una parte prescindirá de la ayuda de su abogado para el cierre real. Todo esto tiende a aumentar el costo. Para las transacciones más pequeñas, los abogados independientes son más la excepción.

Puede haber un solo abogado, que representa al banco de financiamiento, que cierra la transacción y redacta los documentos para todas las partes. O, más probablemente en estos días, la transacción sería cerrada por una compañía de títulos. Si bien las compañías de títulos son muy eficientes con la miríada de formularios que ahora se requieren para completar una transacción inmobiliaria residencial, no están en condiciones de asesorar a ninguno de los participantes sobre el significado o sus consecuencias en cualquier aspecto de la transacción y no lo hacen.

Con el modelo notarial, una parte puede esperar y recibir una explicación independiente de la transacción e incluso asesoramiento sobre su impacto o la disponibilidad de opciones del único notario que documenta la transacción. Los notarios están obligados a proporcionar asesoramiento neutral y útil como parte de su función en la ejecución y documentación de una transacción. Nuestra observación de los notarios en la práctica en Alemania y otros países notariales confirmó que esta función de hecho está teniendo lugar.

Recientemente, con el surgimiento de la mediación en el litigio civil, se ha prestado más atención al papel cuasi-mediador de los notarios en el curso de la documentación de las transacciones.

Con frecuencia, un notario puede aclarar malentendidos aparentes antes de que se conviertan en disputas serias. Del mismo modo, cuando resulta que las partes tienen problemas que no han sido descubiertos, el notario puede actuar como mediador para ayudarlos a resolverlos. Esta puede ser una función valiosa que no está disponible en una compañía de títulos o incluso en un modelo de abogado único en el sistema de derecho común.

¿Formularios “hágalo ud. mismo” en línea para transacciones inmobiliarias?

En esta era, con cada vez más negocios en línea y el uso generalizado de formularios para todo tipo de transacciones legales, ¿deberíamos pensar en una

opción en línea como competencia para abogados, compañías de títulos y notarios en el desempeño de las transacciones inmobiliarias?

Las transferencias de bienes inmuebles son generalmente transacciones de cierta complejidad y alto valor relativo. Si bien los potenciales de varias formas de inteligencia artificial aún no se conocen realmente, y la versatilidad de las interfaces en línea aún no se ha estabilizado, hasta ahora no hemos visto ninguna aparición real de tal funcionalidad en los Estados Unidos o Europa. Casi todas las transacciones inmobiliarias tienen alguna peculiaridad especial o plantean preguntas por parte de los participantes que son importantes para ellos en ese momento. Y las personas que compran y venden bienes inmuebles, especialmente sus hogares, parecen desear un nivel de seguridad personal sabiendo que la transacción se ha completado correctamente. ¿Estarían las personas cómodas con una leyenda al respecto en una pantalla de computadora anónima?

Incluso si no es legalmente obligatorio, se esperaría que el mercado libre insistiera en algún tipo de intervención personal de un profesional autorizado para atender la idiosincrasia de la transacción, responder preguntas y garantizar que la transacción se haya completado correctamente.

Claves del valor agregado por la intervención notarial

Nuestro estudio comparativo del desempeño notarial en el contexto de las transacciones inmobiliarias nos brindó algunas ideas sobre los ingredientes clave que produjeron valor agregado a través de la intervención notarial.

El primero de ellos es la regulación adecuada de los notarios en términos de habilidad, independencia y ética. En comparación, las compañías de seguros de título, que realizan la mayoría de los cierres en las transacciones inmobiliarias residenciales, no están reguladas, tienen funciones poco claras y no están obligadas ni calificadas para brindar asesoramiento confiable. Encontramos que los notarios deben evitar posibles conflictos de interés planteados al servir como corredores de bienes raíces o proveedores de seguros de título.

La ventaja de costo de los notarios en las transacciones de menor valor, el tipo en el que un sistema económico es más importante, parece depender de una regulación efectiva de las tarifas, que puede hacer cumplir un tipo de subsidio cruzado de las transacciones más pequeñas por las más grandes.

Se ha observado que en algunos países, como los Países Bajos, que han desregulado las tarifas notariales, han visto aumentar las tarifas para las transaccio-

nes más pequeñas y disminuir relativamente para las más grandes en función del poder de negociación relativo.

Por último, un sistema de transferencia de bienes inmuebles eficaz y económico requiere un registro de tierras de alta calidad mantenido por órganos del sistema de justicia.

Gran parte de la desventaja de costos del sistema de common law tal como se practica en los EE.UU se puede atribuir a la compra requerida de un costoso seguro de título. Esto no es necesario en jurisdicciones como Alemania que mantienen registros de tierras de alta calidad a los que los notarios pueden acceder de manera eficiente en el curso de finalización de las transacciones inmobiliarias.





PROF. DR. ROLF STÜRNER COMENTARIOS COMPARATIVOS

Defendiendo el notariado de abogados de Puerto Rico en contra de los argumentos derivados de la concepción estadounidense de las libertades de mercado.

1. La situación actual del Notariado de Puerto Rico

El notariado de Puerto Rico parece estar sometido a una especie de presión que no es desconocida para el notariado Europeo, especialmente el Notariado alemán. Es el argumento de que no es necesaria la intervención pública y la regulación de las fases de negociación precontractual y de conclusión del contrato en materia de contratos inmobiliarios, matrimoniales o sucesorios, y que, por lo tanto, este tipo de regulación obligatoria debería considerarse una restricción injustificada de la libertad de celebrar contratos y la libertad de ejercer actividades profesionales según el proyecto propio. Es la misma argumentación que ha aplicado la Comisión Europea atacando las competencias notariales como restricciones indebidas del derecho a ofrecer servicios jurídicos de acuerdo con las normas profesionales generales aplicables y a no a ser excluidos de tipos especiales de servicios sin razones de peso para el bien común. Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no siguió esta argumentación. El Tribunal aceptó que, en aras de la fiabilidad y la corrección, especialmente de las transacciones inmobiliarias, incluidas las garantías reales sobre terrenos, la intervención pública de los notarios podría estar justificada. Este resultado puede no ser convincente, pero es al menos razonable. El derecho constitucional no impide al legislador establecer una competencia notarial especial, aunque no exista una garantía constitucional de la existencia del notariado como es el caso en Brasil.

Sin embargo, no me parece probable que los tribunales superiores, como el Tribunal Supremo de Puerto Rico o el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, decidan de manera diferente. En este contexto, la decisión de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico de proporcionar notarios abogados en lugar de una pro-

fesión notarial completamente separada puede ser útil para aclarar las dudas constitucionales restantes. Cada abogado tiene la oportunidad de convertirse en notario abogado tras una calificación especial adicional documentada mediante un examen. No hay limitación del número de notarios abogados ni limitación a un número limitado de distritos locales, lo que excluiría a los abogados de esta calificación notarial especial. El requisito de una calificación especial para las actividades notariales de los abogados es solo una intervención menor en las libertades profesionales y no crea un "gremio cerrado" como podría temerse en el caso de un notariado completamente separado de la profesión de abogado. Es posible que la concepción estadounidense de las libertades de mercado sea mucho más rígida que la concepción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha permitido, en principio, límites numéricos y restricciones territoriales. En cualquier caso, el diseño legal preferido por Puerto Rico parece ser un camino sabio que permite la preservación de una institución legal tradicional y al mismo tiempo cumple con los requisitos esenciales de la cultura legal y la constitución de los Estados Unidos.

2. Convencer al Poder Legislativo y a los ciudadanos de la razonabilidad y utilidad del notariado

Ser una institución que armoniza con la constitución no significa que los legisladores deban preservar una institución tradicional que no sea considerada útil y razonable por la mayoría de los miembros electos del parlamento y los ciudadanos. Siempre es necesario convencer al público de que el trabajo del notario es útil y necesario en interés del bien público y de los ciudadanos individuales.

Por lo tanto, el notariado no debe dar la impresión de aversión a los medios modernos de comunicación mediante videoconferencia y comunicación digital. Por el contrario, debería ser un promotor de las técnicas modernas de comunicación e instalar archivos electrónicos de todos los documentos notariales y testamentos para facilitar la información legítima de todos los demás notarios, los tribunales y otras autoridades competentes. Según mi información, el notariado de Puerto Rico ha sido completamente consciente de la necesidad de instalar y utilizar modernas funcionalidades de comunicación y almacenamiento de datos. En Alemania, el notariado fue un verdadero promotor de este desarrollo en cooperación especialmente con España e Italia, y esta apertura al futuro fortaleció su posición política ante el gobierno y los parlamentos nacionales e incluso ante la Comisión Europea.

3. Problemas especiales derivados de la falta de separación de funciones

3.1 Obligaciones de confidencialidad

En el continente, la lucha contra la evasión fiscal y el lavado de dinero se ve facilitada por la digitalización del almacenamiento de datos notariales. Al igual que los abogados, los notarios deben ser conscientes de los conflictos entre sus obligaciones de confidencialidad y sus deberes públicos en relación con el almacenamiento de datos. Deben cumplir con los deberes legales de proporcionar información, especialmente en casos fiscales o lavado de dinero. Por lo general, no deben estar obligados a informar activamente a las autoridades sobre la mera posibilidad de lavado de dinero o evasión fiscal, sin embargo, deben cooperar con la autoridad competente a petición de ésta en casos de enjuiciamiento penal. Al igual que los abogados, nunca deben participar activamente en actividades delictivas.

La línea divisoria para trazar es difícil y exigente por igual para abogados y notarios. Por un lado, los abogados son denominados funcionarios del sistema jurídico en el código de conducta del Colegio de Abogados de EE.UU. Por otro lado, los textos y sus comentarios dejan en claro que la obligación de confidencialidad de los abogados y su derecho a insistir en sus privilegios deben prevalecer en la mayoría de los casos de conflicto.

En el caso de los notarios que ejercen una función pública, la evaluación de los deberes en conflicto puede no ser siempre exactamente la misma que para los abogados. Existe un amplio campo de opiniones que difieren en detalle. En muchas culturas jurídicas, corresponde a la autoridad supervisora decidir sobre el alcance de la cooperación de los notarios con otras autoridades públicas. El recuerdo de un abogado-notario de si la información secreta se proporcionó en el contexto de una función notarial o en el contexto de una comunicación abogado-cliente puede no ser siempre seguro. Esto no se plantea en culturas legales con una estricta incompatibilidad entre ambas profesiones.

3.2 Neutralidad e imparcialidad de los notarios abogados

En Alemania, al igual que en otras culturas europeas continentales, los abogados pueden ser miembros de una sociedad o corporación donde otros miembros pueden no sólo ser abogados sino también auditores, contadores, asesores fiscales u otros profesionales liberales si la supervisión profesional y los deberes son comparables con la supervisión y deberes de los abogados. No sé si este tipo de cooperación es posible en Puerto Rico o si existen prohibi-

ciones o restricciones estrictas como las que existen en la mayoría de los estados estadounidenses.

A los abogados notarios alemanes se les permite unirse a sociedades o corporaciones que incluyen profesionales liberales con una conexión especial con el sistema legal, como abogados de patentes, asesores fiscales, auditores o contadores. Las mismas reglas aplican a las sociedades o corporaciones que abarcan el ejercicio pleno de las profesiones y a los casos en que el único propósito de la entidad es una organización común de oficinas.

Una cuestión seria con tales organizaciones involucra la distribución de la ganancia común que incluye los ingresos del trabajo notarial. La puesta en común de los beneficios puede no estar de acuerdo con la independencia y neutralidad notarial y puede permitir que otros miembros de la entidad legal ejerzan influencia sobre el trabajo de los notarios si la práctica del notario no está de acuerdo con la política empresarial de los abogados. Este podría ser el caso si un determinado tipo de clientes, por ejemplo, clientes con asociaciones de izquierda, no fueran bienvenidos como clientes de los abogados y los abogados presionaran al notario para evitar el servicio notarial para este tipo de ciudadanos. Según la opinión predominante, estos riesgos de influencia indirecta, más bien improbables, no se consideraron una razón convincente para la prohibición de los ingresos comunes, y el legislador siguió este punto de vista liberal.

Un problema constante para los abogados notarios es la autenticación de documentos en los que un miembro de la sociedad o corporación realizó algún trabajo preparatorio o representó a las partes del documento en un procedimiento judicial anterior sobre un asunto que se regula en el documento notarial. Si un miembro del bufete de abogados participó previamente en el mismo asunto, es una regla estricta que el notario abogado no está autorizado a autenticar. El legislador alemán extendió esta incompatibilidad a los abogados que son miembros de un bufete interconectado.

Por un lado, la existencia de grandes bufetes con miles de abogados y la extensión a abogados de bufetes interconectados implica una gran cantidad de trabajo organizativo para el bufete y los miembros responsables. Por otro lado, la limitación de la incompatibilidad en un mismo asunto da mucho margen de maniobra al bufete, ya que incluso una relación continuada abogado-cliente no impide al abogado notario autenticar documentos que no se relacionen con un asunto en el que el abogado miembro haya realizado trabajos preparatorios. El bufete de abogados está obligado a llevar listas sobre el trabajo y los clientes de los abogados, y es deber del notario preguntar al inicio del procedimiento de autenticación sobre posibles incompatibilidades.

Si dos bufetes de abogados acuerdan que su notario abogado autentique todos los casos de incompatibilidad del bufete asociado y viceversa, también puede plantearse la cuestión sobre si debe darse por sentada la plena neutralidad de los abogados notarios. Según la opinión predominante, esta debería considerarse una forma correcta de gestionar eficazmente los problemas de capacidad de autenticación, respetando al mismo tiempo las normas de imparcialidad e independencia.

4. Hay que tener en cuenta que un sistema dual de abogados-notarios puede aumentar los problemas de neutralidad e imparcialidad. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que el notariado de Puerto Rico es una isla dentro del mar de los EE.UU. que no tiene notarios latinos. Una cierta adaptación a la cultura jurídica estadounidense puede ser necesaria para la supervivencia de los notarios en los EE.UU. Sin embargo, es lamentable que la cultura jurídica estadounidense reconozca el efecto útil de los procesos de mediación si las partes ya han presentado su reclamo ante un tribunal y se lleva a cabo un proceso de mediación obligatorio (la idea del doble tribunal), mientras que, al mismo tiempo, la cultura jurídica estadounidense rechaza la idea de una consulta mediadora obligatoria por parte de las partes contratantes con notarios con la intención de evitar la celebración de contratos que desde el principio no se ajusten a ambas partes.

Han sido principalmente las investigaciones de psicólogos y economistas estadounidenses las que han puesto énfasis en la falta de capacidad de un individuo para decidir racionalmente sobre la razonabilidad de las actividades empresariales debido al notable número de sesgos subyacentes que a menudo bloquean el camino hacia las actividades empresariales racionales. Tomando en serio los resultados de esta investigación, el notariado debería considerarse un instrumento útil para permitir a los consumidores y empresarios, que a menudo no están libres de tales sesgos (aunque a menudo lo creen así), decidir racionalmente sobre el diseño legal de sus negocios, con el beneficio de la clarificación por parte de un tercero neutral. Desde este punto de vista, el notariado debería ser bienvenido como un instrumento para el fomento de la racionalidad en las decisiones empresariales, especialmente en sociedades de mercado competitivas.

No en vano, en algunos países europeos la función notarial se ha extendido del derecho inmobiliario al derecho de sociedades, ya que los abogados no siempre tienen la misma mirada analítica sobre las actividades empresariales que un tercero neutral que se mantiene más alejado de las emociones de los clientes del abogado. El buen funcionamiento de los mercados con participantes bien informados y que actúan racionalmente es un bien público. La

función notarial debe considerarse un elemento útil de los mercados libres orientados al Estado de Derecho.

Tras la crisis financiera mundial de 2008, originada en valores dudosos basados en hipotecas inmobiliarias, fue Premio Nobel y destacado economista estadounidense Robert J. Shiller quien argumentó que un sistema notarial que funcione bien podría haber contribuido a evitar los excesos de la legislación inmobiliaria que provocaron la quiebra de los mercados de valores (Shiller, *The Subprime Solution*, 2008, p. 130). Hay que escucharlo.





PROF. NAIVI CHIKOC BARREDA

QUEBEC, CANADÁ



La profesora Chikoc Barreda es especialista en Derecho internacional privado y Derecho privado comparado en un contexto de globalización. Es doctora en Derecho, LL.M y diplomada en Derecho Notarial.

BIJURALISMO EN CANADÁ: EL ROL DE NOTARIOS Y ABOGADOS

Introducción

Esta presentación tiene como objetivo proporcionar una visión general del sistema jurídico de Quebec, centrándose en tres aspectos clave: el bijuralismo en Canadá, la interacción entre los sistemas de *Common Law* y *Civil Law* en Quebec y la división de funciones entre abogados y notarios en Quebec y Canadá.

¿A qué familia jurídica pertenece Canadá, y Quebec en particular? Canadá es un país bijural en el que coexisten dos tradiciones jurídicas: *Civil Law* en la provincia de Quebec y *Common Law* en el resto del país. Los expertos en derecho comparado clasifican a Quebec como una jurisdicción mixta debido a su combinación de tradiciones jurídicas. Sin embargo, al examinar la regulación de las relaciones de derecho privado, el sistema jurídico de Quebec se ajusta con la tradición del *Civil Law*, enraizado en el derecho francés anterior a la Revolución. A pesar de esta base, su entorno de *Common Law* ha configurado el sistema del *Civil Law* de Quebec con características distintivas.

Limitando al oeste por las provincias y territorios de *Common Law* de Canadá y al sur por los Estados Unidos, Quebec ejemplifica la resistencia de la tradición del *Civil Law* en el continente norteamericano.

Interacciones entre *Common Law* y *Civil Law*

Varios elementos del *Common Law* han influenciado indudablemente el sistema jurídico de Quebec. Por un lado, el Parlamento Federal de Canadá tiene jurisdicción sobre ciertos asuntos de derecho privado, como el matrimonio y el divorcio, lo que da lugar a un "derecho privado federal uniforme" que se aplica en todo el país en estos ámbitos. Por otro lado, numerosas instituciones de *Common Law* se han incorporado al sistema de Quebec, incluidas la libertad absoluta de testar, las acciones colectivas, los daños punitivos, las hipotecas no posesorias sobre bienes muebles y la conocida institución del fideicomiso. A pesar de estas influencias, el sistema notarial y la codificación del derecho privado de Quebec siguen siendo algunas de las características más definitorias de la tradición del *Civil Law* de la provincia.

Notarios y abogados

Al igual que otras jurisdicciones de *Civil Law*, la profesión jurídica de Quebec se divide en dos grupos distintos: abogados y notarios. Siguiendo la terminología de la ley que rige la profesión, me referiré a los miembros del Colegio de Abogados de Quebec como "defensores" o "abogados". Los abogados están autorizados a ejercer la abogacía en sentido amplio, pero no pueden conferir autenticidad a los actos jurídicos. Por el contrario, los notarios poseen la autoridad legal para autenticar actos, pero tienen prohibido litigar o representar a clientes en asuntos judiciales contenciosos.

Analicemos más de cerca el papel asignado a los notarios por el legislador de Quebec.

Como funcionarios públicos, los notarios están sujetos a numerosas obligaciones, entre ellas brindar asesoramiento jurídico imparcial, verificar la capacidad, la identidad y la libre voluntad de las partes, y mantener registros de los documentos que redactan. Los documentos auténticos elaborados por notarios tienen el mayor valor probatorio en los procedimientos civiles y sólo pueden impugnarse mediante redargución de falsedad, un procedimiento especial que requiere que la parte impugnante demuestre la falsificación del documento. Por lo tanto, el acta notarial goza de presunción de exactitud

y validez, sirviendo como prueba concluyente de los hechos y declaraciones que contiene.

La profesión notarial de Quebec tiene características distintivas que la diferencian de otras jurisdicciones de *Civil Law*. Por ejemplo, las autoridades estatales no supervisan la práctica notarial y los notarios de Quebec no son designados por el Estado. Son designados por su organización profesional, la *Chambre des notaires du Québec* (Cámara de Notarios de Quebec). Además, Quebec no se adhiere a la regla *numerus clausus*, que en otras jurisdicciones limita el número de notarios en relación con la población. Tampoco existe una tarifa reguladora para los honorarios notariales.

Una breve reseña histórica ayuda a contextualizar esta cuestión. La profesión notarial es una de las más antiguas de Canadá, ya el primer notario data de 1647. Cabe destacar que, bajo el régimen francés (1608-1763), no había abogados en Quebec. En 1618, Samuel de Champlain, fundador y primer gobernador de Quebec, solicitó al Rey de Francia que la justicia se administrara en la colonia sin abogados ni fiscales, petición que le fue concedida.

En 1763, se firmó el Tratado de París y Quebec pasó a ser territorio de la Corona Británica. Fue bajo el dominio británico cuando se reconoció oficialmente el título de abogado, lo que marcó la división de la profesión jurídica en dos ramas desde 1765. Aunque el derecho civil francés, incluida la *Coutume de Paris*, se abolió temporalmente tras la conquista británica, se restableció en 1774, tras la Ley de Quebec. Este restablecimiento permitió a los notarios continuar ejerciendo su profesión en el marco de la tradición del *Civil Law*.

Notaires et “notaries public” (del Francés ‘notarios y notarios públicos’)

En el resto de Canadá, que sigue el sistema de *Common Law*, el título de profesional del derecho se otorga únicamente a los abogados. En la mayoría de las provincias, los abogados también pueden certificar las firmas de sus clientes en documentos legales, un proceso denominado “notarización”. Esta función es principalmente administrativa y no implica asesoramiento jurídico, lo que también puede ser desempeñada por personas sin formación jurídica. Estas personas, designadas por organismos públicos o semi-públicos para autenticar firmas, presenciar juramentos y certificar copias auténticas de documentos, se conocen como “notarios públicos”.

La traducción de la palabra francesa “notaire” a la palabra inglesa “notary” a menudo genera confusión entre los canadienses de habla inglesa, quienes

tienden a asociar a los notarios de Quebec con los notarios públicos de otras provincias. Esta confusión puede verse como un efecto secundario del biculturalismo en Canadá, que influye en la forma en que los notarios de Quebec son percibidos no sólo por el público en general fuera de Quebec, sino también por los profesionales del *Common Law*.

Notarios "tradicionales" y "no tradicionales"

Los notarios que actúan como funcionarios públicos se denominan "notarios tradicionales". Desempeñan las funciones características de los notarios latinos, que incluyen actuar como colaboradores de la justicia en procedimientos no contenciosos. El ámbito tradicional de los servicios notariales abarca actos inmobiliarios, como contratos de compraventa, hipotecas, donaciones y declaración de copropiedad; asuntos sucesorios, incluidos testamentos auténticos, renunciaciones y liquidación de herencias. Los notarios también desempeñan un papel importante en el derecho de familia, celebrando matrimonios, redactando contratos matrimoniales, acuerdos de gestación subrogada y otros documentos relacionados con asuntos familiares. Los notarios también pueden actuar como asesores jurídicos independientes. Estos son notarios que ejercen en ámbitos "no tradicionales".

Los notarios también pueden actuar como asesores jurídicos tanto en el sector privado como en el público. Además, pueden solicitar un "certificado de asesor jurídico canadiense", que les permite ejercer la abogacía en otras provincias bajo ciertas condiciones. Como asesores jurídicos, los notarios están autorizados a representar a particulares en procedimientos no contenciosos. Estas funciones son concurrentes, y no exclusivas, con las realizadas por los abogados.

Observaciones finales

Si bien la importancia de las funciones notariales ha obtenido un reconocimiento cada vez mayor por parte de los legisladores, ciertas incoherencias siguen poniendo de manifiesto la naturaleza mixta del sistema legal de Quebec. Por ejemplo, algunos actos jurídicos fundamentales pueden formalizarse mediante un acto notarial o mediante un documento privado firmado en presencia de dos testigos. Esto se aplica a actos como el mandato de protección en caso de incapacidad, la delegación del ejercicio de la autoridad parental por parte de la madre gestante y las directivas médicas anticipadas en caso de incapacidad, entre otros. Tratar los documentos privados en pie de igualdad con los documentos públicos demuestra que legisladores no reconocen plenamente el valor agregado de los actos notariales en estos ámbitos.

El ejemplo de Quebec muestra la necesidad de un mayor diálogo entre los sistemas jurídicos y el potencial de dicho diálogo para mejorar nuestra comprensión de las funciones de los notarios y abogados a escala global. Esto es particularmente relevante en jurisdicciones como Quebec y Puerto Rico, donde la interacción entre estas dos profesiones no solo trata de salvaguardar el ámbito de sus respectivas competencias, sino principalmente de preservar la identidad única del notario dentro de un panorama jurídico predominantemente de *Common Law*.





NOT. LORENA I. FLORES ESTRADA

NOTARIA Y ABOGADA EN GUATEMALA



Abogada y Notaria de Guatemala con más de 30 años de ejercicio profesional y experiencia en el campo del derecho privado, incluyendo derecho corporativo, desarrollo inmobiliario y procedimientos administrativos.

SISTEMAS JURIDICOS:

El ejercicio de las profesiones de abogado y notario dentro del sistema jurídico guatemalteco

Para el tratadista guatemalteco René Villegas Lara,¹ el ordenamiento jurídico o sistema legal, es el conjunto de normas, incluyendo las instituciones que son creadas por las leyes y que rigen las actividades en un estado, de manera tal que para su existencia se requiere, entre otros de:

- a) unidad normativa,
- b) completitud o sea ausencia de lagunas legales, y
- c) coherencia; es decir sin antinomias.

De esa cuenta el sistema jurídico guatemalteco, se caracteriza porque las normas no existen de forma aislada, sino que éstas se encuentran estructuradas al tenor del principio de jerarquía normativa, contenida en la norma superior que es la Constitución Política promulgada en el año 1985; con la peculiaridad que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones que hayan sido ratificados por Guatemala, constituyen normas superiores con respecto al derecho

¹ Villegas Lara, René Arturo. *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho*. VI Edición. Ediciones y Servicios Gráficos El rosario. Guatemala, C.A. 2016

interno, condición que fue superada mediante fallo de la Corte de Constitucionalidad, al aclarar que derecho interno es todo el ordenamiento jurídico del Estado de Guatemala, menos la Constitución Política y que sobre la norma constitucional, no existe otra norma jurídica.

En ese orden de ideas, la Constitución Política de la República vigente desde el año 1985, establece que el sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo, delegando su soberanía para el ejercicio respectivo en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por lo que la subordinación entre los mismos está prohibida. Por lo que, siguiendo el principio Kelseniano de la jerarquía normativa, se crearon los siguientes organismos de control:

1. Tribunal Supremo Electoral, que es la máxima autoridad en materia electoral de Guatemala, como órgano constitucional independiente de control político, no está supeditado a organismo alguno del Estado, su organización, funcionamiento y atribuciones están determinadas por la ley de rango constitucional, como lo es la Ley Electoral y de Partidos Políticos;

2. Corte de Constitucionalidad, que constituye un Tribunal Constitucional permanente, de jurisdicción privativa, que tiene por objeto velar por el irrestricto orden constitucional, a través de la resolución de autos y sentencias, dictámenes y opiniones consultivas, con lo cual se contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho y preservar el principio de supremacía constitucional; y

3. Procurador de los Derechos Humanos, es un organismo autónomo, dedicado a la defensa y promoción de los derechos fundamentales de la ciudadanía, su mandato abarca la investigación de violaciones a los derechos humanos, promoción y educación en estos y la emisión de recomendaciones a las autoridades para corregir comportamientos que vulneren las garantías constitucionales.

Compitiendo a la Contraloría General de Cuentas, la efectiva fiscalización y control de la hacienda pública. Al Ministerio Pública como institución auxiliar de la Administración Pública y tribunales, con funciones autónomas, le compete con exclusividad promover la persecución penal, dirigir e investigar los delitos de acción pública, en síntesis, el ejercicio de la investigación penal.

Para efectos administrativos el territorio cuenta con una extensión superficial de 108,889 km². se divide en 22 departamentos y 340 municipios autónomos, con una población de 17,000,000 de personas y un aproximado de 3,000,000 de guatemaltecos en calidad de migrantes en el extranjero.

En tal consecuencia, dentro del sistema jurídico guatemalteco se hace imperativo señalar la importante función que desempeñan los profesionales del derecho en el ejercicio de la Abogacía y el Notariado, ya que ambas profesiones dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, desempeñan una labor fundamental en la defensa del estado de derecho, el imperio de la ley, la búsqueda de la justicia pronta y cumplida y que constituyen el enlace entre los ciudadanos y el sistema de justicia y sus respectivas instituciones.

Sin embargo, en el ejercicio práctico ambas profesiones liberales desempeñan funciones claramente diferenciadas, tal el caso de los Abogados quienes están llamados a asesorar a la ciudadanía en temas legales, la defensa efectiva de los derechos e intereses de sus clientes en tribunales, la promoción del acceso universal a la justicia, así como velar por la defensa y salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los ciudadanos de la República de Guatemala.

Por su parte, el Notario como profesional del derecho, se caracteriza ya que, a diferencia del ejercicio de la Abogacía, el Estado a través del Organismo Judicial, le delega una cuota de su soberanía que es la Fe Pública, por medio de la cual reviste y dota de certeza y seguridad jurídica a todos los actos y contratos que autoriza, confiriéndoles autenticidad y pleno valor probatorio, salvo que estos sean redargüidos de nulidad y falsedad. Adicionalmente el Notario dentro del sistema jurídico guatemalteco, se encuentra facultado para tramitar y resolver asuntos no contenciosos, constituyéndose así en un verdadero auxiliar del sistema de justicia.

Dentro del sistema formativo y académico, actualmente operan un total de 15 Universidades de las cuales 14 son Universidades Privadas y 1 Universidad estatal que por mandato constitucional le corresponde con exclusividad dirigir, organizar y desarrollar la educación superior estatal y la educación profesional universitaria estatal, contrario sensu las universidades privadas son instituciones independientes, las cuales a través de sus respectivos delegados, así designados integran el Consejo de la Enseñanza Privada Superior, al cual le corresponde velar porque se mantenga el nivel académico de las universidades privadas, sin menoscabo de su independencia.

Tanto la Universidad estatal como las universidades privadas, imparten en sus respectivas facultades de derecho, la carrera de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, que al concluir con los procedimientos académicos y administrativos, los estudiantes se someten a la práctica de exámenes técnico profesional, que abarca la fase de derecho privado y la fase de derecho público, superadas ambas fase el estudiante, previo trabajo final de investigación o tesis, sustento y aprobación de la misma; se hace acreedor y puede optar por los títulos de Abogado y Notario y el agrado académico de licenciado.

Es importante enfatizar que estas profesiones, como ya se indicó tienen una base formativa común, desde el siglo XIX, a través de la promulgación de Decreto 271 del 20 de febrero de 1882, Código de Notariado, cuerpo normativo que elevó el ejercicio del notariado a profesión universitaria, incorporando su formación académica al pensum de estudios de la carrera de Abogacía, de tal suerte que al concluir estudios universitarios, superar y aprobar los exámenes y concluir con los procedimientos administrativos de colegiación profesional, el profesional del derecho, legalmente se encuentra facultado para ejercer ambas profesiones, sin que esto genere colusión y para mejor comprensión, de los límites y alcances que conlleva el ejercicio propio de cada una de ellas, a continuación se presenta un cuadro comparativo, que establece las diferencias en cuanto al ejercicio práctico de ambas profesiones, así como similitudes:

ABOGADO Y MARCO REGULATORIO	NOTARIO Y MARCO REGULATORIO
• Profesional del derecho, habilitado para asesorar, representar y ejercer la defensa a otras personas en asuntos legales. • El ejercicio y práctica de la Abogacía está regulada por: • Ley del Organismo Judicial • Decreto Número 72-2001, Ley de Colegiación Profesional; • Código de Ética Profesional • Decreto 2-2022 Ley Reguladora Notificaciones Electrónicas en el Organismo Judicial	• Profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes • Encargado de redactar los instrumentos públicos adecuados a su fin, confiriéndoles así autenticidad, conservando los originales de estos y expidiendo copias que den fe de su contenido • Estado le delega cuota de soberanía FE PÚBLICA • También se encuentran facultados para tramitar y resolver asuntos de jurisdicción voluntaria • Autorizar la celebración de Matrimonios y Uniones de Hecho • El ejercicio y práctica del Notariado está regulada por: – Ley del Notariado, Decreto Nº 72-2001, Ley de Colegiación Profesional; – Decreto 54-77, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria – Sistema de tipo latino, elevo a profesión Universitaria Código de 1882, Decreto 271 del 20 de febrero 1882 – Número Abierto – Competencia en todo el territorio Nacional (108.899 Km²) – Ejercicio no sujeto a horario – Pueden ejercer fuera territorio Nacional, observando los límites que establece la ley

ABOGADO Y FORMACIÓN PROFESIONAL	NOTARIO Y FORMACIÓN PROFESIONAL
• 15 Universidades (1 Estatal/14 Privadas) • Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales • Pensum Estudios compartido 4 Cursos Notariado Clínicas Abogacía Civil/Laboral/Penal Práctica Notarial • Aprobación Exámen Técnico Fase Pública/Privada	• 15 Universidades (1 Estatal/14 Privadas) • Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales • Pensum Estudios compartido 4 Cursos Notariado Clínicas Abogacía Civil/Laboral/Penal Práctica Notarial • Aprobación Exámen Fase Pública/Privada
COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COLEGIACIÓN ABOGADO	COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COLEGIACIÓN NOTARIO
• Precepto constitucional/obligatorio • Procedimiento Administrativo • Requisito previo y obligatorio para inscripción y registro Corte Suprema de Justicia • Derechos y obligaciones como agremiado • Pago Colegiación Profesional Anual • Timbre Forense • Tribunal Honor • Cobro Honorarios • No existe incompatibilidad para el ejercicio del Notariado • Colegiados Activos 45,000 (Año2024) • Libertad ejercicio • Libertad de Contratación y cobro honorarios	• Precepto constitucional/obligatorio • Procedimiento Administrativo • Requisito previo y obligatorio para inscripción y registro Corte Suprema de Justicia • Derechos y obligaciones como agremiado • Pago Colegiación Profesional Anual • Timbre Notarial • Tribunal de Honor • Cobro honorarios • No existe incompatibilidad para el ejercicio de la Abogacía • Colegiado Activo 45,000 (Año 2024) • Libertad ejercicio • Libertad de Contratación y cobro honorarios

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y REGISTRO ABOGADO	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y REGISTRO NOTARIO Y DELEGACIÓN FE PUBLICA
• Registro Sello y Firma Abogado • Registro y habilitación casillero electrónico • Reconocimiento firma electrónica avanzada Abogado • Ley de Notificaciones Electrónicas. Aplica todos los procesos, incluida jurisdicción voluntaria	• Registro Sello y Firma Notario Delegación Fe Publica Notarial • Habilitación ejercicio Notarial y cumplimiento obligaciones notariales • Pago anual de apertura protocolos • Remisión testimonios especiales, avisos • Inspección Protocolo • Pago anual Apertura Protocolo 17,473 (Año 2024) • Libertad de ejercicio Libertad de contratación, caso contrario se sujeta cobro que establece arancel notarial • Firma electrónica avanzada (Optativa facilita gestión presentación telemática de testimonios escrituras públicas para su registro e inscripción en Registro Mercantil/Propiedad)
EJERCICIO PROFESIONAL - ÓRGANOS DE CONTROL ABOGADO	EJERCICIO PROFESIONAL - ÓRGANOS DE CONTROL NOTARIO
• Libertad de ejercicio • Abogado Auxiliante Proceso registro signos distintivos: marcas, nombres comerciales, expresiones o señales de propaganda, registro de modelos, patentes de invención • Abogado y Director Procesos Judiciales y Acciones Constitucionales • Permite el Co-Auxilio Profesional como Abogado y Director de Procesos Judiciales y Acciones Constitucionales	• Pago anual apertura protocolo - Archivo Gral. de Protocolos/Corte Suprema de Justicia • Ejercicio Personal e indelegable • Formación anual registro Notarial o Protocolo: escrituras públicas, actas de protocolización y tomas de razón de firmas • Autorización Instrumentos Extra protocolares: Actas Notariales, Legalización Documentos, Legalización Firmas o reconocimiento firmas • Remisión testimonios especiales, avisos de cancelación, avisos trimestrales e Índice anual al Archivo General de Protocolos • Empastado Anual Registro Notarial o Protocolo • Incumplimiento sanción: Impedimento temporal para el ejercicio profesional • Dirección Proceso de Jurisdicción Voluntaria en Sede Notarial, conlleva actuaciones y solicitud de informes ante: Procuraduría Gral. de la Nación - Municipalidades - Registros Públicos - Gestión Administrativa, Liquidación Pago Impuesto - Herencias Legados y Donaciones

	• Remisión expedientes al Registro de Procesos de la Corte Suprema de Justicia • Auxiliar Juez, como Notario Notificador • Ejercicio Profesional Extranjero • Celebración actos y contratos que deban surtir efectos jurídicos en territorio nacional • Obligación protocolización • Aviso Migratorio • Constitución Notario Depositario • Inspección Ordinaria de Protocolos • Expedir testimonios escrituras que autoriza • Remisión de testimonios especiales • Pago Timbre Notarial • Verificación pago de Impuestos que se generan de la celebración de contratos civiles • Compra de Papel especial de Protocolos
ÓRGANOS DE CONTROL EJERCICIO PROFESIONAL ABOGADO	ÓRGANOS DE CONTROL EJERCICIO PROFESIONAL NOTARIO
• Tribunal de Honor, Colegio de Abogados y Not. • Sanción: Inhabilitación	• Tribunal de Honor, Colegio de Abogados y Not. • Inhabilitación • Archivo Gral. de Protocolos – Corte Suprema de Justicia • Inspección Ordinaria Anual Protocolo • Inhabilitación • Incumplimiento remisión trimestral testimonios especiales Sanción: Impedimento ejercicio

PROHIBICIONES ABOGADO	PROHIBICIONES NOTARIO
• Pacto de Cuota litis • Revelación secreto profesional • Abandono sin justa causa • Exigir honorarios mayores a los pactados o los que fija el arancel • Defender a una parte, después de haber principiado la defensa de la otra en el mismo asunto	• Autorizar actos o contratos a favor suyo o de parientes • Extraer papel especial de protocolos o el registro notarial del país • Autorizar matrimonios de menores de edad • Autorizar uniones de hecho de menores de edad • Obligar directa o indirectamente al cliente a utilizar sus servicios notariales; • Facilitar a terceros el uso del protocolo; • Ocultar datos que interesen al cliente o a las partes del acto o contrato; • Retener indebidamente documentos que se le hubieren confiado, o negarse a extender la constancia correspondiente, sin causa justificada; Emitir o demorar indebidamente la entrega de testimonios, copias o constancias de los instrumentos que hubiera autorizado; • Omitir o demorar el pago de impuestos cuyo valor se le hubiese entregado o negarse a extender la correspondiente constancia; • Desfigurar los negocios jurídicos que celebren los interesados; • Autorizar contratos notoriamente ilegales; • Modificar injustamente los honorarios profesionales pactados; • Retardar o no prestar el servicio que se le hubiese pagado parcial o totalmente; • Cobrar, sin causa justificada, honorarios inferiores a los preceptuados por el arancel; y • Beneficiarse en forma directa o indirecta de las violaciones a la libertad de contratación en que incurren algunas instituciones





NOT. DENNIS D. MARTÍNEZ COLÓN

PUERTO RICO



Dennis D. Martínez Colón es notario en Puerto Rico y Vicepresidente de la UINL para América del Norte, Central y el Caribe.

DUALIDAD DE FUNCIONES: La figura del “Abogado - Notario”

Durante este “Dialogo entre Sistemas Jurídicos” se ha examinado la forma en que las funciones de abogado y notario se relacionan. Hemos recibido experiencias de varios países relacionadas con esta interacción.

En la gran mayoría de los países de tradición latina las dos funciones las llevan a cabo dos personas distintas. Se considera que las funciones de abogado y notario corresponden a profesiones diferentes y que el simultaneo desempeño de ambas resulta incompatible. Esto se puede comprender ya que la función social que se le encomienda al abogado es la de defender a una parte perjudicada y para ello tiene que ser **totalmente parcial**, poniendo todos sus esfuerzos en defender a una sola parte y salir victorioso en el litigio. Si la parte contraria no tiene asesoramiento o representación, ese no es problema del abogado.

Por el otro lado, la función del Notario, si bien usa los mismos conocimientos jurídicos y análisis, impone la obligación de aplicarlos en forma **totalmente imparcial**, informando a ambas partes cuál es el derecho aplicable y con su aseso-

ramiento darle forma legal al negocio deseado e inclusive intervenir para incluir cláusulas y condiciones que prevean situaciones de posible conflicto y así ajustar las mutuas expectativas, con lo que se logra evitar litigios.

Surgen complicaciones en aquellos países en los que se permite que las dos funciones se unan y las pueda desempeñar la misma persona. En la realidad practica de un profesional “dual”, de ordinario ocurrirá que en horas de la mañana el Abogado-Notario comparecerá ante un Tribunal para reclamar los daños ocasionados por el incumplimiento de un contrato o por un derecho hereditario, o un divorcio, o un accidente, y sostendrá la posición de que su cliente es el único que tiene la razón, haciendo gala de sus habilidades para la defensa de la parte que representa, y de su total parcialidad. En la tarde de ese mismo día se reúne a negociar los términos de un contrato de venta de un inmueble, recibiendo información tanto del vendedor como del comprador, asesorando en forma imparcial a ambos, discutiendo la redacción de los términos que AMBAS partes desean e incluyendo cláusulas que prevén un posible conflicto, para evitar un posible litigio futuro.

En los países en los que se comparten ambas funciones, los profesionales se anuncian como “Abogado- Notario” y así se identifican en sus oficinas. Por ello, cuando una persona entra a su despacho ¿Quién lo recibe? ¿Lo recibe el abogado, o el Notario? ¿Qué reglas de conducta le serán de aplicación? Si dijéramos que entra a consultar un aspecto legal y resulta que existe una solución notarial, ¿cuándo termina el asesoramiento legal del abogado (que es parcial, en beneficio de quien tiene ante sí, y que goza de “privilegio” bajo las reglas de evidencia) y cuando comienzan a aplicar las reglas de independencia, confidencialidad y Secreto Profesional que le aplican al Notario? ¿Puede el factor económico afectar el criterio del profesional? Como abogado, puede existir la inclinación de recomendar un litigio que le podría generar el cobro de honorarios. Sería distinto si recomendara una solución notarial, que quizá podría resolverse en breve tiempo y con honorarios establecidos por un arancel de Ley.

Se plantea el claro conflicto entre dos actuaciones completamente distintas, que requieren enfoques y análisis distintos. El profesional “dual” tiene que hacer una rápida transición entre la total parcialidad a la absoluta imparcialidad, colocando al profesional en una encrucijada con posibles complicaciones éticas.

De los 92 países miembros de la UINL, yo he podido identificar 9 países en los que se puede observar la práctica dual de ABOGADO - NOTARIO (un 10% del total). De estos, seis (6) (más de dos terceras partes) se encuentran en Centro América y el Caribe.

República Dominicana	Puerto Rico
Costa Rica	Uruguay
Guatemala	Alemania (algunas regiones)
Nicaragua	Suiza (algunas regiones)
El Salvador	

Adicionalmente, en Estados Unidos el Civil Law Notary de Florida tiene como requisito ser abogado y puede continuar su práctica de abogado mientras actúa como Notario.

Posición de la Unión Internacional del Notariado:

Al examinar los Principios fundamentales de la Unión Internacional del Notariado, observamos que la actividad notarial “se extiende a todas las actividades jurídicas **no contenciosas**”... “evita litigios y conflictos ... mediante el ejercicio de la mediación jurídica”. (Principio #3). También dispone que “el Notario está **obligado a ser imparcial**, si bien tal imparcialidad se expresa igualmente mediante la prestación de una asistencia adecuada a la parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra, para así obtener el equilibrio necesario a fin de que el contrato sea celebrado en pie de igualdad.” Principio # 17.

El artículo 4, el 5.8 y el 48 del “Código de Deontología y Reglas de Organización del Notariado” contempla como principio fundamental la total imparcialidad, cuando expresa:

Desempeña una “función pública, controlando de manera imparcial, independiente, y responsable, la legalidad de los actos y negocios que se celebran mediante su autorización”. (Art. 4)

El Notario como “Tercero de Confianza”, deberá ser imparcial en su actuación respecto de las partes (Art. 5.3).

“El Notario actuará en aras al bien común. Deberá comportarse con imparcialidad e independencia en cada manifestación de su profesión, evitando toda influencia de tipo personal sobre su actividad y toda forma de discriminación con los usuarios.”

“La función notarial es compatible con las actividades de asesoramiento legal, docencia, mediación, arbitraje, servicios consulares y demás **actividades jurídicas no contenciosas**, que no contravengan la independencia o imparcialidad notarial.” (Art. 50).

No hay duda de que para la UINL los principios de imparcialidad, independencia, no discriminación e información adecuada al más necesitado deben mantenerse siempre como **valores esenciales e insustituibles** para que quede salvaguardada la libertad del notario y de aquellos que requieran su intervención. (Conclusiones del Congreso Internacional del Notariado celebrado en Buenos Aires, 1998).

La dualidad de las funciones de abogado y Notario en la misma persona pone en duda la imparcialidad del Notario. Concebimos circunstancias en que puede afectarlo al punto de impedir que realice la función social que se le encomienda.

Veamos la experiencia de Puerto Rico:

En Puerto Rico se requiere ser abogado para poder aspirar a ser Notario. (Ley Notarial Art. 7).

Desde la exposición de motivos de la Ley Notarial de Puerto Rico, el legislador realza el concepto de que el Notario no es abogado de ninguno de los otorgantes, que en su función de Notario no tiene “cliente” alguno, sino que representa la ley para todas las partes. Expresa que ***“la cualidad medular que lo distingue del abogado es su imparcialidad y que en esa condición debe actuar en un plano superior al de las partes”***.

La función dual se atiende directa y específicamente en el Reglamento Notarial, cuando en su Regla 5 dispone:

“La práctica de la profesión de la abogacía puede ser en algunas ocasiones incompatible con la práctica de la notaría.

El notario autorizante de un documento público está impedido de actuar posteriormente como abogado de una de las partes otorgantes para exigir en un litigio contencioso las contraprestaciones a que se haya obligado cualquier otra parte en el documento otorgado ante él.

El notario está impedido de representar como abogado a un cliente en la litigación contenciosa y, a la vez, servir de notario en el mismo caso por el posible conflicto de intereses o incompatibilidades que puedan dimanar de éste.

El abogado que compareció en representación de la parte demandante, del adjudicatario o comprador en un proceso legal relativo al de pública subasta o como oficial

autorizado de estos últimos en este proceso no podrá autorizar la escritura de venta judicial en su capacidad de notario.

Las normas recogidas en los párrafos precedentes aplicarán al notario personalmente y **no a aquellos notarios y abogados que sean o hayan sido sus socios o compañeros de oficina**. No obstante, las personas socias o compañeras de oficina del notario autorizante no podrán representar a una parte otorgante en un documento público autorizado por éste, cuando en un litigio se impugne la validez de cualquiera de los acuerdos que surgen del documento o se alegue que se omitieron acuerdos relativos al asunto objeto de éste, o cuando por alguna otra razón se cuestione la actuación del notario autorizante. Queda siempre al sano juicio del notario y sus socios o compañeros de oficina, dentro de su responsabilidad profesional, decidir cuándo deben abstenerse de actuar aun en casos en que su actuación estuviere permitida, pero que por sus particulares circunstancias en la dimensión ética podrían generar un potencial de conflicto o la apariencia de conducta impropia.”

La aplicación de esta norma se ha visto interpretada en varias decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico que podemos dividir en tres situaciones:

A. Si primero actuó como Notario, no puede luego representar a los comparecientes en un litigio:

- Notario Autorizó escritura de hipoteca y luego representó como abogado al acreedor para reclamar el cobro y la garantía hipotecaria en un procedimiento de ejecución de hipoteca. *In re: Colón Ramery* 138 DPR 793 (1995).

- Notario autorizó escritura relacionada con un inmueble y luego comparece en un litigio para exigir el cumplimiento de las contraprestaciones acordadas en la escritura. *In re: Martínez Almodóvar*, 180 DPR 805 (2011).

- Notario autoriza compraventa. Surge un litigio en que un tercero adquiere en pública subasta la propiedad objeto de la compraventa y luego representa post sentencia a uno de los otorgantes de la compraventa.

B. Si actuó primero como abogado, no puede luego autorizar documentos notariales relacionados:

- Abogado representa a legatarias en un caso de liquidación de herencia y posteriormente autoriza compraventa de inmuebles del caudal, estando pendiente de resolución del pleito. *In re: Martínez Sotomayor*, 189 DPR 492 (2013).

- Abogado representa a parte demandada en una Demanda sobre cumplimiento específico de un acuerdo de venta de un inmueble. Luego actuó como Notario al autorizar una escritura de compraventa a favor de un tercero del mismo inmueble en controversia, mientras aún se encontraba compareciendo en representación de la parte demandada. *In re: Matos Bonet 2001 TSPR 10 (23 enero 2001).*

- Abogado compareció en caso de Divorcio y luego autorizo escrituras en las que comparecieron las mismas partes. *In re: González Hernández, 190 DPR 164 (2014).*

- Abogado representaba a deudor en un pleito de cobro de dinero y ejecución e hipoteca, mientras a la vez preparaba y autenticaba firmas en contratos de opción de compraventa relacionado con la misma propiedad. *In re: Ramón B. Rivera Grau, 2016 DTS 212 (2016).*

- Abogado representa a las partes en un pleito de divorcio y antes de la liquidación actúa como notario al autorizar una escritura de compraventa a favor de terceros adquirentes de un bien ganancial que formaba parte del pleito de liquidación de la comunidad post ganancial. *In re: Chiques Velázquez, 161 DPR 303 (2004).*

C. Actuación como Notario durante un litigio: Si abogado representa a alguna de las partes, el mismo abogado no puede autenticar una firma ni tomar un juramento de asuntos relacionados con el mismo pleito.

- Mientras se encontraba en curso un proceso judicial, demandante ofreció declaración jurada ante Notario del mismo bufete (grupo legal) que representa a la parte demandante. Si bien como regla general debe quedar prohibida, se resuelve que el demandante puede prestar declaración jurada ante uno de los notarios que no intervienen en la litigación o tramitación del asunto. Queda al arbitrio del bufete si en algunos casos deba prescindirse del uso del propio notario y deba elegirse a otro notario independiente. Tuvo fuerte disidencia. *114 D.P.R. 808 – B. & L. Inc. v. P. R. Cast. Steel Corp.*

En Puerto Rico pueden asociarse abogados y Notarios para practicar en una oficina. La prohibición absoluta de actuar en el mismo asunto como abogado y Notario solamente se aplica individualmente al Abogado-Notario, y como regla general ***no aplica a aquellos notarios y abogados que sean o hayan sido sus socios o compañeros de oficina.***

Yo he sido un reiterado promotor de la prohibición de la asociación entre abogados y notarios, por entender que atenta contra la independencia e imparcialidad del Notario. También permite la distribución de los aranceles de Ley con socios no Notarios. Sin embargo, ni ese concepto ni el de la separación de las profesiones de abogado y notario, tienen al presente acogida en la práctica, ni en la legislatura, ni en las decisiones del Tribunal Supremo.

El caso especial de los ANCAN

Al presente hay unos nueve asuntos de “Jurisdicción voluntaria”, esto es, asuntos que la Ley ha permitido salgan de la sede judicial y que sean atendidos en sede Notarial. En la tramitación de “Asuntos No Contenciosos ante Notario” (ANCAN) se realizan las mismas funciones que realizan los jueces, por lo que nuevamente se resalta la imparcialidad y la independencia que debe observar la conducta del Notario.

Cuando el Notario va a autorizar un acta de notoriedad en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, la Ley requiere que los cónyuges deben presentar acuerdos juramentados en el que se exprese que fueron debidamente asesorados por sus respectivos abogados. Este requisito resalta la actuación del Notario similar a la de un juez.

Problemas institucionales

En la mayoría de los países de América en los que existe la dualidad de las funciones, existe una misma organización profesional que agrupa tanto a los abogados como a los Notarios. Los abogados siempre resultan ser un grupo más numeroso que el de los Notarios, por lo que las decisiones institucionales tienden a favorecer los intereses y prioridades de los abogados.

Observamos que cada vez que ocurre un cambio en la presidencia y dirección de esos gremios combinados resurgen vivamente las controversias por motivo de los intereses y prioridades de los Notarios. Se afecta la participación en las actividades internacionales y aún se afecta el pago de las cuotas a la UINL, ya que las directivas entrantes no perciben la importancia de la participación. Esto crea una gran inestabilidad en la representación notarial en estos países.

CONCLUSIÓN

Entiendo que resulta muy difícil el balance de las dos perspectivas totalmente diferentes bajo las que deben desempeñar sus funciones los abogados y los Notarios.

Estamos constantemente a riesgo de entrar en violación. Aparte de que cuando un mismo profesional desempeña las dos funciones, existe el constante conflicto entre la total parcialidad que debe tener un abogado y la total imparcialidad que debe tener un Notario.

Personalmente soy de la opinión de que la dualidad no debía existir y que se sirve mejor a la seguridad jurídica y a la ciudadanía si la función de abogado se mantuviera separadas de la función de Notario.

En Puerto Rico, no preveo cambio en el futuro cercano ni previsible. La comunidad profesional y política no ve ni entiende la incompatibilidad de ambas funciones ni la necesidad para su separación. Se recomienda que se aclaren y reformen las normas para se regule expresa y específicamente la dualidad de funciones. También se recomienda que se brinde capacitación profesional en la que se resalten los riesgos y problemas que conllevan la dualidad de funciones.





JUEZ SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA¹

PUERTO RICO



Sigfrido Steidel es el Director Administrativo de los Tribunales de Puerto Rico. Fue Presidente del Comité Especial para la revisión del Proyecto de Reglas de Conducta Profesional de Puerto Rico, en el Tribunal Supremo de Puerto Rico.

NOTARIOS, JUECES Y ABOGADOS: PROXIMIDAD DE LAS PROFESIONES

Introducción

La gama de profesiones que integran las profesiones jurídicas es variada. Aún cuando mi intervención se centra en las similitudes y diferencias entre abogados, notarios y jueces a partir de su función social y de las exigencias éticas que recaen sobre ellos, estos no son los únicos profesionales del derecho. También lo son los Fiscales, los Registradores de la Propiedad, los Procuradores de Menores y de Familia, así como diversos funcionarios de entidades gubernamentales con autoridad para dirimir conflictos al ejercer funciones *cuasi judiciales*, entre otros.

Para hablar de la proximidad de las profesiones que nos competen, en particular entre notarios y jueces, destacaré varios aspectos de modo general, lo que implica asumir el riesgo de omitir matices que siempre están presentes cuando se analizan actividades complejas como son las que realizan los profesionales del derecho.

¹ Director Administrativo de los Tribunales de Puerto Rico y Juez del Tribunal de Apelaciones. Las expresiones vertidas en este escrito no representan la posición oficial del Poder Judicial de Puerto Rico, ni la de sus jueces, empleados y funcionarios.

1. Los abogados, notarios y jueces interpretan y aplican normas jurídicas

Son varias las similitudes entre abogados, notarios y jueces. Superando las obvias, –como la base académica inicial común–, estos profesionales tienen un rol que, desde sus particularidades, implica interpretar normas jurídicas para aplicarlas a escenarios concretos en los cuales los hechos igualmente pudieran estar en controversia. En cuanto a su relación con el derecho, desde este punto de vista están similarmente situados: interpretan y aplican el derecho.

Aun cuando lo dicho es una obviedad para esta audiencia especializada en el tema, la proximidad operativa entre estas profesiones se plantea para destacar ciertas distinciones. La primera es que la forma en que estos operadores jurídicos interpretan y aplican el derecho está matizada por la manera en que los intereses públicos *vis a vis* los intereses privados de los usuarios interactúan en la actividad que realizan.

Para abogados, notarios y jueces, los intereses públicos tienen enorme relevancia, pues la legitimidad de sus actuaciones supone su conformidad con el derecho. Pero los intereses privados de los usuarios se enfrentan frecuentemente a los intereses públicos. El mayor o menor peso que se adscriba a unos frente a otros dependerá de la función particular implicada.

Al interpretar y aplicar el derecho, el abogado puede asumir un rol incidentalmente variable en beneficio de los intereses de sus clientes, aunque esa variabilidad debe ser racional y razonable jurídicamente. Así, para ser leal a su cliente, el abogado ocasionalmente deberá abogar por la revocación de un precedente judicial o la variación de una disposición legal que quizás en otro caso invocó como la norma aplicable. Pero incluso en estos casos su posicionamiento frente a una norma específica le requiere acudir a criterios jurídicos o principios de superior jerarquía, lo que supone un ejercicio interpretativo dentro de los márgenes del derecho mismo. El notario y el juez, en cambio, deben actuar desde la imparcialidad que les exige apego al derecho y coherencia interpretativa para promover la seguridad jurídica, interés que como funcionarios del Estado vienen llamados a tutelar.

De esta manera, el interés privado de sus clientes tiene un peso significativo y determinante en el trabajo del abogado. Para el notario, por su parte, el interés privado es relevante, pero al final, los intereses públicos, por la naturaleza de la delegación del poder que el Estado le ha conferido, deben prevalecer sobre los privados si están en conflicto, y su espacio interpretativo es menor que el de un abogado. En el caso del juez, los intereses privados se miran con

cautela, pues su rol, no es complacer a las partes, es resolver las controversias a partir del derecho.

La segunda distinción que quiero traer sobre el tema es la posibilidad que tienen estos operadores para promover cambios en el derecho desde sus respectivas actividades. En este punto, me parece que el notario está en desventaja. Aunque puede abogar por cambios en las leyes y normas que regulan su actividad, desde su práctica particular –esto es, al ejercer actividades propias del notariado– ese margen es limitado, si acaso inexistente. No puede otorgar un instrumento público que incumpla exigencias formales aun cuando las crea innecesarias o injustas. Al final su juicio debe ajustarse a lo que dicta la ley.

Por su naturaleza, el ejercicio de la abogacía confiere a los abogados margen para reclamar cambios en el derecho desde la actividad jurídica que le es propia. Puede abogar por la revocación de precedentes, por el reconocimiento de excepciones a una norma, por la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Y claro, el juez, sobre todo, en sistemas como el de Puerto Rico en donde el control de la constitucionalidad es difuso, conserva un margen importante para promover dentro de ciertas circunstancias cambios en las normas jurídicas.

2. Los notarios y los jueces tienen un ámbito de autoridad delegada por el Estado

Notarios y jueces comparten la cualidad de ser funcionarios del Estado. Como tales, son depositarios de una autoridad delegada y realizan una función o servicio públicos. El artículo 8 del código de *Deontología y reglas de organización del notariado* de la Unión Internacional del Notariado (en adelante, “UINL”) expresamente destaca que: “como oficial público el notario debe prestar su Ministerio cuando sea requerido para ello, disponiendo de los medios materiales y humanos necesarios o convenientes para el debido cumplimiento del Servicio Público que su función conlleva”.

La autoridad delegada por el Estado a los notarios en muchos países de tradición civilista presupone un riguroso proceso mediante concurso de oposición similar al exigido a quienes interesan ser jueces o fiscales. En Puerto Rico el proceso es diferente. Curiosamente, para la enorme responsabilidad que representa ser notario y a pesar de sus similitudes con el cargo de juez como garantes de la seguridad jurídica, los requisitos para ser notario son similares a los exigidos para ejercer la abogacía: basta tomar un examen de licenciamiento profesional de Derecho Notarial luego de haber sido admitido a la práctica

de la abogacía y cumplir con ciertos trámites administrativos. Aunque el esquema vigente incluye requerimientos adicionales a los que existían hace unos años, es muy diferente al exigido para ser juez. De esta manera, la delegación de la autoridad que el estado confiere a un notario no está sujeta al cumplimiento de exigencias formales análogas a las exigidas a otros profesionales con responsabilidades de similar envergadura. La admisión a la notaría en Puerto Rico está más próxima al proceso que regula la admisión a la abogacía.

3. Los abogados, notarios y jueces tienen un rol fundamental con la justicia, lo que conlleva necesariamente, apego a valores universales como la libertad, igualdad y la verdad

El preámbulo del Código de Ética Profesional vigente en Puerto Rico exige al abogado “que entienda que el fin primordial de su función como jurista es el servicio a la sociedad, servicio que tiene que estar dirigido principalmente a lograr la existencia real de un orden jurídico íntegro y eficaz y que tiene que estar orientado esencialmente por los principios de vida democrática y de respeto a la inviolable dignidad del ser humano que rigen la convivencia social en el país”².

El artículo 1 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial³ expresa que “las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales”. Y el artículo 35 del mismo código reconoce que “el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho”.

Por su parte, el artículo 5.5 del código de *Deontología y reglas de organización del notariado* de la UINL dispone sobre el tema que “el Notario deberá respetar y proteger los Derechos del Hombre, el medio ambiente (agua limpia y aire limpio como condiciones elementales de la vida), la justicia, la libertad, la verdad, la honradez, y la fiabilidad y deberá guardar secreto profesional”.

Alfonso Cavallé Cruz, explica nítidamente la vinculación del notariado con este mandato deontológico en un extraordinario libro de su autoría cuando afirma que:

² Código de Ética Profesional de Puerto Rico, 4 LPRA Ap. IX (Preámbulo).

³ Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, Cumbre Judicial Iberoamericana (2006). Disponible en: www.cumbrejudicial.org.

El fin último de la función notarial es el servicio a la persona caracterizada por su dignidad, libertad y unicidad. La persona es un fin en sí misma, nunca un medio. El estado y sus instituciones, como el notariado, deben estar al servicio del ser humano y al notario corresponde hacer efectivos, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, relevantes valores superiores entre los que destacan la libertad personal, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad y La Paz social, valores que están en inseparable ligazón con los derechos fundamentales⁴.

Si sustituimos en esta cita la palabra “notario” por la de “juez”, la idea comunicada es igualmente veraz.

4. Los jueces, abogados y notarios tienen una relación de complementariedad en la prevención del conflicto y en la búsqueda de soluciones cuando se presentan

En la etapa preventiva del conflicto, los abogados y notarios ocupan un rol destacado. En la etapa resolutoria del conflicto, los tribunales y los jueces en particular, tienen protagonismo. En el *common law*, además, los dictámenes judiciales de los tribunales de máxima jerarquía adquieren carácter de precedentes, y, por lo tanto, al insertarse en el marco normativo adquieren un rol preventivo del conflicto de manera prospectiva.

El notario, aunque emite juicios, –sobre la verdad de los hechos que se le plantean, la legalidad del acto que se le solicita, la voluntariedad del consentimiento– no juzga ni adjudica derechos con carácter de finalidad entre personas con intereses antagónicos. Esta función compete a los jueces. Pero al asesorar a las personas que ante él comparecen, ilustrar a las personas sobre el derecho y sobre cómo enmarcar jurídicamente las transacciones que interesan realizar, el notario promueve la voluntad individual, garantiza derechos y al hacerlo evita litigios y promueve el acceso a la justicia. De hecho, el artículo 4 del código de *Deontología y reglas de organización del notariado* de la UINL destaca el rol preventivo del notariado al señalar:

Los Notarios, en cuanto delegatarios de una parte de la soberanía del Estado, deberán ejercer su función pública, controlando de manera imparcial, independiente, y responsable, la legalidad de los actos y negocios que se celebran mediante su autorización, prestando con su actuación el servicio público de interés general de seguridad jurídica preventiva, evitando litigios, y contribuyendo al desarrollo económico sostenible, y a la paz social.

⁴ Alfonso Cavallé Cruz, *Fundamentos de deontología notarial*, Editorial Kinnamon, 2020, págs. 33-34

Aun cuando las profesiones jurídicas de abogados, notarios y jueces se integran en un sistema armónico, donde cada una desempeña un rol imprescindible para garantizar el funcionamiento adecuado de la justicia, esta complementariedad no debe confundirse con homogeneidad, ya que las funciones, competencias y objetivos de cada una son específicas e intransferibles y reflejan la singularidad y especialización de cada rol.

El abogado abogará a favor de los intereses de su cliente a quien debe lealtad absoluta. El notario da “a los documentos que redacta, de los cuales él es el autor, y cuya conservación asegura, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva”⁵. El juez interviene cuando los roles preventivos de otros operadores jurídicos no son exitosos. Cada actividad conserva sus cualidades distinguibles.

5. El ejercicio de las profesiones jurídicas supone una buena dosis de eticidad

El comportamiento ético de las profesiones jurídicas no es solo garantía para alcanzar los fines del derecho y evitar la arbitrariedad y la corrupción. Es también necesaria para fortalecer la confianza pública en las instituciones de justicia. Para quien el lenguaje legal es materia oscura, los atributos personales del operador jurídico –sea juez, notario o abogado– tienen un peso significativo en la evaluación de la competencia y calidad de los servicios que recibe.

No basta conocer el derecho, es importante también tener tributos personales que generen confianza.

El prestigio personal o los atributos morales, así como las facultades formalmente delegadas son fuente de la autoridad judicial. En el notario de tipo latino ambas exigencias –la *auctoritas* y *potestas* del derecho romano–, son igualmente exigibles.

La adopción de códigos de ética para abogados, notarios y jueces, de manera diferenciada, reconoce la diversidad de los conflictos éticos que pueden generar sus respectivas actividades.

⁵ Art. 3.1, *Deontología y reglas de organización del notariado*, Unión Internacional del Notariado (2013).

6. Los principios de independencia e imparcialidad son principios de superior jerarquía en el desempeño de la profesión de notario y de juez. Pero el principio de independencia del notario tiene una dimensión menos abarcadora que la exigida a los jueces

Según el artículo 10 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial “el juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio”. A tono con ello, el artículo 3 de dicho código modelo expresa que “el juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias –directas o indirectas– de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial”. Este acercamiento coincide con una de las acepciones del concepto “independencia judicial” reconocida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Republican Party of Minnesota v. White*⁶.

El artículo 5.3 del código de *Deontología y reglas de organización del notariado* de la UINL no define al notario imparcial. Pero exige a quien ejerce la notaría “ser imparcial en su actuación respecto de las partes y de los que aunque no intervengan puedan verse afectados, con el objetivo de preservar la seguridad jurídica de estas”. Le requiere, además, una “imparcialidad activa”, que le obliga a compensar “el déficit o las asimetrías informativas de las partes, con especial atención a la parte contratante más necesitada de su información asesoramiento y de su consejo profesional”.

Este último deber se asemeja a la exigencia que el canon 11 del Código de Ética Judicial de Puerto Rico impone a los jueces al recordarles que “es ministerio fundamental de la Judicatura velar por que no se cometa una injusticia”, razón por la cual, añade, “las juezas o los jueces son partícipes en la búsqueda de la verdad y la determinación de lo que es justo. A esos fines, deberán intervenir durante el curso de cualquier procedimiento judicial para evitar dilaciones injustificadas, para esclarecer cualquier asunto o impedir una injusticia”⁷. Como se aprecia, la imparcialidad exigida a notarios y a jueces genera deberes frente a las partes.

⁶ 536 US 765, 775-776 (2002) (“One meaning of “impartiality” in the judicial context-and of course its root meaning-is the lack of bias for or against either party to the proceeding. Impartiality in this sense assures equal application of the law. That is, it guarantees a party that the judge who hears his case will apply the law to him in the same way he applies it to any other party”).

⁷ Código de Ética Judicial de Puerto Rico, 4 LPRA Ap. IV-B, C. 11.

En cuanto al principio de independencia, el artículo 5.4 del código de *Deontología y reglas de organización del notariado* de la UINL destaca que “el notario deberá actuar con independencia respecto de las partes y de la Administración, aunque nunca en perjuicio de la misma”. Así descrito, el principio también genera deberes frente a las partes. Implica no depender de las partes otorgantes, condición que se alcanza con independencia organizativa y económica y mediante el sistema arancelario establecido para retribuir a los notarios.

Este acercamiento al principio de independencia del notario es distinguible del principio equivalente en la ética judicial. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial destaca en su artículo 2 que “el juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”.

Así, mientras la independencia judicial tiene una triple dimensionalidad que obliga al juez a resolver conforme al derecho sin que factores externos al poder judicial, internos al propio poder judicial, y en una dimensión más íntima, sin que sus preconcepciones y prejuicios reñidos con el derecho influyan en su actividad, en el ámbito de la ética notarial, la independencia se enmarca en la ausencia de dependencia hacia las partes.

7. Para la judicatura, ser y parecer son dos caras de una misma moneda. El principio de imparcialidad exigido al notario hace relevante la apariencia en la actividad notarial

La apariencia de conducta impropia como criterio para imputar una violación ética tiene defensores y acérrimos detractores, sobre todo en el ámbito de la ética de la abogacía. Aunque no hallé la expresión “apariencia” en el código de *Deontología y reglas de organización del notariado* de la UINL me parece que está subsumida en la exigencia de observar el principio de imparcialidad y en el artículo 5.1 preceptivo de que “los Notarios deben mantener una actitud personal ética en el ejercicio de su función que dignifique su persona y la Institución de la que forman parte, absteniéndose de comportamientos que conlleven la pérdida de la confianza de los ciudadanos en la Institución notarial o sean contrarias a la dignidad del Notariado”. La precepción pública influye en el prestigio de una persona, lo que contribuye a la mayor o menor confianza que inspira la institución a la que pertenece. La apariencia es relevante en la actividad notarial y en la judicial.

8. A diferencia de la mayoría de los países en donde existe el notariado latino, en Puerto Rico, los abogados pueden ejercer también como notarios, lo que genera riesgos debido a ciertas incompatibilidades entre ambos roles

En Puerto Rico, la práctica de la abogacía puede combinarse con el ejercicio de la notaría. Pero el abogado, por su propia naturaleza aboga desde el derecho por los intereses de un cliente, para lo cual elabora una estrategia legal parcializada hacia la causa de su cliente. La actividad notarial, en cambio, parte de una independencia e imparcialidad frente a las partes otorgantes. El conflicto entre ambas facetas está latente. El Tribunal Supremo de Puerto Rico así lo ha destacado⁸.

La experiencia en Puerto Rico sugiere que un jurista consciente de las limitaciones que le imponen la ley y la ética en cada faceta puede desempeñar ambas actividades. Pero como indico, es necesario que sea consciente de los distintos roles y del marco que delimita las correspondientes fronteras.

9. Los retos que los notarios, abogados y jueces deberán enfrentar en las próximas décadas son comunes

La inteligencia artificial y su uso en las profesiones jurídicas, la crisis de confianza en las instituciones de justicia, los atentados contra la independencia de las instituciones de justicia establecen una agenda común para todos los funcionarios de la justicia.

¿Podría la inteligencia artificial en las décadas venideras sustituir a los humanos en algunas actividades realizadas por abogados, notarios y jueces?

¿Qué rol deben asumir los abogados, notarios y jueces frente a los atentados contra la independencia de las instituciones judiciales?

¿Cómo pueden los operadores jurídicos ampliar la confianza ciudadana en las instituciones de justicia?

El diálogo sobre estos temas no está agotado.

⁸ Véanse, *In re: Hernández Rosario*, 170 DPR 103 (2007); *In re: Avilés Cordero y Tosado Arocho*, 157 DPR 867 (2002); *In re: Ramos Bonet*, 153 DPR 296 (2001); *In re: Cardona Álvarez*, 133 DPR 588 (1993); *In re: Colón Ramery*, 133 DPR 555 (1993).

CONCLUSIÓN

A pesar de notables diferencias, la actividad notarial y la judicial tienen objetivos comunes que parten de la primacía de valores universales como la justicia, la igualdad y la verdad. Al prevenir y remediar conflictos y promover la seguridad jurídica, ambas profesiones contribuyen a la paz social. Además, la calidad de su trabajo requiere adhesión a principios éticos, entre los cuales la imparcialidad e independencia son determinantes. La ampliación de las esferas de la actividad notarial a algunos asuntos no contenciosos que históricamente han supuesto la intervención judicial encuentra apoyo en esas convergencias, aun cuando esta proximidad no borra del todo las fronteras entre los ámbitos de la exclusiva competencia de los jueces y de los notarios.





PROF. DR. JENS BORMANN, LL.M

ALEMANIA



Jens Bormann, doctor en derecho (Universidad Albert Ludwig de Friburgo), LL.M. (Harvard), es notario en Ratingen y profesor visitante en la Universidad Leibniz de Hannover. Actualmente es Vicepresidente de la UINL para Europa. Ex-Presidente del Colegio Federal de Notarios de Alemania..

EL NOTARIO COMO EX ANTE JUEZ

I. Introducción

Considerar al notario de derecho civil como equivalente al notario público de los Estados Unidos es al menos engañoso. En términos funcionales, el notario de derecho civil está más cerca de una institución que podría llamarse juez ex ante o, como lo expresamos en el título del breve Explainer de Philip Bender y mío: "Juez sin litigio", proporcionando justicia sin litigio. En las siguientes líneas, elaboraré este enfoque comparativo funcional y, basándome en las ideas de nuestro libro, señalaré por qué los notarios de derecho civil se explican mejor como jueces ex ante. Lo haré destacando cinco características centrales: neutralidad, independencia, supervisión, ejercicio del poder público y pacificación social.

II. Neutralidad

A diferencia de los abogados, los notarios son neutrales. No representan a una parte sino al interés común de todos los involucrados en una transacción. En ese sentido, han sido descritos como "abogados de la situación", tengo en mente el estudio de Murray y Stürner en cuyo título se refieren a este famoso concepto

de Brandeis. La expresión de un "abogado de la situación" resume el carácter bipartidista del notario y apunta al hecho de que los notarios, al igual que los jueces, no tienen "clientes" sino "casos" -otra palabra para "situación"- que tratar.

La decisión de un sistema legal de prever un experto legal público y neutral en la etapa transaccional tiene beneficios significativos. En lugar de que cada parte tenga que pagar a su abogado, las partes pueden dividir los costos de un experto legal. Esto reduce los costos de transacción y, por lo tanto, fomenta una asignación eficiente de bienes.

III. Independencia

La independencia institucional es el corolario de la neutralidad sustantiva de los notarios. Al igual que los jueces, los notarios deben poder evitar las dependencias económicas de las partes y afirmar su independencia de otros poderes del Estado.

1. Independencia de las partes

Si el número de notarios y sus honorarios se dejaran al mercado, la independencia de las partes probablemente sería inexistente. Las partes no podrían confiar en la neutralidad de los notarios. En el contexto de una feroz competencia por los servicios legales, el precio de mercado se acercaría al costo de producción del servicio legal, excluyendo del mercado a las partes más débiles y pobres. El asesoramiento de calidad probablemente se concentraría en las grandes ciudades. Las zonas rurales se quedarían atrás. Puedes observar este fenómeno al recurrir a grandes bufetes de abogados. Su asesoramiento legal de alto nivel se concentra en Nueva York, Chicago y el Área de la Bahía y es poco probable que las partes pobres que tengan la suerte de no calificar como un caso pro bono se conviertan en clientes de grandes bufetes de abogados.

Esta situación es inaceptable para los servicios notariales. Por lo tanto, un estricto control de entrada basado en los principios de meritocracia y distritos geográficos debe limitar el número de notarios en el mercado. Además, las tarifas notariales no pueden dejarse para la negociación. En cambio, las tarifas fijas, teniendo en cuenta la utilidad marginal decreciente del dinero, deben garantizar la independencia económica de los notarios. Al igual que las tasas judiciales son fijas y dependen del valor de la demanda, las tarifas notariales deben seguir los mismos principios. De esa manera, los ricos subvencionan a los pobres y el sistema legal garantiza el acceso a la justicia para todos.

2. Independencia del gobierno

La independencia también significa independencia del gobierno: el juez como representante del poder judicial debe estar protegido contra las intrusiones gubernamentales y las instrucciones sobre cómo decidir un caso. En la forma en que aplica la ley, el juez no debe responder a los deseos o directivas de un superior. Un juez no puede integrarse en una jerarquía gubernamental sin sacrificar el papel central del poder judicial para el estado de derecho.

Del mismo modo, el notario no debe estar sujeto a las órdenes del gobierno sobre cómo debe redactar un contrato y sobre si debe implementar esta o aquella preferencia de las partes. En cambio, el notario ejercerá su poder de redacción únicamente limitado por los límites de la ley y las preferencias conjuntas de las partes.

Esta independencia judicial y notarial permite a las partes confiar en la neutralidad del juez o el notario. En el caso del notario, esta distancia con el gobierno es de especial importancia porque las partes confían al notario su información más privada. Las familias y las empresas deben estar seguras de que el notario respeta los más altos estándares de privacidad de datos y que la información crítica no llegará a funcionarios públicos sin el consentimiento de las partes. Es por ello que los países de derecho civil, en general, incluso permiten al notario organizar su oficina de forma independiente, elegir a los empleados que desea elegir y cobrar directamente las tarifas a las partes.

IV. Supervisión

La independencia institucional no significa anarquía. Por el contrario, la independencia solo se justifica como un medio para permitir a los notarios cumplir plenamente con sus obligaciones legales.

1. Responsabilidad disciplinaria

Aunque los notarios son independientes dentro de los límites de la ley, el cumplimiento de sus deberes éticos y legales debe controlarse estrictamente. Es por ello que los notarios están sujetos a la supervisión de los ministerios de justicia, los tribunales y las cámaras profesionales. Las violaciones acarrearán severas sanciones disciplinarias que también pueden conducir a la destitución de un notario.

2. Responsabilidad penal y civil

Además, los notarios están, por supuesto, expuestos a la responsabilidad civil y penal. Su desempeño no solo está sujeto a los delitos que puede cometer cualquier persona, sino también a los delitos para los cuales es necesario ser

funcionario público. Este es, una vez más, un aspecto que acerca a los notarios más a los jueces que a los profesionales jurídicos privados.

V. Ejercicio del Poder Público

En los países de derecho civil, los notarios ejercen un poder público que en los países de derecho consuetudinario se deja al poder judicial u otras autoridades públicas.

1. Proporcionar títulos para la ejecución hipotecaria

El aspecto central en este contexto es el hecho de que los instrumentos auténticos notariales, en general, proporcionan un título para la ejecución hipotecaria. En ese sentido, son como sentencias anticipadas o sentencias de mutuo acuerdo. Si un comprador acepta pagar una determinada cantidad de dinero en un instrumento auténtico notarial y si ese comprador no paga, el vendedor no necesita demandar al comprador ante los tribunales. En cambio, puede llamar inmediatamente al alguacil, o a quienes ejecutan las sentencias. Este es, una vez más, un aspecto que reduce los costos de litigio. Las partes solo acuden a los tribunales cuando su reclamo está realmente en disputa entre ellas, lo cual es raro cuando un notario intervino en la redacción porque está capacitado para evitar la ambigüedad. En otros casos, el hecho de que exista un título similar a una sentencia desde el principio aumenta la probabilidad de cumplimiento de las obligaciones contractuales. Si una parte simplemente no puede pagar, permite a la otra parte cobrar lo que queda sin la necesidad de ir a los tribunales solo para producir un título.

2. Guardianes de los registros

En los países de derecho civil, a menudo también es una tarea judicial llevar diferentes tipos de registros: registros de la propiedad y registros mercantiles. El registro de la propiedad contiene la información central sobre la propiedad inmobiliaria, es decir, la ubicación y el tamaño, el propietario, las servidumbres y otras cargas, así como las hipotecas. El registro mercantil es prueba de la existencia de la empresa, sus accionistas y sus directores. De esa manera, las personas no necesitan invertir en costosas opiniones legales, búsquedas de títulos, seguros de títulos y certificados de buena reputación. Los registros reducen significativamente los costos de transacción.

Los notarios son los guardianes de estos registros. Filtran la solicitud de registro y solo reenvían las que realmente se pueden registrar. En su calidad de guardianes de los registros, ejercen un poder público similar al de los jueces o autoridades que realmente administran el registro.

3. Realizar funciones judiciales estrictamente hablando

Más allá de la función notarial central de producir títulos, hay una serie de tareas que realizan los notarios que alivian al poder judicial y que, en general, se consideran funciones judiciales. Por ejemplo, en algunos países, los notarios pueden declarar casados o divorciados. Además, los notarios realizan inventarios en casos de sucesiones y participan en el proceso de recolección de pruebas. Finalmente, los notarios a veces actúan como llamados comisionados judiciales, cumpliendo tareas específicas delegadas por los tribunales. Este aspecto a veces se discute bajo la etiqueta de "desjudicialización", aunque la noción es problemática porque los notarios son, como jueces *ex ante*, parte del poder judicial en sentido amplio.

VI. Pacificación

Quizás la característica compartida más central entre notarios y jueces es que ambas instituciones contribuyen a la pacificación de la sociedad.

1. La administración preventiva de justicia

El juez resuelve las disputas existentes decidiendo sobre su resultado de manera autoritaria *ex post*. De esa manera evita la venganza privada y la interminable contravenganza. El notario actúa para prevenir que surjan conflictos en primer lugar *ex ante*. Lo hace asegurando que se apliquen las preferencias reales de las partes, protegiendo a la parte más débil, especialmente a los consumidores. También se asegura de que las preferencias se apliquen, en la medida de lo posible, de manera inequívoca y que estén contenidas en un documento que demuestre todos los aspectos centrales de la transacción. De esa manera, los notarios reducen significativamente las razones para litigar, es decir, la determinación de los derechos y deberes legales *ex post*. Finalmente, los notarios evitan conflictos que surjan de la falta de voluntad o la incapacidad de cumplir con obligaciones contractuales inequívocas porque los instrumentos auténticos son, como se mencionó anteriormente, títulos para la ejecución hipotecaria.

2. Mediación

El legislador también tiene en cuenta el potencial pacificador de la intervención notarial en otros contextos. Por ejemplo, en Baviera, las personas que buscan demandarse entre sí por disputas vecinales o por insultos, previamente deben ver a un notario en su calidad de mediador. En estos escenarios, el notario actúa como un juez en una fase del litigio cuando las partes desean llegar a un acuerdo.

VII. CONCLUSIÓN

En resumen: al abordar la institución de los notarios de manera comparativa funcional, se los describe mejor como jueces ex ante. Su neutralidad, su independencia, su supervisión, el ejercicio del poder público y el objetivo de pacificar la sociedad contribuyen a esta caracterización de los notarios. Son expertos transaccionales altamente calificados, que están más cerca de los jueces que de los abogados o notarios públicos de derecho consuetudinario en la forma en que desempeñan sus funciones. Es precisamente su estatus profesional similar al de un juez lo que permite a los sistemas legales aprovechar las ventajas económicas de esta antigua institución legal.





NOT. DRA. CRISTINA N. ARMELLA¹

ARGENTINA



Cristina Armella fue Presidenta de la UINL para el período 2021-2023. Es notaria de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, y Profesora de "Contratos Civiles y Comerciales" y "Notariado, Registral e Inmobiliario" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Rector de la Universidad de Buenos Aires y ex Presidenta de la Academia Notarial Americana de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL.

EL NOTARIO COMO ALTERNATIVA AL JUEZ EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

I. Plan de acción del Presidente de la UINL, Not. Lionel Galliez (2023-2025)

La Unión Internacional del Notariado (UINL) conjuntamente con el Colegio de Notarios de Puerto Rico ha convocado al "Segundo Diálogo entre Sistemas Jurídicos del Derecho Civil y del Derecho Anglosajón" continuando con el proyecto del actual Presidente de la UINL, Not. francés Lionel Galliez, que comenzó con la reunión de Londres, Inglaterra, el 26 de setiembre de 2023, organizado conjuntamente con la "Society of Scrivener Notaries", que se celebró en la histórica sala de la "Apothecaries Company", con la participaron de altos representantes de los organismos notariales de derecho civil y del "common law".

La razón de ser de este proyecto radica en que los notarios² que ejercen bajo distintos sistemas jurídicos puedan profundizar su conocimiento recíproco en tanto,

¹ La Notaria Cristina N. Armella es Presidenta Honoraria de la UINL, Doctora en Derecho Notarial de la Universidad Notarial Argentina, Profesora Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado de la República Argentina, notaria, docente, académica, investigadora, autora, consultora y asesora legislativa, con profusa actividad en los ámbitos nacional e internacional.

con independencia del régimen legal aplicable, todos reconocen la misma finalidad cual es consolidar el valor seguridad jurídica que es universal, aunque existen algunos Estados, cuyos gobiernos no lo respetan.

En Londres el tema fue “*el valor añadido de la intervención del notario en las transacciones privadas y comerciales, en particular el valor probatorio del documento notarial y su valor probatorio en las distintas jurisdicciones*”.

En San Juan de Puerto Rico, el 5 de diciembre de 2024, abordamos el tema del *Notario o Abogado ¿Compiten o se complementan sus funciones en asuntos no contenciosos? El valor añadido de la intervención notarial*, que nos ha dado la oportunidad de tratar los roles del notario y del abogado y aun considerar al notario como magistrado extrajudicial.

Es de destacar que el escenario brindado por el Colegio de Notarios de Puerto Rico³ fue el más propicio. En primer lugar, porque como país, Puerto Rico, es un Estado libre asociado a Estados Unidos. Así, los puertorriqueños nacidos dentro de ese territorio, tienen nacionalidad estadounidense. No obstante, a raíz de sus orígenes hispánicos (por la colonización del Reinado de España a partir del siglo XV), el sistema jurídico que rige es el derecho civil al que se le adicionó, posteriormente, el derecho anglosajón, especialmente por la aplicación del “leading case” o precedente jurisprudencial de los Estados Unidos dados los cambios políticos acaecidos. A todo ello se adiciona que los notarios y notarias de ese país tienen competencia material para ejercer el notariado y la abogacía en forma simultánea, concurrente y no excluyente, tal como sucede en otros países, con carácter excepcional, cuyos notariados son, también, integrantes de la UINL.⁴

Entre otros disertantes de América y Europa, contamos con la invalorable mirada de dos eximios profesores Peter L. Murray, de la Facultad de Derecho de Harvard, de EEUU y Rolf Sturner, de la Universidad de Friburgo, Suiza y con la experiencia de dos notarios abogados, la Not. Lorena Flores Estrada de Guatemala, primera Presidenta mujer de Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial y el Not. Dennis Martínez Colón, de Puerto Rico, Vicepresidente de la UINL para América del Norte, Central y el Caribe. Por mi parte, compartí

² Se advierte al lector que en cada oportunidad que se utiliza el vocablo “notario” se considere no solo al notario varón sino también a la notaria mujer, en igualdad de oportunidades.

³ Destaco el profesionalismo y la eficiencia en la organización del evento por parte del Presidente del Colegio de Notarios de Puerto Rico, el Not. Arsenio Comas Rodón; la Directora Ejecutiva, Not. Virmarily Pacheco Rivera y los Consejeros Generales de la UINL, Dennis Martínez Colón, Vicepresidente de la UINL para América del Norte, Central y el Caribe y del Not. Manuel Perez Caballer, Secretario de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL.

⁴ En América del Sur, solo Uruguay, en América Central: Honduras, Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica, y en el Caribe: República Dominicana y Puerto Rico.

panel con el Director Administrativo de los Tribunales de Puerto Rico, Sigfrido Steidel Figueroa y con el Vicepresidente de la UINL para Europa y Presidente de la Cámara Federal de Notarios de Alemania, el Profesor Jens Bormann, quienes tuvimos a nuestros cargo analizar el tema del notario como magistrado extrajudicial.

II. Acuerdo de colaboración entre la Unión Internacional del Notariado (UINL) y la Unión Internacional de Magistrados (UIM-IAJ)⁵

A los efectos de analizar el tema que se nos indicó, entendí muy oportuno iniciar con un dato de la historia reciente de nuestra UINL y su vinculación con la UIM. Es de destacar que la UINL mantiene relaciones institucionales con otras organizaciones mundiales, continentales y regionales como Naciones Unidas y sus agencias, UNWOMEN, UNICEF, FAO, con la OEA (Organización de Estados Americanos), con la Unión Europea, con ALADI, entre muchas otras.

A. Las organizaciones internacionales vinculadas

La Unión Internacional del Notariado (UINL) es una organización internacional no gubernamental cuyo origen se reconoce en ocasión del Primer Congreso Internacional del Notariado que se celebró en Buenos Aires, República Argentina, en octubre de 1948, instituyéndose el día internacional del notariado al 2 de octubre de cada año.

Actualmente la integran noventa y dos notariados miembros⁶ que se desarrollan en países de cinco continentes (América, África, Europa, Asia y Oceanía), todos ellos regidos por los principios y fundamentos del notariado de tipo latino.⁷ Los sistemas jurídicos imperantes en estos países son de derecho civil y en los casos en los cuales, los ordenamientos jurídicos reconocían otras fuentes, debieron adaptar su normativa para cumplir con los principios de la latinidad aplicados al derecho notarial. Como expresamos su Presidente es el Not. Galliez (2023-2025).

⁵ La sigla cambia si se la considera en idioma español -Unión Internacional de Magistrados - o en idioma inglés -International Association of Judges.

⁶ En la Asamblea de Lisboa, el 9 de noviembre de 2024, se ha incorporado el notariado de Burundi, de África Oriental, alcanzando así el número de noventa y dos notariados miembros.

⁷ Los principios y fundamentos del notariado de tipo latino, así como los Estatutos y Reglamento de la UINL, pueden ser consultados en el sitio web "uinl.org".

La Unión Internacional de los Magistrados (UIM-IAJ), *“fue fundada en Salzburgo, Austria, en 1953. La UIM es una organización internacional profesional y apolítica que reúne asociaciones nacionales de jueces, y no a jueces individualmente,”*⁸ a la fecha la integran noventa y dos miembros y su principal objetivo es la salvaguarda de la independencia de las autoridades judiciales. *“La independencia de la judicatura es un requisito esencial de la función judicial y es una garantía del respeto por los derechos humanos y la libertad.”*⁹

Su actual Presidente, electo en Taipei en el año 2023, es el Dr. Duro Sessa, Juez de Croacia y su Secretario General es el Dr. Giacomo Oberto, Juez de Turín, quien ya lleva seis mandatos consecutivos al frente de la institución.

Estas dos organizaciones internacionales, una en el ámbito del notariado mundial y otra vinculada al ámbito de la justicia reconocen finalidades en común regidas por la defensa de los derechos humanos y es por ello que existe entre ambas una vinculación institucional de larga data que se ha coronado con la celebración de un **ACUERDO DE COLABORACIÓN**, suscripto en Brasilia, República Federativa del Brasil, el 9 de noviembre de 2023, en ocasión de las realización de las reuniones institucionales de la UINL, especialmente en el marco de la Asamblea anual de los notariados miembros.

B. Objetivos del acuerdo¹⁰

El fin principal del acuerdo es alcanzar los objetivos de buena administración de justicia y descongestión de los tribunales por medio del trabajo conjunto, tendiente a que se trasvasen competencias no contenciosas actualmente en la órbita judicial a los notariados nacionales.¹¹

Analizamos los cuatro objetivos más significativos.

1. *“Continuar intercambiando información sobre sus actividades y reflexiones en materia de DESJUDICIALIZACIÓN, entendida como el movimiento destinado a descargar a los tribunales de una serie de tareas no contenciosas y a dotar de mayor eficiencia a la administración de justicia ...”*.

El tema central del convenio es la “desjudicialización” ampliamente estudiado por el notariado mundial. La actividad jurisdiccional a nivel nacional se ve

⁸ Al respecto consultar su sitio web, en <https://www.iaj-uim.org>.

⁹ Idem nota 8.

¹⁰ El texto completo del acuerdo se puede consultar en el Anexo I de este mismo trabajo, al final.

¹¹ Advierto al lector que en este aporte no expongo nada acerca de las herramientas tecnológicas y aun de inteligencia artificial que se están implementando tanto en la administración de justicia como en el ejercicio del notariado, ya que ello no modifica las consideraciones fundantes de la conclusión. Si bien tales herramientas resultan eficientes en ambos ámbitos, no modifican la esencia de lo relatado.

sobrepasada de causas controvertidas que necesitan de la actividad de los jueces en tiempo y forma para que puedan dirimir los conflictos y transitar las revisiones de alzada en búsqueda de la definitiva solución de dar a cada uno lo suyo, haciendo justicia en el caso concreto. Al mismo tiempo, el observador puede aseverar que existen temas atribuidos a las competencias materiales de los jueces pero que, en su propia esencia, no son contenciosos.

Si todo ese cúmulo de tareas fuesen transferidas a la actividad notarial, el aligeramiento del número de causas judiciales a atender disminuiría y posibilitaría que la justicia, con la misma cantidad de recursos humanos y económicos, se mostrara como más eficaz y eficiente. Para que ello fuera posible se impone un profuso cambio de información entre estos organismos internacionales que cuentan con el conocimiento del derecho comparado de cada Estado y las leyes que regulan esta materia con más la organización de la Justicia nacional y sus estadísticas. Todo ello permite reflexionar y proyectar soluciones con bases de datos confiables.

2. *“Trabajar juntos para elaborar recomendaciones dirigidas a los poderes públicos, con el fin de prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo de los tribunales; ...”.*

La investigación de los grupos de trabajo, los equipos que conforman las comisiones temáticas, los aportes presentados a los Congresos Internacionales, tanto de la UINL como de la UIM, conforman un rico material de estudio que posibilita delinear los proyectos tendientes a la modificación de las legislaciones nacionales.

No obstante, se impone advertir que tales resultados, de una u otra organización, carecen de fuerza vinculante para los Estados cuyas organizaciones locales notariales y/o judiciales los integran.

Por ello, el único camino que existe a los efectos de poder influir en los cambios legislativos necesarios, es el convencimiento que estas organizaciones internacionales conjuntamente con las organizaciones locales competentes puedan concretar con los poderes de los Estados, principalmente con el Poder Legislativo y/o el Poder Ejecutivo, según sus específicas áreas de atribución de facultades.

Aliviar la “excesiva carga” de trabajo de los tribunales implica que se pergeñen políticas públicas en el área de la justicia tendientes a delimitar con precisión qué caso debe ser atendido por el juez quien aplicará el derecho e impartirá justicia y que caso puede ser atendido por otro profesional del derecho a cargo de una función pública, como es el propio notario.

3. *“Proponer soluciones a los poderes públicos para hacer frente a la congestión de los tribunales, en particular definiendo las tareas y materias que podrían ser objeto de una transferencia de competencias entre el juez y el notario, o de un reparto de competencias entre las profesiones;”*

La investigación, el estudio, los debates y las conclusiones no pueden ser solo teóricas. Es necesario el análisis pormenorizado de los supuestos o casos que conforman un colectivo, un universo, como objeto de estudio, en un determinado tiempo y espacio. Razón por la cual, la teoría que se aplica a la problemática en abstracto y aun con carácter universal, debe ser aplicada también a la realidad de cada ámbito de la justicia nacional y aun dentro de un mismo país a distintas materias y jurisdicciones.

Lo que tienen en común las organizaciones internacionales vinculadas a través de este acuerdo es que ambas mantienen un organigrama interno distribuido en comisiones que se ocupan de cada uno de los continentes y aún más, comisiones intercontinentales que analizan una materia determinada. Ello permite, con la estrecha colaboración de sus miembros, tener un conocimiento acabado de la experiencia de cada país en el tema del que se trate.

Las soluciones que deben proponerse, si bien deben estar fundadas en los principios y fundamentos tanto del notariado como de la administración de justicia, y en la defensa a ultranza de los derechos humanos, no serán posibles de concreción si no son idóneas para la realidad de un determinado país.

Por ello es fundamental conocer de la cotidianeidad las necesidades imperantes y al proponer una reforma, se impone analizar acabadamente sus flaquezas y sus fortalezas. Nada de esto es realizable si no se conocen los ordenamientos legales locales y los casos judiciales ventilados en un determinado período de tiempo, con más las estadísticas por temas, competencias, número y duración de los procesos judiciales, revisión de sentencia, entre otros temas trascendentes.

Actualmente las distintas áreas de trabajo de la UINL se están ocupado de todo ello en una etapa primigenia cual es la de recolección de datos.

4. *“Estudiar las posibilidades y perspectivas de colaboración entre las profesiones, en particular en materia de DESJUDICIALIZACIÓN;”*

En lo personal prefiero utilizar el vocablo “función pública” y no “profesión”, en el entendimiento de que el notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública notarial con competencia de dar fe de los actos jurídicos que pasan en su presencia o que cumple personalmente como así tam-

bién en la comprobación de hechos bajo las mismas circunstancias. El juez es un profesional del derecho a cargo de la función pública de administrar justicia, dirimir el conflicto y concretar la equidad en el caso concreto.

En el primer caso hablamos de “justicia preventiva” en el segundo caso hablamos de “justicia reparadora o sancionatoria”.

Este cuarto objetivo encierra en sí mismo más que un dilema de futuro, un tema filosófico.

¿Somos capaces quienes por vocación asumimos estos roles dentro de cada sociedad de nuestros países jurídicamente organizados de hablar de “desjudicialización” con convencimiento y desplazando cualquier otro interés que no sea idear lo mejor para los habitantes de cada uno de nuestros Estados? ¿Se podrán cumplir los objetivos?

Seamos entusiastas.

III. Ámbitos de la desjudicialización

Desde que el Derecho Notarial alcanzó su calificación de rama del Derecho autónoma los estudios especializados han hablado de “jurisdicción voluntaria”. Rápidamente la doctrina autorizada criticó la expresión en tanto se integra con dos conceptos opuestos, la palabra “jurisdicción” que implica actividad judicial tendiente a dirimir el conflicto y “voluntaria” que evidencia su disponibilidad entre particulares. Por ello, la designación del concepto migró hacia “intervención notarial en asuntos no contenciosos”.

Hecha esta advertencia, entiendo que se impone delimitar lo más precisamente posible, la materia que nos ocupa.

A. La desjudicialización de los conflictos

El notariado constituye una alternativa para la ciudadanía a efectos de resolver conflictos. El notariado propone la negociación como mecanismo para alcanzar la seguridad jurídica y la paz social. Es de advertir que más modernamente las legislaciones locales de organización de los notariados les han conferido a los notarios la competencia material que les permite intervenir en la resolución alternativa de conflictos, como, por ejemplo, la mediación.

En estos casos, existe el conflicto y en vez de ventilarlo judicialmente, se reconoce modos alternativos y previos, tendientes a lograr el acuerdo entre las

partes que les evite llegar a dirimir ese mismo conflicto ante la justicia competente, lo que, en muchos casos implica un enorme esfuerzo económico, de tiempo y el despliegue de una actividad personal en un ámbito que no es amigable para el justiciable.

Los ámbitos alternativos de resolución de conflictos en manos del notariado gozan de todas las características del ejercicio del notariado: secreto profesional, imparcialidad, asesoramiento, prestación del consentimiento perfectamente informado, fe pública, instrumentación auténtica, entre muchos otros.

B. La desjudicialización de la justicia

Como vengo sosteniendo el notariado constituye una alternativa válida para transferir materias no contenciosas de competencia judicial al ámbito extrajudicial.

Este es el núcleo de nuestro interés. Detectar qué temas no contenciosos que impactan en el desarrollo de la persona humana, de las empresas o del propio Estado en todas sus manifestaciones, son los que se encuentran, de acuerdo a la legislación local o nacional, bajo el ejido de la justicia.

Solo para mencionar algunos, es suficiente enunciar los cambios de nombre de las personas humanas, los consentimientos para las prácticas de las técnicas de la reproducción humana asistida, la designación de apoyos en casos de personas humanas con capacidades restringidas, todas las modalidades de protección de la vivienda, la declaración de divorcio en procesos no controvertidos, la separación de patrimonios en casos de divorcios, la tramitación de los procesos sucesorios ante el fallecimiento de la persona humana con o sin testamento, entre muchos otros. Siempre claro está que no haya controversia y con la posibilidad sobreviniente de que, en caso de acaecer entre los interesados, siempre exista la posibilidad de acudir a la jurisdicción judicial.

IV. Los nuevos paradigmas del siglo XXI

Pretendo fundamentar la figura del notario como la de un magistrado extrajudicial. Si bien la afirmación podría interpretarse como excesiva, partiré de los siguientes parámetros interpretativos que son trascendentes para este tema. Los nuevos paradigmas del siglo XXI.

Enumero sólo algunos y no todos los que considero los nuevos paradigmas de derecho privado en este siglo XXI y que responden a los cambios que se

han venido produciendo desde la última parte del siglo anterior. Quienes nos dedicamos al estudio y la investigación de las ciencias jurídicas advertimos que (tanto en la República Argentina, como en muchos otros países, en especial en el área americana), podemos afirmar que lo más trascendente ha sido que los principios constitucionales y de los tratados internacionales han permeado en el derecho interno de nuestras naciones.

A. La constitucionalización del derecho privado

Las reformas constitucionales que han sobrevenido a partir de la mitad del siglo anterior han tenido como finalidad la actualización de sus textos decimonómicos basados especialmente en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Advertimos como el foco de interés del derecho viró hacia la persona humana, que se ha convertido en el centro de atención de todo ordenamiento jurídico moderno con la finalidad de garantizar y proteger sus derechos humanos.

B. Los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos

A partir de las dos guerras mundiales acaecidas durante el siglo XX, se tuvo como objetivo crear organizaciones internacionales que pudieran prevenir y evitar conflictos armados que pudieran reiterar el horror de aquellas experiencias.

Es así como en la década de 1940 se crearon las organizaciones internacionales de Naciones Unidas (UN) y en América, la Organización de los Estados Americanos (OEA). También en 1948 se dictó la Declaración de los Derechos del Hombre por UN.

Un hito fundamental de la historia reciente fue la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados que regula el proceso de elaboración, interpretación, entrada en vigor, nulidad y terminación de los tratados internacionales.

La República Argentina es ejemplo de ello, en tanto la última reforma constitucional de 1994, en su artículo 75, inciso 22, determinó:

“CAPÍTULO CUARTO. Atribuciones del Congreso. Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

La riqueza del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Argentina nos releva de cualquier otro comentario. Es evidente, que a esta altura del desarrollo del pensamiento jurídico, los derechos humanos adquirieron un protagonismo especial.

No obstante, la incorporación de todos los principios y fundamentos de las convenciones y tratados internacionales con jerarquía constitucional no se introdujeron en el derecho privado argentino hasta que la reforma legislativa se produjo. Y ello se concretó, en parte, a partir del 1° de agosto de 2015, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994).

C. La calificación notarial de la convencionalidad internacional

Desde la reforma constitucional del 1994 y hasta la aplicación del nuevo ordenamiento jurídico unificado en el Código Civil y Comercial de la Nación, han existido otras modificaciones legislativas que regularon materias vinculadas a los derechos humanos, en especial de las minorías como han sido, el matrimonio de iguales (Ley 26.618) o el ejercicio de la identidad de género (Ley 26.743), solo por dar algunos ejemplos.

Este retardo de la consolidación de los principios y fundamentos del derecho convencional internacional con jerarquía constitucional produjo un desfase con el derecho privado por lo que los jueces tuvieron que calificar la convencionalidad internacional en los casos en los que, al dirimir el conflicto en el cual se ventilaba esa materia, el derecho interno no abastecía ese supuesto o lo que es peor, su solución no respetaba el mandato constitucional.

Es así como la convencionalidad internacional con jerarquía constitucional empezó a primar sobre el derecho privado argentino.

Pues bien, considero que ese mismo ejercicio intelectual se impone en el caso concreto. Si el notario es requerido para la celebración de un negocio jurídico unilateral, bilateral o plurilateral y al calificar la legalidad del mismo advierte que la solución no se ajusta al mandato constitucional, debe atender a éste último antes que al derecho interno.

Así la calificación de la convencionalidad internacional también integra esas operaciones de ejercicio notarial.’

D. El acceso a la justicia y el acceso al notariado como derecho humano

Mucho se ha hablado acerca de que el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental. Toda persona humana, sin distinción de nacionalidad, raza, religión o situación social, económica o cualquier otra, tienen derecho de acudir a la justicia, justamente para obtener justicia. ¿Qué significa? Que si esa persona humana siente vulnerados sus derechos puede acudir a la justicia en protección de los mismos. Este derecho, también, es un derecho reconocido por las convenciones y tratados internacionales, empezando por la ya citada declaración de los derechos del hombre de 1948.

Si este principio lo trasladamos al ámbito notarial sin hesitación alguna afirmo que toda persona humana tiene el derecho humano de acceso al notariado. Es dable afirmar que el ejercicio del notariado consolida el ejercicio de los derechos en normalidad, desde antes que la persona humana nazca (prácticas de reproducción humana asistida, derechos del “naciturus”) hasta después de su fallecimiento (en la planificación sucesoria) y muy especialmente en estados de vulnerabilidad (niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, personas sujetas a violencia económica, personas privadas de libertad por la comisión de delitos penales, personas en la etapa de su última enfermedad o enfermedades invalidantes, consumidores inmobiliarios en casos de contratos de adhesión, vulnerables tecnológicos). Ello no significa que la persona humana en pleno desarrollo de su estado vital también encuentre en el ámbito notarial el consejo, asesoramiento y desarrollo de sus capacidades y habilidades (adquisición de bienes, creación de empresas, concreción de emprendimientos de todo tipo). Y ello sin distinguir rasgo alguno, siempre que se enmarque en la legalidad del régimen jurídico aplicable.

Por tanto, el “acceso” al notariado y a la función pública notarial por parte de las personas humanas es también un derecho humano fundamental que no puede quedar sujeto a limitación alguna, salvo bajo excepcionalísimas y fundadas razones.

E. El notariado como hacedor de la justicia preventiva

Cuando afirmamos que el notario es un hacedor de la justicia preventiva estamos significando que en cada concreción de la intervención notarial en el caso en concreto, la conjunción de todo el accionar de este profesional del derecho a cargo de una función pública y el cumplimiento de todas las obligaciones en el marco de esta función, logran el opus notarial, cual es (en la generalidad de los casos), la autorización de una escritura pública otorgada por el o los comparecientes. Como negocio jurídico instrumentado, en su contenido y su continente, alcanza las calidades de existente, válido y eficaz e inscribible en los registros de publicidad, si es del caso.

Y lo más trascendente es que ese negocio así perfeccionado evitará en el futuro la existencia de controversias. Por ello afirmamos que se trata de un ejercicio funcional que concreta la “justicia preventiva” en cada caso en particular. Evita el conflicto ya que la robustez documental de la escritura pública o del acto auténtico desplaza los riesgos que implica la configuración negocial en sistemas que reconocen únicamente a la forma privada como forma suficiente para la celebración de todo tipo de negocios jurídicos.

Baste analizar las estadísticas de la conflictividad judicial en el sistema anglosajón que no reconoce la forma documental auténtica y echa mano a figuras alternativas como el seguro de título para paliar las posibles pérdidas económicas que el sistema de notariado de tipo latino evita.

F. El notario como magistrados extrajudiciales

Este segundo diálogo entre el sistema de derecho civil y el sistema anglosajón nos da la posibilidad de exponer acerca de si, en base a todo lo explicado y las razones que analizaremos infra, estamos en condiciones de afirmar que el notario de tipo latino, bajo un régimen legal puro, esto es, una regulación notarial que honre los principios y fundamentos de la latinidad del sistema, con independencia del lugar donde se aplique, pueda ser considerado un “magistrado extrajudicial”.

Veamos.

V. Razones que nos permiten afirmar que el notario es un magistrado extrajudicial

1. Es un profesional del derecho

Todo notario de tipo latino debe ser un profesional del derecho de acuerdo a la currículas de las universidades locales, accediendo al grado de abogado o licenciado en derecho.

2. Ejerce una función pública delegada por el Estado como desprendimiento de su soberanía

Los países que han adoptado el notariado de tipo latino desde los más ancestralmente considerados (España, Italia, Francia y Alemania), hasta los más recientes (Uzbekistan o Burundi) reconocen a la función pública notarial como un desprendimiento de la soberanía del Estado, delegado en un profesional del derecho al que invisten de esa calidad.

3. Requiere un alto grado de capacitación antes de ingresar al notariado y durante su ejercicio

La capacitación permanente del notariado no solo es obligación de los cuerpos colegiados sino que es un principio fundamental estatutario de la UINL. Estudios de grado deben ser cumplidos para acceder al notariado y estudios de pos títulos o de pos grados deben ser transitados a los efectos de mantener la actualización de las ciencias jurídicas que rigen el ejercicio funcional no solo en el ámbito local sino también en el internacional.

4. Accede al notariado mediante un proceso de evaluación estricto

El acceso a la función notarial se discierne por medio de un proceso de calificación de antecedentes computables, pruebas escritas y orales, entrevistas personales, a cargo de jurados integrados por miembros provenientes de distintas áreas del notariado, de las universidades, de la justicia y aun del gobierno. Su accionar debe ser ajustado a la ley, transparentes y garantizar la igualdad de oportunidades para todos quienes deseen ejercer el notariado.

5. Integra un cuerpo colegiado

El acceso a la función pública notarial le impone al oficial público colegiarse e integrar el colectivo que los nuclea. El Colegio, Asociación o entidad a la

cual pertenecen gobierna y fiscaliza la matrícula. Y de esta forma queda sujeto a partir de la aceptación de su cargo, su juramento y el pago de la fianza al poder disciplinario de la entidad.

6. Ejerce con imparcialidad y protege a los vulnerables

La imparcialidad es otra de las cualidades del ejercicio del notariado. En ningún caso puede beneficiar a una de las partes en desmedro de la otra. Este principio fundamental es el que fundamenta que muchos ordenamientos jurídicos que regulan al notariado como así mismo muchos ordenamientos de fondo, prohíban a los notarios intervenir en casos en los que ellos o sus parientes (en determinado grado) y convivientes tengan un interés particular.

Por su parte, la protección de lo vulnerables, como ya hemos explicado, coloca a los notarios en un lugar trascendente en la sociedad. Las propias políticas públicas de protección de los vulnerables implementadas por los poderes públicos son cumplidas por los mismos notarios como, por ejemplo, la implementación de los planes sociales de adjudicación de viviendas.

7. Es redactor de documentos

Su calidad de profesional del derecho, la asunción del ejercicio de la función pública notarial, su profundo conocimiento de los ordenamientos jurídicos tanto públicos como privados y el alto grado de “expertise” que adquieren, les permite volcar en los textos escriturarios la estructura negocial de forma asequible no solo para quien otorga el instrumento público sino también por todo aquel a quien se le opone.

8. Insufla la calidad de públicos a los documentos notariales que autoriza

No haremos aquí la distinción entre los instrumentos públicos y los instrumentos privados. Solo afirmamos que todo instrumento público goza de fecha cierta, de fuerza ejecutiva y ejecutoria, mantiene inescindiblemente unidas sus calidades de forma y prueba, entre muchos otros valores que no cesan hasta la sentencia judicial de falsedad ideológica o material en sede civil o penal.

9. Ejerce la función de manera inclusiva y no discriminatoria

El notario no puede negar su ministerio. Debe atender todos los requerimientos que se ajusten a derecho, estén dentro del ámbito de su competencia material, personal, territorial y del tiempo y no esté alcanzado por los supuestos de excepcionalidad legal que permiten en ciertos casos rechazarlos. Reiteramos que toda persona humana tiene el derecho humano fundamental de acceso al notariado a los efectos de ejercer sus derechos en normalidad.

10. Consolida la defensa de los derechos humanos en el caso concreto

Hay derechos humanos fundamentales muy vinculados al ejercicio del notariado como el derecho a la vivienda digna o adecuada, igualdad ante la ley, igualdad entre hombres y mujeres, inviolabilidad del domicilio, derechos sexuales y reproductivos, acceso a la información, protección de datos personales, a la identidad de género, protección de los pueblos originarios, derechos de los migrantes, con independencia de la generación de los derechos humanos de que se trate, que se plasman con cotidianeidad en los actos jurídicos notariales. De allí la esencialidad del ejercicio de la función pública notarial en toda sociedad jurídicamente organizada.

11. Garantiza a las personas humanas y a las jurídicas el ejercicio de sus derechos en normalidad

Siempre se presenta ante el notario la persona humana. Su comparecencia puede ser por sí, por otro y para otro. Y puede intervenir ejerciendo la representación orgánica de cualquier tipo de persona jurídica. Con independencia de la legitimación que invoque y justifique, siempre ejercerá los derechos en normalidad, dentro del encuadramiento legal que corresponda.

12. Previene el conflicto

Las estadísticas vinculadas al grado de litigiosidad de una sociedad demuestran que en aquellos países donde rige el sistema notarial de tipo latino y el cumplimiento de sus rasgos de latinidad (notario profesional del derecho a cargo de la función pública, la regulación estricta del ejercicio del notariado, el documento notarial, acto auténtico o escritura pública como opus notarial y la colegiación obligatoria) prácticamente los juicios que atienden supuestos de conflictos en materia notarial no existen.

13. Responde personalmente en el ámbito civil, penal, disciplinario y tributario

Una vez que accede el notario al ejercicio de la función pública notarial su responsabilidad se extiende a los cuatro ámbitos citados en forma concurrente y no excluyente. Y salvo en el tema penal, en el cual su responsabilidad es personal, en los demás ámbitos tiene responsabilidad concurrente con todos los otros notarios que dependan de su elección o vigilancia. El régimen de responsabilidad del notariado es muy estricto lo que es consecuencia directa de la trascendencia de la función que ejerce y a la cual no está sometido ningún otro profesional del derecho, que desarrolle su actividad en otros ámbitos, como los propios funcionarios judiciales o los abogados.

14. Actúa éticamente bajo estrictas normas deontológicas

Las conductas notariales éticas y sujetas a normas deontológicas es una materia cara al notariado todo. Las legislaciones locales nacionales como así también los documentos emanados de la UINL se ocupan de establecer que el notario debe evitar toda conducta que atente contra las vinculaciones con los demás colegas, con los requirentes, con su colegiación y aun con el propio Estado.¹²

15. La competencia notarial material obviamente dada por ley, puede abarcar todo tipo de competencias no contenciosa y, además, la resolución alternativa de conflictos

El breve análisis de cada una de las razones que justifican nuestra afirmación de que el notario es un magistrado extrajudicial permite sostener también que solo se necesita de la ley para ampliar la competencia notarial de aquellos ordenamientos jurídicos que aun no lo reconocen, en estos ámbitos:

- a) Nuevas incumbencias aun hoy no atribuidas al notariado en todas las demarcaciones territoriales (casamiento en sede notarial);
- b) Asuntos no contenciosos aún bajo la competencia judicial (sucesiones testamentarias o *ab intestato*) y
- c) Resolución alternativa de conflictos (mediación).

VI. CONCLUSIÓN

Los países que proyecten contar con una administración de justicia eficaz, eficiente, rápida, con procedimientos ágiles, costos reducidos y accesibles a todos sus ciudadanos, deberán hacer efectiva la desjudicialización de la justicia en manos del notariado de tipo latino.



¹² Existen tres normativas fundamentales en esta materia de lectura obligada. Me refiero, cronológicamente, al CÓDIGO REFORMADO EUROPEO DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL, aprobado por la Asamblea General del Consejo de Notarios de la Unión Europea (CNUE), el 11 de diciembre de 2009; al conocido como Código de la UINL, de DEONTOLOGÍA Y REGLAS DE ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO que la UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO – UINL, adoptó en la Asamblea de los Notarios miembros en Lima, Perú, el 8 de octubre de 2013 y al CODIGO DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL de ESPAÑA, aprobado por el Pleno del Consejo General del Notariado español el 26 de abril de 2014. Todo ello durante los primeros años de este siglo XXI.

ANEXO I

ACUERDO DE CONTRIBUCIÓN

entre

LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

y

LA UNIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS

Con el fin de alcanzar los objetivos de buena
administración de justicia y descongestión de los tribunales

*En el marco del Acuerdo de Cooperación
firmado entre la UINL y la UIM, el 29 de septiembre de 1994*



Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

Considerando que la Unión Internacional de Magistrados (UIM) y la Unión Internacional del Notariado (UINL) firmaron un Protocolo de Acuerdo en Génova, Italia, el 29 de septiembre de 1994;

Considerando que, en virtud de este acuerdo, la UIM y la UINL:

- están interesadas en "promover el Estado de Derecho, velar por su mantenimiento en los diversos países donde tienen miembros y, en general, trabajar para salvaguardar los derechos humanos y la paz en el mundo";
- tienen "por objeto una buena y correcta administración de justicia" y pretenden "reducir los costes de esta administración y hacerla accesible a todos los ciudadanos";
- han acordado "promover el intercambio, de forma regular y continua, de información sobre sus propias actividades así como sobre temas de interés común, de igual manera siempre que reconozcan la oportunidad, de documentos relativos a sus seminarios, coloquios o congresos", y "reunirse periódicamente para debatir temas de interés común y organizar, con ocasión de seminarios, coloquios o congresos, mesas redondas sobre diversos temas relativos a los objetivos comunes antes mencionados, así como velar por el buen funcionamiento del presente acuerdo de cooperación";

Considerando la voluntad actual de los gobiernos de descongestionar los tribunales, prevenir y reducir su excesiva carga de trabajo y agilizar los procedimientos;

Considerando la naturaleza de determinadas materias no contenciosas, que propician la transferencia de competencias a otra autoridad pública, tal como el notario;

Considerando el estatuto del notario, profesional del derecho, fedatario público, designado por el Estado, que confiere autenticidad a los actos jurídicos y contratos contenidos en los documentos que elabora, depositario de la fe pública, que ejerce su función con imparcialidad e independencia, garantizando la seguridad jurídica de sus actos y participando en la buena administración de justicia y en el mantenimiento de la paz social;

Constatando la proximidad de las profesiones de notario y magistrado (a través de su estatuto, formación, deontología, disciplina, etc.), consagrada por la Corte Europea de Derechos Humanos, que calificó a los notarios de "magistrados de la justicia amistosa" en la sentencia Ana Ionita c. Rumanía, de 21 de marzo de 2017;

Obran para mejorar el servicio público, garantizar la correcta administración de justicia y mantener la paz social;

La Unión Internacional del Notariado, representada por su Presidente, Lionel Galliez, y **la Unión Internacional de Magistrados**, representada por su Secretario General, Giacomo Oberto,

ACUERDAN:

- Continuar intercambiando información sobre sus actividades y reflexiones en materia de desjudicialización, entendida como el movimiento destinado a descargar a los tribunales de una serie de tareas no contenciosas y a dotar de mayor eficiencia a la administración de justicia;
- Trabajar juntos para elaborar recomendaciones dirigidas a los poderes públicos, con el fin de prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo de los tribunales;
- Proponer soluciones a los poderes públicos para hacer frente a la congestión de los tribunales, en particular definiendo las tareas y materias que podrían ser objeto de una transferencia de competencias entre el juez y el notario, o de un reparto de competencias entre las profesiones;

- Estudiar las posibilidades y perspectivas de colaboración entre las profesiones, en particular en materia de desjudicialización;

A tales efectos, los representantes de ambas Organizaciones podrán reunirse periódicamente para tratar estos temas de interés común y organizar seminarios, conferencias, coloquios y congresos sobre el tema de la desjudicialización, o planes de acción ante los poderes públicos.

Dado en Brasilia (Brasil), el 9 de noviembre de 2023.



*Lionel GALLIEZ
Presidente de la Unión
Internacional del Notariado (UINL)*

*Giacomo OBERTO
Secretario General de la Unión
Internacional de Magistrados (UIM)*



17

SÍNTESIS & CIERRE

2^{DO} DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOSCONCLUSIONES. POR NOT. LIONEL GALLIEZ
PRESIDENTE DE LA UINL

5 de diciembre de 2024

Voy a intentar resumir nuestros trabajos en cinco puntos.

Primero: El notario, factor central de la justicia preventiva.

Esta jornada ha destacado el papel esencial del notario como garante de la seguridad pública y promotor de una justicia preventiva. Como recuerdo, la misión del notario es aliviar la carga de los jueces mediante intervenciones rigurosas y imparciales para prevenir litigios. Esta perspectiva fue ilustrada por el presidente Jens Bormann, quien presentó al notario como una institución de justicia preventiva que imparte justicia sin necesidad de juicio.

Segundo: Modelos diversificados y complementarios.

También exploramos la diversidad de los sistemas jurídicos que constituyen el propósito de este diálogo. En Francia, Thierry Vachon mostró cómo los notarios gestionan casi por completo las sucesiones, reflejando un modelo histórico eficaz. Por el contrario, Susan Marriott, describió la práctica en los países de Common Law, donde los administradores no juristas son asistidos por abogados. En Italia, Elisa Puglielli destacó el impacto positivo de los notarios en la seguridad jurídica de los actos y en registros públicos, con un índice casi nulo de litigios inmobiliarios. En Puerto Rico, Annie Rivera Cruz, subrayó el papel crucial del notario en situaciones de crisis como la restauración de títulos tras desastres naturales.

Tercero: Coexistencia de profesiones y los retos de la dualidad abogado-notario.

Varias intervenciones mostraron la coexistencia, a veces compleja, entre las funciones de abogado y notario. Lo destacó en particular David Willig. Describió la situación en Florida, donde los civil law notaries, aunque todavía escasos, tienen un potencial significativo de desarrollo, especialmente en materias no contenciosas, mientras que los notarios de Florida también son abogados. Dennis Martínez Colón, explicó con claridad y honestidad la dualidad abogado-notario en Puerto Rico. Creo que este ejercicio de clarificación sería útil en cada uno de los países de nuestra Unión donde exista una dualidad similar.

Cuarto: Perspectivas de futuro.

Las presentaciones también abrieron perspectivas estimulantes. Phillip Bender introdujo el concepto de Nudge, para replantear las funciones tradicionales del notario. Aunque innovador, este concepto plantea retos de percepción, especialmente en Europa, donde a veces se asocia con un paternalismo liberal. Sin embargo, esta reflexión abrió nuevas perspectivas para el notario del futuro. El profesor Peter Murray explicó de manera apasionante las dinámicas del sistema estadounidense, donde las *title companies* asumen las responsabilidades que plantean interrogantes sobre el acceso equitativo y asesoramiento jurídico.

Quinto y último punto:

Los fundamentos del notariado: independencia e imparcialidad.

Las intervenciones de Sigfrido Steidel y Jens Bormann, recordaron los valores fundamentales del notariado: Imparcialidad, autoridad pública, pacificación y búsqueda de justicia. Estos principios que acercan a los notarios, a los jueces, requieren una fuerte independencia y una estricta ética profesional.

Para concluir, en nombre de la Unión Internacional del Notariado, quiero expresar mi más profundo agradecimiento al Colegio Notarial de Puerto Rico por su excepcional acogida. A todos nuestros colegas de Puerto Rico, a quienes doy a mi vez un cariñoso saludo caribeño. A nuestros coordinadores, David Figueroa Márquez y Manuel Pérez Caballer por su experta función como moderadores en los debates, y por supuesto a nuestros intérpretes indispensables para el éxito de nuestros encuentros internos.



*Gracias a todos por su compromiso y participación
y que este espíritu de colaboración siga cuidando nuestros trabajos futuros.*



ENGLISH

L A N G U A G E

ARTICLES ARE PUBLISHED IN THE LANGUAGES IN WHICH THEY WERE WRITTEN BY THE AUTHORS
ENGLISH TRANSLATIONS BY GRACIELA MONTESANO | BA LINGUISTICS, UNIV. SIDNEY, AUSTRALIA





NOT. ARSENIO COMAS RODÓN

PRESIDENT OF THE NOTARIAL CHAMBER OF PUERTO RICO



Introduction

Dear colleagues, the Second Conference on the "Dialogue Between Legal Systems" was held in San Juan, Puerto Rico, on December 5 and 6, 2024. It addressed the topic: *"Notary or Lawyer – Do Their Roles Compete or Complement Each Other in Non-Contentious Matters? The Added Value of Notarial Involvement."*

Puerto Rico was chosen as the location due to its status as an associated territory of the United States and its mixed jurisdiction, where both legal systems converge while preserving its Latin-based notarial law. The choice was also influenced by the pressure Puerto Rico faces, given its association with the United States and its deep-rooted Latin notarial tradition.

Key topics were discussed regarding the roles of notaries, lawyers, and judges in the administration of justice, especially in contexts like that of Puerto Rico, where European and American legal traditions blend, or Quebec, which merges European and British traditions.

The event highlighted the value of notarial involvement in non-contentious matters such as the transfer of real estate and the settlement of estates, as well as the benefits that notaries bring to legal certainty and preventive justice. Within this context, the advantages and disadvantages of two legal models were explored: the party-lawyer-based system (common law) and the public notary system (civil law). Notaries were presented as guarantors of legal certainty and key figures in litigation prevention.

In addition, contemporary challenges facing the notarial profession were discussed, including money laundering, terrorist financing, and electronic transactions, all of which demand new standards and regulations. Through the conference, the goal was to emphasize how the notarial profession, even in a global and digital context, continues to be a cornerstone of international law and legal security.

The dual role of notary and lawyer was also emphasized, especially in countries like Puerto Rico, where notaries may also practice as lawyers, an arrangement that presents both opportunities and challenges for the legal profession.

The conference focused on the importance of fundamental notarial values such as impartiality, independence, and professional ethics, values that are also essential in the judiciary. These principles not only reinforce public trust in the notarial profession but also allow it to continue playing a vital role in the administration of justice and in the protection of the most vulnerable.

This event, organized by the Notarial College of Puerto Rico, reaffirms the International Union of Notaries (UINL) commitment to the continuous improvement of notarial practices and to international cooperation in justice management.

Following the success of the London Conference and this one in Puerto Rico, a third conference has been scheduled for September 5, 2025, in Edinburgh, Scotland, under the theme: *"The Notary as a Bridge Between Legal Systems."*

I hope this edition of the RIN will be appreciated by our readers, whom we invite to engage with such valuable material.

Many thanks to all.



Summary

RIN 133 | 2nd Dialogue between Legal Systems



PUERTO RICO | December 2024



1. OPENING REMARKS OF THE DIALOGUE

NOT. LIONEL GALLIEZ, PRESIDENT OF THE UINL 154



**2. GENERAL PRESENTATION OF THE LEGAL SYSTEM IN PUERTO RICO:
INTERACTION BETWEEN THE CIVIL SYSTEM AND THE COMMON LAW SYSTEM**

HON. GUSTAVO A. GELPÍ, PUERTO RICO 158



**3. GENERAL PRESENTATION OF THE THEME:
THE ROLE OF NOTARIES AND ATTORNEYS IN NON-CONTENTIOUS
MATTERS, IN CIVIL LAW AND COMMON LAW JURISDICTIONS**

NOT. NIGEL READY, LONDON 161



4. SUCCESSION IN CIVIL LAW

NOT. THIERRY VACHON, FRANCE 165



5. SUCCESSION IN COMMON LAW

NOT. SUZANNE MARRIOTT, LONDON 171



6. REAL ESTATE TRANSACTIONS IN CIVIL LAW

NOT. ELISA PUGLIELLI, ITALY 180



7. REAL ESTATE TRANSACTIONS IN COMMON LAW

DR. DAVID WILLIG, ATTORNEY, UNITED STATE 187



**8. NOTARIES AND NUDGES: EXPLAINING NOTARIZATION
IN TERMS OF BEHAVIORAL ECONOMICS**

DR. PHILIP M. BENDER, GERMANY 189



9. ROLE OF THE NOTARY AND PROOF OF PROPERTY RIGHTS AFTER NATURAL DISASTERS

PROF. ANNIE I. RIVERA CRUZ, PUERTO RICO 194



10.1 DEVELOPMENTS IN REAL ESTATE TRANSACTIONS IN THE UNITED STATES

PROF. PETER L. MURRAY, UNITED STATE 199



10.2 THE ADDED VALUE OF NOTARIAL INVOLVEMENT

PROF. ROLF STÜRNER, GERMANY 212

10.3 COMPARATIVE OBSERVATIONS PROF. PETER L. MURRAY 220

10.4 COMPARATIVE OBSERVATIONS PROF. DR. ROLF STÜRNER 226



11. BIJURALISM IN CANADA: THE ROLE OF NOTARIES AND LAWYERS

PROF. NAIVI CHIKOC BARREDA, QUEBEC, CANADA 231



12. LEGAL SYSTEMS: THE PRACTICE OF LAW AND NOTARIAL PROFESSIONS WITHIN THE GUATEMALAN LEGAL SYSTEM

NOT. LORENA FLORES, GUATEMALA 235



13. DUALITY OF FUNCTIONS: THE "LAWYER-NOTARY" FIGURE

NOT. DENNIS D. MARTÍNEZ COLÓN, PUERTO RICO 244



14. NOTARIES, JUDGES, AND LAWYERS: PROXIMITY OF PROFESSIONS

JUDGE SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA, PUERTO RICO 251



15. THE NOTARY AS EX-ANTE JUDGE

PROF. DR. JENS BORMANN, LL.M., GERMANY 261



16. THE NOTARY AS AN ALTERNATIVE TO THE JUDGE IN NON-CONTENTIOUS MATTERS

PR. NOT. CRISTINA N. ARMELLA, ARGENTINA 266

17. SYNTHESIS & CLOSING | CONCLUSIONS

NOT. LIONEL GALLIEZ 284



NOT. LIONEL GALLIEZ

PRESIDENT OF THE UINL



Notary in Paris (France) and President of the UINL.
Lionel Galliez currently holds the position of President of the International Union of Notaries for the 2023-2025 legislature.

OPENING REMARKS OF THE DIALOGUE

Dear President of the Supreme Court of Puerto Rico,
Mr. President of the Puerto Rico Notarial Association, dear Arsenio,
Distinguished professors,
Distinguished Presidents,
Esteemed colleagues, Dear friends,

On behalf of the International Union of Notaries, I am greatly pleased to inaugurate today in Puerto Rico an event that reflects our ongoing commitment to dialogue, reflection, and international cooperation. Under the theme "Notary or lawyer: Competition or complementarity in non-contentious matters?", this day promises to explore the points of convergence, but also the differences, between two essential legal professions, as well as between two legal systems, in accordance with the objective of this dialogue.

It is an ambitious goal, and to undertake the delicate exercise of comparative law, it is best to choose suitable ground.

In Puerto Rico, the traditions of civil law and common law have long co-existed: we are gathered, therefore, in a privileged place for a dialogue between both legal systems.

An ideal place to compare ourselves. An ideal place to clarify our ideas, because comparison allows us to distinguish and, consequently, to better define who we are and what we do.

An ideal place, finally, to enrich ourselves with the varied solutions that each profession and each system brings to the citizens of our countries.

Our reflection only makes sense if it is useful and responds to the growing expectations of legal certainty and modern, accessible justice.

The theme of this dialogue will show us that, in certain contexts, notaries and lawyers can play similar roles.

For example, both professions participate in drafting documents or providing legal advice, striving to protect the rights of their clients.

However, even in these cases, their approaches are different.

The notary, statutorily subject to the obligation of impartiality, intervenes to guarantee legality and balance between the parties, while the lawyer usually acts as a representative of the interests of only one party. This complementarity enriches our vision of law.

While it is important to highlight what unites us, it is equally crucial to underscore the fundamental distinctions between both professions.

The notary, as a public official, fulfills a mission of preventing litigation and ensuring legal certainty. The lawyer, on the other hand, is a defender of individual rights, often involved in the resolution of conflicts.

These differences allow each profession to play a specific and irreplaceable role, thus contributing to a complete and balanced legal system.

In some jurisdictions, especially in those of common law, it is not uncommon for a single person to simultaneously assume the functions of lawyer and notary.

We must recognize that the word "notary" encompasses in the world, under a single term, very diverse concrete realities.

While this simultaneous exercise of both professions may seem economically and practically interesting, it raises questions about the compatibility of these roles. The joint exercise of these functions must necessarily be regulated to ensure that the impartiality and deontological principles associated with the role of notary are fully respected.

As you know, according to the standards of the International Union of Notaries, notaries and lawyers must remain separate professions, with their own guiding principles and distinct codes of ethics.

This separation seems preferable to us in order to preserve the impartiality and authority of the notary, while respecting the role of the lawyer in effectively representing the interests of their clients.

By maintaining this distinction, our professions can work in a complementary manner and contribute to the proper functioning of legal systems.

Subjecting notaries to the same ethical rules as lawyers would, according to this principle, be equivalent to denying the specificity of each of these professions.

Beyond this principled position, we are aware that, in many countries, the same person can be both a lawyer and a notary, performing both roles with excellence. I deeply admire those of you who face this challenge daily.

The objective of this day is also to allow us to understand: how to achieve it, how to overcome in practice what seems to be a contradiction, how to synthesize or at least adequately juxtapose both functions in a single person.

It is up to you to explain to us how one can be both a lawyer, defending the particular interests of their client, and a notary, ensuring the balance between the parties in the acts they authenticate.

Undoubtedly, there is in practice a way to navigate this path without failing the respective obligations of such distinct statuses.

Perhaps we will conclude that there is a possible way to achieve this? That it is possible to alternately respect different rules, some adapted to lawyers and others to notaries, preserving the authenticity and proximity that the notary maintains with the status of a judge? Or, on the contrary, will you demonstrate that superimposing both functions introduces a confusion that weakens one or the other, or even both?

Clarifying this question will, in any case, be one of the benefits of our working day.

Today's program, structured around two main themes, will give us the opportunity to deepen these reflections and to uncover numerous aspects. This morning, we will examine practical cases from the traditions of civil law and common law, with particular attention to successions and real estate transactions. This afternoon, we will address in greater detail the relationships between the professions, from the point of view of their complementarity and their role in non-contentious matters.

Before concluding, I wish to express my deep gratitude: to the Puerto Rico Notarial Association, for their warm welcome and impeccable organization, to each of the speakers, whose experience and reflections will enrich our exchanges, and, finally, to the UINL teams, for their dedication and commitment to making this day a success.

I am grateful to each of you who make this dialogue possible.

It is much more than an academic exercise.

It is a unique opportunity to examine our practices, identify areas for improvement, and strengthen cooperation between our professions.

Together, notaries and lawyers, from common law or civil law, have the responsibility to offer our fellow citizens more equitable, more transparent, and more effective justice.

I thank you for your attention and wish you fruitful and inspiring exchanges throughout this day.





HON. GUSTAVO A. GELPÍ

FEDERAL DISTRICT JUDGE
FOR THE DISTRICT OF PUERTO RICO



Judge Gelpi was appointed to the United States Court of Appeals for the First Circuit in October 2021. He is a former chief United States district judge of the United States District Court for the District of Puerto Rico.

GENERAL PRESENTATION OF THE LEGAL SYSTEM IN PUERTO RICO:

Interaction Between the Civil System and the Common Law System

I appreciate the invitation extended by the International Union of Notaries, through its president Lionel Galliez, as well as the Notarial College of Puerto Rico, host of this event. For me it is an honor to participate in this Second Dialogue between Legal Systems. In this event, the figures of the lawyer and the notary will be discussed, in matters of non-contentious affairs, under the perspective of the complementary and antagonistic roles of both functions. In this introduction I have been entrusted to provide you with an overview of the legal system in Puerto Rico, where elements of civil law and Anglo-Saxon common law interact. It is no coincidence that Puerto Rico has been selected as the venue for this event, as we are a meeting point between the two legal systems, here both systems coexist as a result of the socio-political reality of the Island.

To understand the legal framework of Puerto Rico, one must first know a little about its history. Like many Hispanic American countries, the Island was a colony of Spain and by 1897 it briefly became, along with Cuba, an auto-

nomous overseas province. Spanish colonization brought with it the Spanish civil law system, of Roman-Germanic character, implementing in the colony a copy of the Spanish civil code, as well as its mortgage and notarial legislation, among other laws.

In 1898 Spain and the United States signed the Treaty of Paris that ended the Spanish-American War. The former Spanish territories became possessions of the United States. In the specific case of Puerto Rico, initially the Island had a military government, then a civil one, as an unincorporated territory under the plenary powers of the United States Congress, and where the governor was chosen directly by the president of that nation. Since 1917, those born in Puerto Rico are citizens of the United States. From the beginning, the United States government began to introduce its Anglo-Saxon common law system, but at the same time elements of Spanish civil law were preserved, essentially in matters of private law, such as royalties, family, mortgage and inheritance, among others. The civil code remains, as well as the notarial legislation, but it is pertinent to comment that, in the specific case of notaries, there was a substantial modification that still subsists. Under Spanish rule, the notaries of Puerto Rico exercised that sole function, separate from the practice of law. Once a territory of the United States, both professions were merged into one and it was provided that notaries had to be lawyers. In this way, it was more assimilated to the concept of notary that existed in the United States. Therefore, since Puerto Rico became a territory of the United States, the dual role of lawyer and notary exists on the Island.

In 1952, a constitution was established for the internal government of the territory that is similar to that of any state of the union. The government of Puerto Rico is a republican system divided into three branches, executive, legislative and judicial. In addition to the local courts, we have a Federal District Court and we are part of the First Circuit Court of Appeals, based in Boston. Federal laws apply in Puerto Rico, just as they would in the fifty states. Puerto Rico in turn is fully integrated into the banking and commercial system of the United States. At present, both Spanish and English are official languages in Puerto Rico.

As you can see, the political relationship of Puerto Rico with the United States has turned the Island into a jurisdiction that we could call a hybrid, where both civil law of Spanish origin and North American common law coexist. In turn, legal professionals in Puerto Rico exercise the roles of lawyer and notary in a dual way. That is why the celebration of this important event on the Island allows an interesting exchange of experiences between all the countries that participate in it, but at the same time it serves so that all of you know

first-hand the legal reality of Puerto Rico, where both legal systems interact, the product of an unfinished and evolving political situation. As a Judge, both at the level of the United States Court for the District of Puerto Rico, and at present in the United States Court of Appeals for the First Circuit, I have witnessed the continuous interaction between civil law and common law in disputes that come to us, which presents challenges different from other jurisdictions of the United States.

I hope that this second dialogue between legal systems will be of great benefit to all participants.





NIGEL READY
SCRIVENER NOTARY, LONDON



Nigel Ready MA (Cantab.), scrivener notary, London, England; general councilor of the UINL; Past Master of the Worshipful Company of Scriveners; former chairman of the Society of Scrivener Notaries; editor Brooke's Notary (10th to 15th editions).

GENERAL PRESENTATION OF THE THEME:

The role of notaries and attorneys in non-contentious matters, in civil law and common law jurisdictions

En primer lugar, me gustaría agradecer al Colegio Notarial de Puerto Rico y en particular a su Presidente Arsenio Comas Rodón por hospedar en San Juan este segundo Diálogo entre Sistemas Jurídicos. Edward Gardiner – presidente de la Society of Scrivener Notaries aquí presente - y yo sabemos por experiencia cuánto tiempo y esfuerzo requiere la organización de este tipo de evento internacional.

Ahora continuaré en inglés.

As was said in the introduction, I am a scrivener notary and I have been asked to say a few words about my profession. You might ask what the medieval sounding title of scrivener notary signifies. Scrivener notaries are one of the two branches, for want of a better word, of the notarial profession in England and Wales. The other branch – numerically superior - is represented here today by Suzanne Marriott, the President of the Notaries Society in England and Wales. There are approximately 40 scrivener notaries who practise mainly in the City of London – as London's financial district is known – and elsewhere

in our capital. We practise exclusively as notaries and, as members of the UINL, we aim to conform our practices and training to those of Latin or civil-law notaries, albeit within the constraints of a common-law jurisdiction.

All our work is of an international nature, much of it in the corporate, banking, insurance and maritime fields. Our training, in addition to the standard legal subjects, includes foreign civil-law systems and knowledge of at least two foreign languages.

We work closely with other legal professionals in ensuring that transactions can proceed smoothly in other jurisdictions. This is a good example of the complementary role notaries play alongside attorneys – or solicitors as they are known in the United Kingdom – who place value on the notary’s impartiality and knowledge of procedures in other countries.

Last year’s dialogue held in London took as its leitmotif a pronouncement in 1802 of the English judge, Lord Eldon, that “A notary by the law of nations has credit everywhere”. This enabled a wide-ranging discussion of the probative, or evidential, value of the notarial act.

The participation of representatives from numerous common-law jurisdictions at the London Dialogue revealed a renewed vigour in the Anglo-Saxon notarial world. Globalisation of trade and movements of population have both been factors in this renaissance. Notaries have carved out new roles in cyberspace ensuring the integrity of transactions entered into electronically. Regulatory frameworks are evermore robust and the standards for entry into the profession increasingly strict. I think not just of England and Wales, but jurisdictions such as Hong Kong, Singapore and certain Australian States. In the latter case, the Australia and New Zealand College of Notaries is doing much to ensure high professional standards throughout Australasia.

Apart from the factors which I have mentioned, the tumultuous events which have characterised the world situation in the first decades of this millennium have demonstrated all too well the need for, and value of, a body of impartial jurists, whether in civil-law or common-law jurisdictions, who can act as guarantors of personal identity and capacity as well as gatekeepers in the prevention of terrorist financing and money laundering

Of course, notaries in common-law systems occupy a very different position from their civil-law counterparts. In the United States, for example, a “notary public” is generally an ordinary citizen with no legal training who, depending upon individual State law, may or may not have passed a simple examination.

In England and Wales and other Commonwealth jurisdictions notaries are generally lawyers – solicitors or attorneys – who qualify as notaries as an adjunct to their principal profession. There are few functions reserved to them within their own legal systems and their principal role – one nonetheless of great importance – is to attest and certify documents to ensure their receivability in other countries.

In civil-law countries such as France, Germany, Italy and much of Latin America – including of course here in Puerto Rico – notaries are jurists who, although practising as liberal professionals, exercise State authority. The instruments they issue are authentic instruments. An authentic instrument has executory force: it is directly enforceable in the same way as a court decision. In most respects, an authentic instrument is of equivalent effect to a judgment and their widespread use in civil-law countries is seen as a mechanism of “preventive justice”, contrasting with the situation in common law jurisdictions where authentic instruments are largely unknown and disputes arising from a document can ultimately be resolved only through litigation.

In this respect, through their instruments bearing the hallmark of authenticity, civil-law notaries relieve a considerable burden from the courts. In fact, I believe that one of the themes which will resonate in this second Dialogue is that of authenticity in the technical sense in which that term is understood in the civil law, of which probativity is only one element.

As an impartial lawyer the notary’s duty is not merely to identify the parties, but to ensure they enter into a transaction or other juridical act without compulsion and in full understanding of its terms. Impartiality is perhaps the principal feature that distinguishes notaries from other legal professionals. The paramount role of the attorney is to protect his client’s interests whilst the notary must always have in mind the interests of all parties to a transaction, in particular those of weaker or vulnerable parties.

Our discussions today will initially focus on the differing roles of notaries and attorneys in non-contentious matters, including succession and real estate, in civil-law and common-law systems. We will hear from leading members of the judiciary, academics as well as practitioners from both civil-law and common-law systems.

Later, we will examine the roles of notary and attorney in civil law systems. Are these roles complementary or competing? Furthermore, in some systems

a lawyer may practise both as a notary and as an attorney or other legal practitioner. Are these dual roles compatible? We will also compare the roles of notary and judge. As I have mentioned, authentic instruments are enforceable like judgments. Can the notary's role therefore be seen as quasi-judicial?

These are fascinating avenues to explore, and I will now leave it to our moderator, David Figueroa Marquez, to guide our deliberations.





THIERRY VACHON

CIVIL LAW NOTARY, FRANCE



Notary in France and General Secretary of the International Union of Notaries for the 2023-2025 term.

SUCCESSION IN CIVIL LAW

Good morning everyone. First, I would like to thank el Colegio Notarial de Puerto Rico for the perfect organization of this second conference held today as part of the dialogue between legal systems.

A special thanks to Dennis and Arsenio for their warm welcome in this magnificent city of San Juan.

As part of this dialogue between our legal systems, and in order to compare the roles and missions of different legal professionals, I have been asked to speak to you this morning about the very unique role played by the civil law notary in estate settlement within Civil Law systems.

To do so, I will particularly focus on the French example, which I naturally know very well.

However, I should mention that this system exists in many countries with a civil law tradition, especially in Europe, but with variations in the degree of involvement of the notary. The notary may be more or less involved in the process I will describe here, assuming all or only part of the estate settlement process.

So I will describe the role of the French notary in the settlement of an estate; this national example is indeed very interesting, as French law assigns particularly broad and extensive tasks to the notary, as you will see.

To illustrate my presentation, I will successively introduce four major missions entrusted to him:

- Determining the heirs,
- Establishing the estate's assets,
- Calculating and paying the inheritance taxes, and
- Completing the real estate formalities.

To conclude, I will also briefly move on the issues of estate cash management and estate distribution, in which the French notary also plays a very interesting role.

1ST MISSION | Determining the Heirs

The notary plays clearly a central role in this process, being involved in several steps:

1st Step - Preparation and recording of wills, with a double mission: advising and safeguarding.

1.1.1 Before the death, the notary is responsible for preparation and authentication of the will of the future deceased when it is drafted in the form (generally non-mandatory) of a notarial deed. In most cases, the notary is also the custodian/depository of wills drafted in private form (also called holographic wills), ensuring both their safekeeping and their registration in a centralized registry managed by the French notaries.

1.1.2 Upon the opening of the succession (following the person's death), the notary verifies the existence of any last will and testament registered in this central file. He ensures its recording, and in the case of privately drafted wills (olographic), he will safeguard them by depositing the original document in its official records (called in French “Minutes” and in Spanish “Protocolo”).

1.1.3 Additionally, if applicable, the notary draws up the deed recording the choice made by an heir who, according to the Law or the will, have the option to choose between different types of inheritance rights; for instance if France: the surviving spouse.

2nd Step - Drafting the act that establishes the identity of heirs and their rights:

1.2.1 Once verified the applicable succession law and after legal investigations and full analysis of any potential last will and testament, the notary drafts the "act of notoriety" as it is regulated by article 730-1 of the French Civil Code. This is the primary document that establishes succession rights in France, identifying the heirs and their respective rights in the inheritance estate.

1.2.2 This act is required to be a notarial deed, and the notary will assume full responsibility for its preparation. Additionally, the notary collects also in this deed official statements made personally by the identified heirs, attesting by their declarations before the notary (indeed some kind of affidavit) that they don't know any other person who could be entitled to the inheritance.

1.2.3 Under the French Civil Code, this act grants heirs a legal presumption of their rights and status as heirs, although this presumption can be contested with contrary evidence. In practice, this act is the cornerstone of succession law, which allows a full settlement of the estate.

Step 3

Finally, at the opening of the succession, or later at any moment, the notary draws up the deed documenting the heirs' choice to accept or decline the inheritance.

As a remark regarding this very important 1st mission, it as to be noted that the French notary has received from the French government the exclusive competence to grant the heirs the European Succession Certificate, created by EU regulation as the uniform instrument that certified the quality and the rights of the heirs within all the EU territory.

2ND MISSION | Determining the Estate's Assets and Liabilities

Once the "Acte de Notoriété" has been signed and executed, the notary is responsible for establishing the extend of the estate assets and liabilities. To do this, he will rely on information provided by the heirs and will also consult any appropriate public records at his disposal.

2.1. To identify the estate's assets:

- The notary will contact banks, credit institutions, or insurance companies to determine the scope of the deceased's assets;

- He will carry out land registry searches to verify the deceased's real estate rights and ask appropriate valuation to be prepared by a real estate broker or an official expert;
- If appropriate he will do the same in Company or Commercial registries;
- If necessary, he will estimate the value of furniture and/or art works included in the estate, with the assistance of appropriate experts.

2.2. To determine the liabilities of the estate:

- The notary will contact known creditors, such as the tax authorities, medical or social organizations, credit institutions, or services providers, in the way to identify any outstanding debts of the deceased person.

2.3. In specific cases: Particularly when there are minor heirs or legally incapacitated adults involved, the notary may have to prepare an official inventory deed. This document, regulated by the Civil Procedures Code will identify and evaluate all assets and liabilities of the estate as precisely as possible and will be attested by oath of the heirs to be true and exhaustive.

3RD MISSION | Calculating and paying inheritance taxes

As France has a system for taxing transmissions mortis causa, once the full extent of the estate's assets has been established, and the liabilities identified, the notary will also be responsible for helping the heirs to complete the tax formalities; It has to be noted that even if these formalities can normally be complete by the heirs themselves, the notary will nevertheless be in charge of this duty in more than 90% of the successions.

For this purpose, based on the research carried out and, if any, on the official inventory that has been drawn up and executed, the notary will prepare the draft inheritance tax form, which have to be send by the heirs to the tax authorities within legal time limits.

In this tax declaration, in addition to a full description and valuation of the assets and liabilities, the heirs must spontaneously calculate and pay the tax due, under risk of penalty and interest for late payment.

These calculations are fairly complex and include a number of particularities that the notary will need to take into account when preparing this document: for example, there are specific tax regimes for businesses or commercials, farms, woods and forests or for historic buildings, etc...

In calculating inheritance tax, it is also necessary to take into accounts gifts inter-vivos made less than 15 years prior to death, and the notary must therefore question the heirs on this last point and, if necessary, carry out appropriate research.

Finally, the notary will inform the heirs of the various options available for paying the inheritance tax and, depending on the choices made by them, will also make the corresponding applications for specific demand, such as payment in instalments, deferred payment, payment in kind, etc...

And of course, as part of his duty to advise and general duty of care, the notary must inform the heirs of all these procedures and of all the liabilities and risks, as soon as he is asked to settle the estate.

4TH MISSION | Real estate formalities

In France, and pursuant to article 710-1 of the Civil Code, all transfers of real estate must be recorded in a notarial deed before they can be registered in the land registers.

Mortis causa transfers are no exception to this rule.

Since 1955, French law has made compulsory, after each death, to draw up a notarial deed intended solely to record the transfer of real property rights, from the deceased to the heirs or legatees.

This deed, known under the law as the “Attestation de Propriété Immobilière”, is also a duty of the estate’s notary, in charge to record this deed, prepared on the basis of the “Acte de Notoriété” and, if applicable, all specific wills (as for example for special bequest).

This deed, which may even be drawn up by the notary alone, without the signature of the heirs, must in principle be executed within 10 months of the death, and its main purpose is to update the land registers in order to improve their accuracy, and, as often in France, to facilitate the collection of taxes based on real estate ownership.

To conclude this all-too-brief overview of the French notary's activity in the context of estate settlement, I would like to make two additional comments: the first concerns the management of estate funds and the second concerns the notary's role in the division of estate assets.

Firstly, with regard to the management of estate funds, it is important to underline that, considering:

- the very strict regulations concerning the safekeeping of client funds, which must be deposited in a regulated account open in a public bank, the “Caisse des Dépôts et Consignations”,
- and the existence of a guarantee fund, organized by Law and designed to protect clients against any risk of misappropriation of their funds by the notary, with unlimited coverage notaries also play a special and highly-appreciated role in inheritances, collecting and transferring some or all of the funds due to the heirs, in order to ensure payment of the estate's debts, payment of inheritance taxes, and ultimately ensure the distribution among the heirs in accordance with their rights.

And finally, as regards of the division of the estate's assets, and without going into the details of the procedure here, I must point out that French law organizes this division process entirely around the function of the notary.

The notary is responsible not only for establishing the detail of the estate's assets and liabilities in order to form the estate to be divided, but also for determining the rights of the heirs, and for proposing to them a distribution of these rights according to the demands expressed or, in the absence of agreement, through a random allocation by lottery.

It is only in the event of disagreement on a specific matter, and then only on that point of dispute, that the heirs can refer the matter to the judge, who is only entitled to decide this dispute, before sending the parties back to the notary to continue the procedure to its conclusion.

It should be noted that this is not only an example of a very extended mission of the notary in a non-contentious matter, since almost all the operations are conducted solely under the notary's authority, but also a very interesting illustration of the possible cooperation between the functions of notary and judge, the latter seeing his mission exclusively limited to his essential function: settling disputes.

I hope this presentation will help us to feed our discussions and debates today, and especially regarding the very specific mission of the notary of Civil Law, independent professional combining a mission of legal advisor with some prerogatives and duties of a public authority.

Thank you very much for your attention.



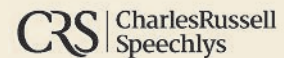


SUZANNE MARRIOTT

PRESIDENT OF THE NOTARIES SOCIETY OF ENGLAND & WALES



Suzanne Marriott is an English Solicitor and Notary Public, practicing in the City of London as a private client tax and trust lawyer specializing in inheritance and succession tax planning, cross border international Wills and probate, Trusts and Foundations at Charles Russell Speechlys, an international law firm. She is President of the Notaries Society of England & Wales.



SUCCESSION IN COMMON LAW

My name is Suzanne Marriott, and I am the President of the Notaries Society of England & Wales.

I am a qualified lawyer practising as a Solicitor in the City of London in a global law firm called Charles Russell Speechlys. I am a tax and trusts lawyer specialising in international Wills, probate, trusts, mental capacity, art law and I am also a Notary.

In England and Wales we have 748 Notaries. We're not a common law notary, we are a civil law profession but operating in a common law jurisdiction.

The office of notary is the same as in Europe (they brought it over to England and we have not changed its role or function since it arrived), the difference is how the legal system employs the notary.

Until the mid-1800s E&W had a civil law branch of law and practice and notaries, written evidence and European civil procedure were employed. The pure common law approach is new but notaries remained the same throughout.

It's not that notaries don't have a domestic role, but rather that our compulsory jurisdiction is limited (protests of Bills of Exchange and ships, and in the civil process employed by the Court of Chivalry which is a civil law court in our common law system), and we have a largely voluntary jurisdiction which can be used by citizens to gain the benefit of recording agreements by notarial act, just as they can in all jurisdictions – that is probative force (the evidential presumption that notarial acts are valid and accurate until the contrary is proven).

Scriveners are not a different type of “notary”, there is only one type of notary. They are notaries who have joined a private members organisation that sets internal exams on foreign language and foreign law. However, they receive no additional education and have no additional qualifications in English law – all notaries are equally (well) educated.

I have set out on the slide what I will cover today: validity of Wills, the role of executors and beneficiaries, testamentary freedom, wills registers, grants, heirs, intestacy, trusts and tax. This talk is based on English law, and common law jurisdictions are based on English law so their rules are very similar. Common law jurisdictions are legal systems that develop laws based on court decisions and precedents, rather than statutes or codes. The common law system originated in England during the Middle Ages and is used in 40 countries today, including UK, US, Australia, New Zealand, India, Ireland, Pakistan, South Africa, Hong Kong and many commonwealth countries and islands such as Barbados, Bermuda, Bahamas, Belize.

Glossary of terms

I will explain the key terms which we use in Succession:

Testator/Testatrix is the maker of the Will

Executor and Executrix are the representatives of the estate when there is a Will

Administrator is the representative where there is NO Will

Personal Representative is used to cover both an Executor and an Administrator

Legatee is someone left a defined gift of sum of money in the Will

Beneficiary is someone who is left a share of the residue of the estate

I am now going to talk about common law Wills

What is a Will, what does it look like, it is usually drawn up by a Solicitor, but it can be handwritten provided it is executed with 2 independent witnesses. It names the Executors, funeral wishes, what happens to personal chattels, legacies of money and specific items, then residue of the rest of the estate. It can cover specific assets such as pets and those which attract tax relief

such as business assets and agricultural land, although in the UK those reliefs will be restricted but it is even more important to structure these assets in the Will itself. Some Wills have headings. The 2 witnesses must not be beneficiaries.

Codicils add updates which amend the Will when you want to make small changes.

Testamentary capacity

Traditionally the test for testamentary capacity is enshrined in the case *Banks v Goodfellow* 1870 What does *Banks v Goodfellow* tell us:

The requisite mental capacity to make a Will. This means that they must:

Understand what they are doing

Understand the extent of the property which they are giving away in the will. Be able to comprehend and appreciate the claims to which they ought to give effect. There must also be no disorder of the mind poisoning their affections or perverting their sense of right or preventing the exercise of their natural faculties and there can be no insane delusions to influence their will in disposing of their property.

But much more recently, in with the introduction of Lasting Powers of Attorney, the courts have been torn between the test contained in the Mental Capacity Act 2005. So now we have to balance both. The very recent case of *Baker v Hewston* (2023), the Judge commented that although the Mental Capacity Act did NOT apply in Probate cases, its elements were consistent in the common law and could be accommodated within it. Even though the two tests applied in different spheres, it would lead to an impracticable, illogical or inconvenient result if there were real differences between them. If they were substantively different there could be different decisions about the capacity of the same testator for the same will in different courts and, in theory, if a testator lacked capacity at common law but not under the MCA 2005, no valid will could be executed at all. The statutory background for the MCA 2005 and the Law Commission reports that led to its enactment demonstrated that it was intended to be aligned with the common law.

Next we come to the role of the Executor

An executor is the “sorter out”, their role is very much entrenched in the concept of trusts, which underpin much of common law probate work. It is the notion that a person is tasked with looking after money and assets for the benefit of others. An executor is tasked with proving the Will, investigating

the assets, paying any inheritance tax that may be due, calling in assets, paying any liabilities and finally once the executor is happy that the job has been completed, they can distribute the estate in accordance with the Will.

Does the executor need to do the job? The role of executor can be an onerous task so does an executor NEED to take it on. I will use the pronoun “he” but I mean of course he, she or they. He does not, but he MUST make the decision at the beginning so he can take on the job, renounce or have power reserved to him for a later date if he decides to take up the role later.

He cannot retire once he has intermeddled and taken active steps in administering the estate.

This is in direct comparison to the role of trustee. A Trustee can retire if he wishes.

So under English law, when administering estates we turn to the executor for instructions. The beneficiaries, could be said to be inferior to the executor.

The Administrator

Any person who is entitled to a share of the estate on intestacy is entitled to take out the Grant of Letters of Administration. A beneficiary can take a Grant of Probate where there is no Executor and an Executor can appoint an Attorney.

Beneficiaries

So where do the beneficiaries stand. Obviously they are to inherit, so how important are they. They have a right to have the administration administered correctly by the executor. If they are unhappy about the way that the executor has handled the administration of the estate the beneficiaries do have recourse and can bring a claim against an executor. Thankfully this is rare but it is quite a lot of the work I do particularly in complex global estates.

Testamentary freedom and challenges to Wills

I have touched on mental capacity. The default is testamentary freedom. Our system works on that basis, but there is a safety net, where unhappy persons can attempt to challenge the Will if they feel that they ought to have been provided for, or the testator did not have the relevant understanding. Let's look in more detail:

I have touched on mental capacity and the test. As practitioners we have a responsibility of checking, as best we can, that the person appearing before us understands the nature of the document. Typically we would have two face

appointments, once to fact find and take instructions. I find that testators are very happy to discuss their financial and family situation which helps me get a good understanding of what they want to do and why. I would take full notes of this meeting and record my views on the person's capacity. The Will is then prepared and often sent as a draft to the testator. The second appointment is to go over the Will ensure that all is in order and aligns with the wishes of the testator before being signed in front of two witnesses.

Things can, and sometimes do go wrong, and Wills are challenged. If someone feels that the testator did not understand then they can challenge the Will. This means that they can stop the Will being proved by lodging a caveat at the probate registry. This may be resolved between the parties or end up in court.

As an aside, we have undue influence, this could take the form of having someone "force" the testator make a Will or a "drip drip" approach where a claim is made that someone has "poisoned the mind" of the testator which lead to the Will being made. This is a difficult claim to make as there is usually a lack of evidence.

Finally, let us assume the Will is all valid and the testator had full mental capacity. The final roll of the dice would be for someone to bring a claim AFTER the Grant is issued. A claim can be made under the "Provision for Family and Dependants Act 1975" commonly referred to as the 1975 Act. Spouses can claim a financial remedy, broadly in line with a remedy that they would receive upon divorce. Children can bring a claim based on their financial needs – the courts are now moving toward favouring moral claims. Finally cohabitantes have a valid claim. The testator though must be domiciled in the UK for a claim to succeed.

We can now look at how a Will is located. We have no formal Wills Register in the UK, but usually Wills are prepared by lawyers and stored at that firm. It is the testator's obligation to let people know where the Will is.

You can apply for your Will to be lodged at the Probate Registry the cost is £22. Or you can use private companies who provide a Will search service. Some common law countries have Wills registers such as Victoria in Australia, British Columbia has a location only service, New Zealand and Ireland is voluntary, so it is really only location finding rather than being able to get hold of the Will itself. Problems come with home made Wills kept at home.

Turning to the process of the Administration of the estate

How we find assets, gather information and what information/papers are needed to apply for the Grant.

Investigating the assets and liabilities and drawing up a list is very important. The figures are needed to calculate whether there is any tax payable and a global figure of the value of the estate is needed to the application for the grant of probate.

What else to consider:

Did the testator make any gifts in the last seven years, did they give anything away.

Apply for the Grant. The Grant application is very methodical, and the application must follow the process. Firstly certain estates must lodge the Inheritance Tax account to HMRC. Only some estates are exempt from this. The estates that are exempt from this are low value estates, estates which pass all to surviving spouse, civil partner or charities (up to a certain value). Some estates are required to lodge the account to the HMRC even though no tax is due. Once the account has been submitted to HMRC, and the tax paid, HMRC will issue the executor or administrator with a receipt letter with a code. The code allows the executor or administrator to then prepare the papers to apply for the Grant.

Next slide is an example of a Grant of Probate and next slide the Grant of Representation.

This is the official certificate which proves the Will, and the title of the executor. This is evidence that that person is entitled to deal with the estate. It enables assets to be encashed, and for the executor to pass the title of land to themselves or another

Letters of Administration where there is no Will

Grant of Letters of Administration with the Will annexed where there is a Will but someone other than the Executor has proved the Will.

Grants to use elsewhere. As part of the application process, we can request copies of grant for use in other jurisdictions. These are typically called Exemplified copies. Grants come on their special paper, with a court seal and printed signature. Importantly we can recognise the Grant with a hologram on the paper. An Exemplified copy is one which has a wet signature of the district registrar. We can also request an exemplified copy of the Will. A copy of the Will is no longer is sent with the Grant.

Sometimes we don't need a grant where the estate is held in joint names or is very low value.

What documents they would like to see from us. Would they expect to see a Grant or would you accept a notarial certificate to administer assets held in your jurisdiction?

Beneficiaries. How we go about finding heirs

Usually we are approached by a family member of the deceased, who knows that we have the Will and we can commence the process of the administration. They let us have details of the beneficiaries. When drafting Wills we usually identify person by explaining their relationship to the testator and putting their full name. So it would be the relationship of that person as at the date of the making the Will. So if we identify someone as my sister in law, but on the date of their death, they are no longer a sister in law, then the gift will still stand. They can then be identified to us in the normal way. It is the executor's responsibility to make sure that they are paying the right people. Most of the time this process is easy.

But what do we do in more complex situations such as estranged children, remoter relatives. There is no set way of locating such beneficiaries some examples. We can look at information available in the public domain as a start. If our enquiries prove fruitless, then we can employ a firm of genealogists. In England it is possible to change your name, and there will always be paper trail to prove birth name, change of name deed to link the old and the new name. Alias' names can be a bit more challenging. I advise getting insurance in case you haven't found all of the beneficiaries and they pop up later once you have distributed the assets.

Now look at where there is no valid Will and the Intestacy rules will apply. Whilst each common law jurisdiction will have their own rules the principles are based on English law. Are there surviving children? If no then everything passes to the spouse or civil partner. There is no such thing as a common law spouse so if there is no marriage or civil partnership then they receive nothing and would have to make a claim through the courts. If there are children or other remoter issue then the estate is split per stirpes, in the UK the spouse only receives personal chattels, a £322,000 legacy and half of the remainder of the estate, the children receive the other half, held in trust if they are minors, and there will be inheritance tax to pay.

Any person entitled to the intestate estate is entitled to take out a grant.

What if there is no spouse or children – then the estate goes up to parents, sideways to siblings, their children, grandparents, aunts and uncles. But what if there is no one left?

Bona Vacantia (meaning ownerless goods) – the Crown inherits and the government applies them for public good.

Finally let's look at a common law quirk, The Role of Trusts

Trusts are an alien concept in civil law jurisdictions.

What is legal title?. Title shown on a public register proves title and it is not necessary to look beyond the legal title.

But, what is equitable title?. They are the real owners entitled to benefit from the asset. Sometimes the legal and equitable title align, sometimes they do not. But the evidence to equitable title is kept privately.

Examples: Land – no more than four persons can appear on the title. Estates are classic trusts where the Executor holds the estate upon trust for the beneficiaries. Often we have Minors trusts in Wills as they can't give valid receipt so their assets are held for them until a specified age typically 21,25 or 30. More complex trusts are common in Wills for second marriages so a life interest trust, similar to a Usufruct. The most common form which I use a lot in Wills is a Discretionary Trust where a list of beneficiaries are named but they have no absolute right to any of the assets, it is totally at the discretion of the Executor who turns into the Trustee. There is usually a Letter of Wishes from the testator giving guidance to the Trustee as to how to distribute. They are a very flexible method of asset protection and tax planning.

International aspects

For immovables the law that applies is where the asset is situated.

For movables, the law that applies is the law of the deceased's domicile.

English law accepts the doctrine of total renvoi for succession. Often our clients have assets all over the world and a trust in a Will can be used to hold excluded property from UK tax.

The role of Notary/Solicitor in probate practice

Probate practice is a reserved activity, meaning that it is a criminal offence to carry out such an activity unless authorised by an approved regulator.

You may encounter either a notary, solicitor or legal executive working on a probate matter, maybe assisted by a paralegal.

Only a Notary is specifically trained on the authentication of documents for use in foreign jurisdictions. Although a solicitor will know the law, they are unlikely to understand what is required for documents to be recognised in another country so where probates have assets abroad a Notary will be needed to authenticate the Will, the Grant of Probate and deal with the assets abroad.

The defining feature of UK succession is inheritance tax.

Our new Government has recently changed some of the tax reliefs for business assets and agricultural land to make them less generous but essentially the rules remain the same.

We have spouse exemptions from the tax, and a tax free sum of £325,000 per estate and then further relief on the family home passing to the children where the estate is worth less than £2million.

Our domicile rules are changing next April so for non doms tax will be paid on the worldwide assets where you become resident in the UK for 10 years.





ELISA PUGLIELLI

NOTARY. ROME, ITALY



Elisa Puglielli is a Civil law Notary in Rome, Italy,
and General Councilor of the UINL.

REAL ESTATE TRANSACTIONS IN CIVIL LAW

The **NEED FOR PUBLIC CONTROL** is the **principle and cornerstone** of the system of real estate transfers and their publicity in civil law systems, such as the Italian one, in which the Latin Notariat operates.

It is a system aimed at minimising risk in order to provide **certainty of rights and legal security to real estate transactions**, by means of **EX ANTE CONTROL**.

The control is entrusted to the Notary, who is a **PUBLIC OFFICIAL**, as well as a professional, **THIRD** to the parties.

The **DUAL SOUL OF PUBLIC OFFICIAL AND PROFESSIONAL** allows the potential of both roles to be combined:

- that of **impartiality and public faith deriving from State delegation**;
- the **efficiency** typical of the professional who organises his activity by his own means. It follows from the **PUBLIC FUNCTION** delegated by the State that:
- the notary, like the judge, must be selected after an extremely complex **state exam**;

- notaries must be **widely distributed throughout the territory** (there is a limited number of notaries as for judges);
- the notary has **civil, criminal and disciplinary liability** not only towards his clients but also towards the State: this is why he is subject to periodic **controls by the Ministry of Justice every two years**;
- the notary operates in the name of the 'Italian Republic' in that the **'public' deed is an asset that belongs to the State**;
- since public deeds belong to the State, each notary is obliged to ensure their **preservation** and, after his retirement, they are kept by the State in the notarial archives; the eternal traceability of deeds is of value both for the purposes of legal certainty and for reconstructing the history and culture of a Country.

The notary's **public function** is linked to the **special probative and executive efficacy of the deeds he drafts and authenticates**: the notary attributes public faith to the documents he drafts, which means that **NOTARIAL ACTS and THEIR CONTENT RECEIVE RECOGNITION AND PROTECTION UNTIL THEY ARE FALSE** by civil law systems, in which written evidence is the **EXCELLENT PROOF OF THE PROCEEDINGS SYSTEM**. Hence the **ANTIPROCESSUAL FUNCTION** of the notary in such systems, highlighted in the famous expression **'the more notary, the less judge'**, uttered by a well-known Italian jurist, Carnelutti, in 1950.

The notary:

1) PERFORMS A CHECK:

- of the **origin of the declarations and of signatures**;
- of **legality**, i.e. of the 'legal feasibility' of the transaction, which extends to its merits;
- of **compliance of the transaction with the will of the parties**;

2) Performs an **IMPARTIAL CONSULTING** role as a third party.

The main activities that the notary must perform in real estate transactions, taking the example of the Italian notary, can be summarised as follows.
The Notary:

1. Ascertains the personal identity of the parties involved in the deed and their capacity to perform it.

The notary's check on the identity of the parties is intended to **THE RISK OF IDENTITY THEFT**.

2. Adapts the will of the parties to the mandatory rules of law.

3. Verifies the ownership of the transferred property right by the transferor;

4. Verifies the inexistence of prior mortgages, or liens, or foreclosures or other prejudicial formalities;

5. Informs the parties of their rights and obligations and of the guarantees they are respectively entitled to receive or obliged to give (e.g. regarding building regularity and cadastral conformity); receives the declarations prescribed by law in this regard, mentioning them in the deed;

6. Identifies the tax regime relating to the concrete case and verifies the existence of requirements for any tax benefits; he/she **suggests tax-saving solutions in compliance with the law**; he pays to the Revenue Agency the taxes due, which he/she collects from the party liable to pay them;

7. Verifies compliance with anti-money laundering rules and payment traceability (also for the commissions paid as intermediation to any real estate agencies);

8. Registers his/her deeds in the Real Estate Register, in the Cadastre (the land register with a tax function) and in the Revenue Agency Register (tax office).

The role of the notary in real estate transactions is also **INEXTRICABLY LINKED TO THE FUNCTION OF REAL ESTATE REGISTERS and the PUBLICITY SYSTEM**.

Deeds or judgements are registered in the Real Estate Registers, using the Italian example, when they:

- **constitute real estate rights** (e.g. the deed establishing a right of usufruct or the judgement recognising usucaption);
- **transfer real estate rights** (e.g. purchase deeds or exchanges);
- **constitute or divide a community of real estate rights** (e.g. deed of division);

- **constitute real estate security rights** (e.g. a mortgage securing a loan);
- **initiate enforcement or insolvency proceedings** (e.g. foreclosure).

REAL ESTATE PUBLICITY therefore makes it possible to give PUBLIC EVIDENCE TO ALL REAL ESTATE EVENTS and can be of three different types:

- **CONSTITUTIVE PUBLICITY**, (as for mortgages) when registration determines the moment of **the constitution/creation of the right**; or
- **DECLARATIVE PUBLICITY**, when registration determines **the enforceability of the transaction against third parties** (e.g. in Italy, the transfer of ownership is effective between the parties to the contract by the mere signing of a deed of sale in writing; on the contrary, for the transfer of ownership to be effective against third parties, registration in the Real Estate Registers is required);
- **NOTICE** when registration makes the transaction **known to third parties**.

In the system of real estate transactions it is necessary that **the results of the Real Estate Registries HAVE THE MAXIMUM DEGREE OF CERTAINTY** and are reliable not only as to the provenance (and thus the identification by law of the acquisition titles), but also as to the contents of the transaction and the legal status of the property.

In order to meet the requirement that the entry of deeds in the Real Estate Registries takes place with the guarantee of maximum legal certainty, it is **provided by law that only public deeds or private deeds authenticated (by a public official) have access to the Real Estate Registries**.

Let us take a simple and basic practical example of how an Italian notary proceeds when he is entrusted with the stipulation of a deed of sale:

- he/she ascertains the personal identity of the parties through personal acquaintance, verification of their identity documents and the results of the public civil-status registers (birth certificate, marriage certificate, etc.) and the powers of attorney or judicial authorisations issued;
- he/she verifies the title of ownership;
- he/she carries out searches in Real Estate Registers and at the Cadastre;

- he/she acquires all necessary documentation regarding the legal status of the real estate;
- he/she makes the seller deliver to the buyer the supporting technical documentation (regarding the regularity of the building);
- acquires a copy of the terms of payment of the price (bank transfers or cheques);
- he/she receives the **sums earmarked as a deposit** (e.g. the price or the sums that the parties have established as a penalty in the event of delay in the delivery); the deposit is made into a **dedicated account** (different from the professional account, which the notary must have by law, which does not produce interest in his favour, does not fall into inheritance and cannot be attached by the notary's creditors);
- he/she cooperates with real estate agencies to acquire documents in the possession of the parties;
- he/she verifies that the parties meet the requirements for applying for tax benefits, and **calculates and collects the taxes related to the deed**.

Following the drafting of the deed, **THE NOTARY makes a SINGLE TELE-MATIC FULFILLMENT** and send it, **for registration**, together with the **digitally signed certified copy of the deed** to:

- the REVENUE AGENCY, paying taxes simultaneously;
- the REAL ESTATE REGISTRIES;
- the CADASTRE (Land Registry). the function of the Cadastre is to identify the property with unambiguous data, as well as to attribute a value to the property for the purposes of paying taxes.

It is acknowledged that in our system, **SUBSCRIPTION AND REGISTRATION IN ALL THE SAID REGISTERS MAY TAKE PLACE WITHIN ONE or TWO DAYS**.

The **REAL ESTATE PUBLICITY SYSTEM** in Italy is **based on the rule of the CONTINUITY OF REGISTRATION** (whereby a registration against a person relating to the ownership of a property must be preceded by a registration in favour of the same person, relating to the same property), and is

for almost the entire Italian territory on a **personal basis** (i.e. it is based on the names of the persons transferring and acquiring rights to real estate), while in some areas (the territories that were formerly part of the Austro-Hungarian Empire), there is a system on a real estate basis (i.e. based on the real estate and not on the persons succeeding in its ownership).

It is the **professional duty of the notary to carry out the check at the competent Real Estate Registries, updating them up to a date as close as possible to the date on which the deed is stipulated**: thanks to modern technological means, notaries can carry out these inspections from their offices, electronically, with as much updating as possible.

NOTARIAL INTERVENTION, which, as we have said, also contributes to the **RELIABILITY OF REAL ESTATE REGISTERS**, performs a **FUNCTION OF PREVENTIVE JUSTICE** that contributes to the **reduction of litigation**.

IN REAL ESTATE TRANSACTIONS, LITIGATION CONCERNS ABOUT 50 CASES OUT OF MORE THAN 1,700,000 ANNUALLY, equal to **0.0029% OF TRANSACTIONS**.

It should also not be overlooked that the prevention of litigation through upstream legality control and the reliability of public registers (real estate and commercial) represent a decisive element in the **competitiveness** of a country's **economy**: foreign investors have a greater incentive to invest in a country where real estate and commercial traffic and the financeability of transactions is guaranteed and where litigation is reduced or, if it arises, is resolved quickly. Hence also the importance of the **de-jurisprudence** process to which the notariat is contributing.

In view of the fact that for the weakest citizens going to court is often not a viable option - given the duration and hence the costs they have to bear - it is evident that the **'a priori' security guaranteed by notarial intervention protects precisely the weakest** (while that **"a posteriori"** is a luxury reserved for those with more means).

RARE ACCIDENTS ARE FULLY REIMBURSED BY THE CATEGORY'S OBLIGATORY INSURANCE; cases that are not covered by the liability policy are reimbursed by a special guarantee fund set up by the category.

It should be specified that **NOTARIES' INSURANCE REIMBURSES THE ENTIRE ACTUAL VALUE OF THE PROPERTY** (for example, of a house

that has been mortgaged), unlike *title insurance* in Anglo-American countries, which, on the other hand, only reimburses the insured maximum, which, in most cases, corresponds to the sum lent by the bank at the time of the house's purchase.

Let us take the example of a house that is purchased in 2020 for a declared price of 150,000 euros and insured for the same amount, corresponding to the mortgage; if, for example, in 2024, when the house has a market value of 220,000 euros, it is discovered that there was a mortgage, which was not constituted during the sale, the title insurance would only indemnify the original 150,000 euros, while the notary's professional insurance would indemnify up to 220,000 euros.

In terms of economic analysis, title insurance is an inefficient solution for the consumer, because not only does it not guarantee property rights, but not even, by way of compensation, does not even compensate for the damages suffered.

The guarantee of certainty of property transactions through notarial intervention in civil law countries such as Italy is also ensured by the controls to which notaries are subjected.

DISCIPLINARY RESPONSIBILITY can lead to suspension or, in the most serious cases, dismissal.

Furthermore, in the field of real estate deeds, THE NOTARY WHO COLLECTS AND PAYS TAXES TO THE STATE, WITHOUT ANY ECONOMIC BENEFIT FOR HIMSELF, IS PERSONALLY AND DIRECTLY RESPONSIBLE FOR THE TAXES CONNECTED WITH THE ACT, EVEN IF THE CUSTOMER HAS NOT PAID THEM.

And unlike an ordinary self-employed person, the possible **appropriation of taxes by the notary** does not constitute a simple civil law infringement, but it is a crime punishable under criminal law as 'embezzlement' precisely because of the nature of a public official.

Thus, the National Council of Notaries has adopted a citizen-focused discipline which requires notaries to:

- to have compulsory insurance to compensate for any pecuniary damage caused to third parties;
- to set up a Guarantee Fund to protect against damages arising from criminal liability.





DAVID S. WILLIG

ATTORNEY AT LAW & FLORIDA CIVIL-LAW NOTARY,
ATTORNEY AT THE PARIS COURT OF APPEAL



David Willig is an international attorney qualified in both the US and Europe, in Paris and Florida Bar. He is admitted to practice in all the Federal courts in Florida, as well as other states. He is also a notary public in Florida.

REAL ESTATE TRANSACTIONS IN COMMON LAW

1. Introduction

A. Focus / Legal Professional

B. Normally, a legal professional is involved, but it is not obligatory

C. In Florida, a « Civil Law Notary » does not have a monopoly over real estate transactions.

2. Contracts and Documentation

A. The Contract for Sale and Purchase

Review of the contract can be done with a legal professional, but often with a real estate agent.

1. Input from a legal professional can be useful from the start for content of the Contract for Sale and Purchase.

- a. There exist a number of forms of contracts for various real estate matters, created by a collaboration between the Florida

Bar and the Florida Association of Realtors (so-called FARBAR contracts).

o Earnest Money Deposit. Where to deposit?

1. The amount will be dictated by the terms and conditions of the Contract for Sale and Purchase. The deposit(s) can be held in the “trust account” of a legal professional.

2. It can also be deposited to an escrow account of a so-called “title agent” – more on that below.

B. Conduct Inspections

An « as is contract may also provide for an inspection period.

C. Obtain Financing

o Comply with a financing contingency

o Coordinate the valuation or appraisal of the property.

This may be a condition for financing.

3. Title Examination and Closing

A. Title Examination/

Examine the title to ensure no encumbrances or other legal problems.

B. « Marketable Title Act »

C. Insurance for the Property /

Title Insurance, a common practice in North America

C. Closing the Sale

Review and sign all documents required for the date of the closing – in modern times it can be done by correspondence.

1. Legislative recognition of electronic signatures /

Pay closing costs (taxes, attorney fees, etc.) – The breakdown of closing costs and expenses is normally set out in the Contract for Sale and Purchase)

D. Delivery of the Deed /

1. Recording of the deed, etc.





DR. PHILIP M. BENDER

LL.M. (YALE), MAÎTRE EN DROIT (PARIS II)



Philip M. Bender, Ph.D. (Ludwig Maximilian University of Munich), LL.M. (Yale), Maître en droit (Paris II / Panthéon-Assas), is a Notary Candidate in Bavaria. He currently works as a member of the directorate of the German Federal Chamber of Notaries. His book on limits of personalized law was awarded, among other distinctions, legal book of the year 2024.

NOTARIES AND NUDGES: Explaining notarization in terms of behavioral economics

I. Introduction

Law and economics scholars tend to praise the reign of private autonomy. Mandatory form requirements are potentially seen as unduly limiting private autonomy and increasing transaction costs. Civil law notaries, who run the drafting and contracting procedure in important economic areas, might easily be misunderstood as anachronistic remnants of a long bygone era. In reality, though, civil law notaries exist for thousands of years because they contribute to the efficient allocation of goods in society. So far, the efficiency of notarial involvement has been studied in terms of neoclassical law and economics, underlining the benefits of a neutral, trustworthy player. In what follows, I will, for the first time, draw on insights of behavioral economics to better explain the rationale behind notarial intervention in legal transactions.

II. From Neoclassical to Behavioral Economics

To start with, I will briefly outline the challenges to neoclassical economics by behavioral insights.

1. Neoclassical Assumptions: The *Homo Oeconomicus*

Neoclassical economics assumes that individuals hold exogenous preferences, which are not influenced by their environment, that these individuals are fully informed and act according to the assumptions of the expected utility theory. According to this approach, when choosing between different behavioral options, individuals consider the extent and the probability of preference satisfaction and they choose the option which maximizes their utility. Neoclassical economic theory therefore holds that the manifested behavior is aligned with what people actually want. These assumptions have been summarized in the idea of the *homo oeconomicus*. Only because neoclassical economics perceive humans as rational in economic terms, they can conclude that contracting fosters the pareto-efficient allocation of assets as assets end up with those individuals who attribute them the highest value.

2. Behavioral Challenges:

Information Asymmetries and a Variety of Biases

These assumptions have continuously been challenged. Institutional economics already pointed to the fact that individuals are not always fully informed. They lack central pieces of information or they are subject to information overload. This leads to information asymmetries and unequal bargaining power between contacting parties – an aspect that I elsewhere describe as *bounded information*.

Insights of behavioral economics suggest that preferences are in fact endogenous, shaped by their environment. Therefore, taste-shaping and framing-effects need to be considered. In addition, behavioral economics points out that individuals do not always maximize their own wealth (*bounded self-interest*), they over-estimate short-term benefits and under-estimate long-term costs (*bounded willpower*) and they do not always act rationally according to the assumptions of the expected utility theory (*bounded rationality*). Indeed, they are subject to a variety of biases, which either lead to a misconception of probabilities or of the costs and benefits involved. For instance, individuals over-estimate themselves (*overconfidence-bias*) as well as the likelihood of positive outcomes (*optimism-bias*). Their decision to contract will also be influenced by their sympathy with the offeror (*sympathy-bias*). These biases may be particularly salient regarding consumers. However, empirical research has shown that they are always present.

III. De-Biasing by Notaries

One lesson to draw from these behavioral insights is this: a legal order must not only provide for a legal infrastructure which parties can use. It must also ensure that individuals are incentivized to behave according to their true preferences. This insight does not need to lead to classical paternalism, based on prohibitions and mandatory provisions. Instead, a variety of tools which can be coined “soft paternalism” (Sunstein) are to be used. One of them is the requirement of notarial authentication. Notaries act as de-biasing institutions, similar to consumer protection agencies. They level the playing field and ensure that true, unbiased preferences are enacted based on the relevant information. Put simply, bridge the gap between neoclassical assumptions on the one hand and real life behavior on the other. Notaries achieve this for at least three different reasons.

1. Temporal Element: Cooling-Off

Notarial intervention provides for a cooling-off period which allows individuals to rethink their initial choices. Even though notarial appointments are quickly available, contracting will not be possible on the spot. Oftentimes, individuals will see a notary for a first consultation and then a second time for the closing of the deal. In consumer protection cases, the cooling off period is explicitly referenced in the statute. For instance, under German Authentication Act, section 17 § 2a, consumers need to receive a draft of the legal transaction at least 14 days before the signing of the deal. This provides them with enough time to rethink their initial impetus which might have been influenced by the sympathy bias towards the seller. Of course, this deceleration leads to transaction costs. However, when they lead to the implementation of the real preferences, they are actually transaction benefits.

2. Spatial Element: Safe Place

Notarial involvement also entails that contracting occurs in a protected and safe space. At home, people are often caught off-guard. They do not activate their business-mindedness. At the seller’s office, individuals are subject to the specific framing environment of the other party. Well-placed advertisement and the specific use of sympathy biases and framing effects will lure people into contracts they actually do not want. When notarization is required, the parties need to go to the notary’s office, a neutral ground like the ancient market forum. The notary will also ensure that no undue psychological or even physical pressure is exercised on one of the parties.

In commercial settings, online authentication is oftentimes an option. The online authentication procedure as well entails the spatial benefits to some

extent: each party can withdraw to a safe place from which they decide to log into the notarial contracting platform which lives up to the highest data protection safeguards. However, the notary is not in control of what is happening “behind the screen,” which is why not all legal transactions are equally suitable for online authentication.

3. Substantive Element: Tailor-Made Advice

Finally, notaries explain unfavorable clauses to the party concerned and emphasize potential risks. The notarial advice is tailor-made, avoiding information overload. It points to the relevant legal aspects and thereby approaches the neoclassical assumption of perfect information. In addition, their intervention provides the basis for reliable registers, even further contributing to approaching individuals to the assumption of complete information.

When the notary perceives that one side is subject to optimism bias as to the risks of a certain incumbrance, she will emphasize this fact. When parties tend to neglect long-term effects, the notary will illustrate their potential risks. The notarial personalized expert advice on legal issues de-biases individuals and thereby ensures that private autonomy can truly flourish and lead to a pareto-efficient allocation of assets.

IV. Taste-Shaping by Notaries

Enabling an efficient allocation of goods within society is an important goal of the law. However, it is not the only one. In a republican tradition, the law also expresses societal values. Taking into account the endogeneity of preferences, the law is a tool to shape individual preferences and to create civic virtues. In this civic taste-shaping endeavor, the notary is also a key player. I want to illustrate this point with regard to default rules.

1. Societal Values and Default Rules

According to neoclassical economics and the theory of complete contingent contracts, default rules should mimic what the parties would have wanted to avoid the transaction costs created by parties opting out.

However, besides the fact that opt outs can have significant benefits because they force people to reveal their preferences, default rules can be conceptualized in a different way: they represent societal values. The German legal order describes this as the role model function (Leitbildfunktion) of default rules.

In the United States, an increasing literature, lead by Sunstein, perceives default rules as nudges which can be used to implement policy considerations. In the end, the idea is that default rules do not only influence our behavior by deterring us from opting out in light of the transaction costs an opt out brings with it. Instead, default rules would, according to the expressive or communicative function of the law, shape our preferences according to the values they entail.

2. Notaries and the *Status Quo* Bias

However, the expressive function of the law has been challenged by the fact that often people do not know the content of the law. Indeed, if people do not know the default solution, this solution can hardly influence their respective values.

The notary solves this problem. Before discussing different ways of opting out, the notary explains the legal default rules. Especially individuals without clear pre-shaped preferences are open and receptive to the solution the legislature has provided. Even though opting out would not be difficult in light of the professional advice by the notary, people are subject to the value-based status quo bias. In that sense, notaries fulfill an important democratic and civic mission. They interfere with people's feedback loops and provide a common ground of reflection – even more important in times of social media where algorithms only confirm one's own preferences. Notaries are nudging agents to implement values considered just and to foster societal cohesion.

V. CONCLUSION

In conclusion, behavioral economics can explain the benefits of notarization in two important ways. First, notaries de-bias individual preferences. In that sense, they ensure that real preferences are enacted and contribute to the pareto-efficient allocation of goods. Second, notaries shape the tastes of people in light of civic virtues enacted in democratic procedures. In that sense, they provide for societal cohesion. In short: the nudge of the law becomes efficient at the moment of notarization.





PROF. ANNIE I. RIVERA CRUZ

LLM, PUERTO RICO



Notary & Lawyer with more than ten years of experience in the legal area. Annie I. Rivera Cruz has a great interest in studying topics such as: the right to housing, property rights, obligations and contracts, human rights and working with communities.

ROLE OF THE NOTARY AND PROOF OF PROPERTY RIGHTS AFTER NATURAL DISASTERS

I thank the Latin International Union of Notaries for the invitation, as well as the Notarial College of Puerto Rico. I feel extremely honored to be sharing with you at this moment, surrounded by such distinguished professors and colleagues. I will take a few brief minutes to share with you some thoughts on the role of the notary and the proof of property rights after natural disasters.

Doña Ana, a 55 year old woman, housewife and caretaker of her elderly mother, lost her home located in a town in the center of the island due to the winds of Hurricane Maria. As the days passed, she patched up her property, while she requested assistance from various government agencies to rebuild her house. When going to the agencies, they requested evidence of her ownership. When going to the Property Registry, she realizes that her home is still registered in favor of the previous owner, she lost the copy of the deed in the middle of the natural disaster. She has no way to evidence her ownership. Thus begins a long road for the factual reality to match the legal reality, so the reconstruction of

her home did not begin until 5 years later, and she is still waiting for the delivery of her home by the government authorities.

Our beautiful island of Puerto Rico has some important peculiarities that are necessary to mention to have context in these reflections:

First: Puerto Rico, as has been mentioned on other occasions this morning, is a country of mixed tradition. In our small island, both Anglo-Saxon and civil law were combined as part of the Spanish and American colonization processes. In other words, "the legal transculturation, product of the confusion between our Ibero-American tradition and the colonial relationship with the U.S., has profoundly affected Puerto Rican legal development, creating something different from any of the original tendencies."¹ This legal transculturation allows us to establish bridges and links between both traditions.

Second: Puerto Rico, this beautiful Caribbean island, is located precisely in what is known as the hurricane corridor in the Atlantic Ocean. During the months of May to November of each year, the hurricane season passes and with it the unease of thousands of families who were affected by Hurricanes Irma and Maria in 2017 and who are still waiting for justice to be done while waiting for the completion or, unfortunately, the beginning in many cases of the reconstruction of their homes.

Third: although we have a jurisdiction whose source of law is mixed, the practice of the notary has survived the colonization and Americanization processes suffering some variations. Puerto Rico still today maintains the tradition of the Latin notary and has a Property Registry that, although with respect to some figures is of a constitutive nature, on the majority of legal figures maintains its declaratory character providing legal certainty in the transactions that are registered in it.

Because Puerto Rico is of civil law tradition, among the multiple forms of acquisition of domain is tradition. In our legal system it has been recognized that tradition is not constituted only by the acquisition of real estate through public instrument, but that the delivery of the real estate is considered part of the tradition for the acquisition of domain. This last element has the legal effect that for families to receive some type of documentary evidence of the legal business, they are forced to go to the Courts of Justice or ratify the mentioned business before a notary for it to be recorded in a public instrument.

¹ Gerardo Bosques Hernandez y Lin Collazo Carro, Puerto Rico, *La Historia De Una Jurisdicción Mixta En Busca De Una Codificación Civil*, 3 REV. JUR. INTER. 361 (2016).

Until November 27, 2020, in Puerto Rico for the transfer, modification of real estate, the authorization of a public instrument was required. Under our new Civil Code, it is only required in writing for evidentiary purposes of the legal business. However, there is a gap, for the legal business to have access to the Property Registry it is necessary that it be constituted by deed or that there is a judicial document. On the other hand, the notarial law prohibits the notary from recording sworn statements that have as their object the transmission of real estate. Therefore, for families to have protection and legal certainty, the notary is a fundamental piece.

As happened to Doña Ana, according to FEMA (Federal Emergency Management Agency) it is estimated that about sixty percent (60%) of one million one hundred thousand (1,100,000) applications for economic assistance for natural disasters were denied, for being ineligible². Although there were many other factors, one of the main reasons was that the applicant could not prove or evidence that they owned the home and/or the land for which the damages were claimed. This huge percentage of denials left many without the urgent housing aid they need, which has resulted in unmet housing needs.³

Thus, the evidence of ownership has been one of the central axes of the discussion in Puerto Rico around assistance to families in disasters, recovery processes and the right to decent housing. In most cases, that evidence of title requested by the programs refers to the certified copy of the public instruments authorized before a notary. The problem resided in that the families did not possess evidence of ownership, because the document was lost as a consequence of the natural disaster or with the passing of the years it was lost or because they have not been able to legalize their relationship with the land and their home due to lack of economic resources. This caused an unprecedented crisis in the country that caused, not only the speculation that disaster brings, but the increase in housing costs, displacement and great legal uncertainty where the notary occupied a very important place in addressing the crisis.

With great pride I have to say that hundreds of female lawyers and notaries, with very few resources, came to various communities to offer assistance to families who needed to evidence their ownership. Before the governmental vacuum, organizations such as the Notarial College of Puerto Rico, as well as

² *Report on the Assessment of Household Damages and Recovery Strategies for Puerto Rico.*

³ CDBG-DR, *Program Guidelines, Title Clearance Program, Department of Housing.* (August 2, 2023), [https://cdbg-dr.pr.gov/download/programa-de-autorizacion-de-titulos/?ind=1666814782607&filename=1666814782wpdm_TITLE%20CLEARANCE%20PROGRAM%20\(TC\)%20-%20PROGRAM%20GUIDELINES%20\(V.3\)%20\(ES\).pdf&wpdmdl=6539&refresh=644d29eeb2bc01682778606](https://cdbg-dr.pr.gov/download/programa-de-autorizacion-de-titulos/?ind=1666814782607&filename=1666814782wpdm_TITLE%20CLEARANCE%20PROGRAM%20(TC)%20-%20PROGRAM%20GUIDELINES%20(V.3)%20(ES).pdf&wpdmdl=6539&refresh=644d29eeb2bc01682778606) (citations omitted) (emphasis supplied).

the Resiliency Law Center responded with the design of Ownership programs. These programs that are still in force on the island, consist of providing free legal assistance to families who are victims of natural disasters, vulnerable and with few resources to formalize or obtain their evidence of ownership. From declaration of heirs, assignment deeds, surface rights, among others, there are multiple legal businesses that notaries grant providing families not only legal certainty, but access to social justice and, above all, access to the right to decent housing.

But this response from the notaries, the emergency caused by socio-climatic disasters, does not only occur in Puerto Rico. It is necessary to mention the measures taken by the Notarial College of Castilla-La Mancha, before the events of the Dana in the community of Valencia in Spain. From our island, our greatest solidarity with the Valencian community and those affected. The measures taken by the Notarial College of Castilla are also an echo of that sacramental phrase that affirms "only the people save the people": the establishment of free services for those affected in terms of protocolization and notoriety acts, the enablement of a search, issuance and free delivery service for people of physical copies of their deeds, as well as the use of the Notarial College headquarters for colleagues who need it, only reflects the essential role of the notary, not only in the emergency, but in the post-disaster process.

In Puerto Rico, as the challenge facing the country was evident, due to the lack of evidence of ownership, the Law to Accelerate the Processes to Grant Property Titles under the Title Authorization Program attached to the Department of Housing approved on December 23, 2022 was ratified. This Law seeks to make the legal processes more flexible so that families could obtain a property title by adding to the notarial competences the professionals of the notary of Puerto Rico to process in their notarial seat:

a) Declaration of domain; b) Resumption of the interrupted tract; and c) Declaratory Action of Usucaption. Although the aforementioned law was an advance, its scope was limited to people who are under a government program.

The invitation is for the law to be extended to the entire country. Similarly, it is necessary to establish methods that facilitate access the certified copies of their deeds for people who are victims of catastrophes, both those that are in the hands of notaries and those cases in which the custodian of the notarial work is the Notary Inspection Office.

CONCLUSIONS

It is necessary to become aware of the essential role that the notary will have for the protection of rights and to provide legal certainty in the face of natural disasters. In times of uncertainty, such as in the midst of a socio-natural catastrophe, the legal certainty and certainty offered by the notarial practice is fundamental not only for the country but for the peace and security of the affected families. We still have a long way to go, the invitation would be that in our country the digitization of notarial records is urgent in the face of catastrophe, it is also necessary to design a plan for disaster cases to assist families in an agile and organized way considering that atmospheric events will be stronger and more constant in the coming years.

The invitation in this space would be for the Union to take measures that standardize the response of notaries in the face of catastrophe also considering that colleagues are victims of the disaster as happened to us in Puerto Rico. It is urgent to strengthen and expand the training of notaries so that they can have the tools to go to communities to offer services to vulnerable populations. The notary provides certainty in moments of great uncertainty. Access to the notary can mean for a family, not only legal certainty, but being able to access a roof for decent housing. Let us remember that for Doña Ana it meant having a home to start over.





PROF. PETER L. MURRAY

HARVARD LAW SCHOOL, UNITED STATES



Over the years Peter Murray has worked extensively in comparative law, with particular reference to civil procedure in Germany and Europe. Consultant to the Maine Advisory Committee on Rules of Evidence, 1973 to present. Senior Fulbright Professor, University of Freiburg, Germany, 1998. Robert Braucher Visiting Professor of Law from Practice, Harvard Law School, 1996-2009 Former Faculty Director, Harvard Legal Aid Bureau.

DEVELOPMENTS IN REAL ESTATE TRANSACTIONS IN THE UNITED STATES

Introduction

Distinguished leaders of the Chamber of Notaries of Puerto Rico, Colleagues, and Participants in this Second Dialogue between Legal Systems - Thank you for inviting me and my friend and colleague, Professor Dr. Rolf Stuerner to speak with you on the attributes and comparative merits of notarial vs. common law effectuation of legal transactions, in particular those relating to real estate in Europe and the United States. My remarks will start with a description of how real estate transactions are handled under the “common law” system in the United States and the growing role of neutral resources in certain kinds of such transactions, with mention of how neutral professionals, in the form of mediators are playing ever greater roles in civil litigation.

Prof. Dr. Stuerner will continue with a description and discussion of the role and function of notaries in legal transactions in Germany and the European

Union. He will also discuss some recent developments with respect to the role of the notary within the E. U. and its Member States.

We will follow our initial presentations with a third shared segment in which my remarks will focus on comparing the costs, quality of function, and other attributes of the U. S. common law system versus the civil law notarial system in the handling of real estate transactions. Professor Dr. Stuermer will wind up with some observations on how Puerto Rican jurists can maintain a high-quality notarial system in which lawyers can also function as notaries.

The common law legal tradition

In contrast to most of Europe and Central and South America, which share a legal tradition originally largely based on Roman law, the United States, as a former colony of Great Britain, belongs to the so called “Common Law World.” Great Britain, as an island nation developed during the Middle Ages a legal system that was, to be sure, influenced by Roman Law, but in many respects exhibiting its own character with roots in customary law and local customs from Northern Europe of earlier times.

Under English “common law,” real estate transactions were largely private matters, undertaken between landowners without overt participation of the sovereign. There was no need for any kind of “public document” to effectuate the transfer of land. The parties could contract with each other and transfer land by written deed without the required intervention or officiation by any public official or public notary. Parties could be assisted by legal advisers and represented by lawyers both in contested court proceedings and in private negotiations, but the lawyers roles were auxiliary to their clients and their respective interests.

Party based transactional law

The various states of the U. S. as colonies of Great Britain imported English common law in the 17th and 18th centuries and maintained it after Independence late in the 18th century. Although we speak of United States transactional law in this talk, private law is largely law of the various states of the U. S. such as New York, Massachusetts and Maine. So when you hear talk of U. S. law, this is a generalization of the various and varying laws of the 50 individual states.

The model for U. S. transactional law is that of the individual parties, each advised by and represented by her own legal counsel where needed, dealing directly with each other to create contracts and effectuate legal transactions. This is based on the theory that the direct interaction of individually-advised interests will generate transactions that are fair, and that the parties or their partisan advisers acting collaboratively will be able to create the necessary documentation to effectuate them.

This transactional model differs from the litigation model in that in litigation there is also direct and competitive interaction by the parties, generally each represented by an attorney, but this time in the presence of a neutral decision-maker, who will then reach a decision on the issue in dispute.

The party-based common law model presupposes that the transacting parties are of more or less equal bargaining power and that both have access to legal assistance of comparable quality to advise them and participate in the creation of the transaction documentation. If one of the parties is not advised by a lawyer, or if a party's lawyer is less knowledgeable or capable than the other party's lawyer, there is a risk of that party being overborne by the other party's superior resources. Such imbalance produces bad transactions.

A traditional U. S. real estate purchase and sale transaction

We can take as our example of a common real estate transaction in the U. S. the purchase and sale of a single-family residence – a home sale. The participants in this transaction are typically the seller of the property, the purchaser, and a bank or financial institution that will loan the buyer the money to make the purchase, which loan will be secured by a mortgage on the property being purchased.

Under the classical common law model, each one of these transaction parties would have the opportunity to have its own legal counsel to advise it and participate in the documentation of the transaction. The respective lawyers would advise their clients and represent their clients in negotiations with each other. Once a “deal” had been reached, the lawyers would collaborate in drafting the documents necessary to complete the transfer and establish the loan and mortgage. One lawyer would prepare a draft of, say, the deed, and submit it to the opposing parties, who would then comment and suggest revisions, which would be negotiated until a final draft, satisfactory to all parties, had been agreed on. This final draft would then be signed by the parties. There is no requirement that the documents be signed in the presence of any official or that any official have any part in their preparation.

Systems of real estate title in the U. S.

The various United States have very antiquated systems of determining title to real estate. There is no state that maintains a comprehensive system by which ownership of real estate can be registered as is the case in most countries in Europe and the New World. Starting in the 1890s efforts were made to establish such a system in several States, but ultimately they failed. In a few states, notably Massachusetts, it is possible to register ownership of land, but the process is expensive and only about 10% of the land is registered.

In lieu of registration, deeds and mortgages affecting the title to real estate are simply recorded *seriatim* in a public record and indexed so that people can find them usually under the names of the parties. When one wishes to determine the ownership of a parcel of real estate, one goes to these records, nowadays electronically, and looks under the name of the party claiming ownership. If the examiner can find a recorded instrument conveying the described parcel to that person from a prior owner, then the examiner will search the indices under the name of the prior owner to see if there is a recorded instrument conveying the described parcel to her or him. And so it goes, backward in time until the examiner finds records that people have conveyed this parcel as if they owned it for a certain period of time. In most states, this has been 60 years provided that none of the recorded instruments in the “chain” of title exhibit any irregularity or hint at some outstanding interest.

Following this examination, the title examiner gives the potential buyer or mortgagee a “title report” indicating that the chain of title is intact and that it is likely that the owner has good title. This is only a guarantee of the accuracy of the search, not an actual guarantee of title. There may be some outstanding interest not of record that may affect the title. But this was good enough in the US for a long long time.

Advantages of this model

The U. S. model of direct action conveyancing by parties with their lawyers has certain advantages in the U. S. legal culture. First of all, each party can obtain advice from a legal professional accountable solely to that party. That can result in addressing legal issues that may be otherwise overlooked. Second, if a party does not need professional legal advice, or the circumstances of the transaction (a family conveyance, for instance) indicate that such advice is not needed, the party need not pay for professional help. The autonomy of the individual parties is maximized.

By the same token, the antiquated American recording system for title deeds has the advantage of being relatively inexpensive to maintain. And in most cases, where there is no real question about the title, it provides satisfactory results.

Drawbacks of this model

The American model for real estate transactions has certain drawbacks that in a sense mirror its advantages. First, if all parties are to be on an even playing field with respect to advice and representation, each has to hire his own lawyer. This can result in some overlapping and duplicative legal resources. The interest of the buyer and the bank as mortgage are partly the same and partly different. For each of them to have to pay its own legal counsel can be expensive.

On the other hand, as indicated above, if one party waives his own legal counsel, he cannot count on the lawyers for the other parties to protect his interests, or even inform him of any pitfalls in the transaction. So that if the buyer of a house counts on the bank lawyer (which he usually is required to pay in order to get the mortgage) in a house purchase transaction, he cannot expect that this lawyer will look out after the buyer's interests, especially if they are at variance with the apparent interests of the bank.

Relationship of transactional lawyer roles to common law civil litigation

The partisan roles of U. S. lawyers in transactional law are somewhat parallel with the roles of parties and their lawyer in civil litigation. The adversarial system of civil litigation features the work of the parties and the lawyers opposing each other in presenting the case as opposed to the work of the judge learning about and deciding the case. So that not only identification of the evidence, but also complete presentation of the evidence is the purview of the parties lawyers. This means that the outcome of U. S. litigation can depend a good deal on the relative skill and ability of the parties' lawyers. A party with strong resources and a capable and energetic lawyer has a better chance sometimes than a party with an indifferent or sluggish lawyer. The theory is that the best results in terms of illuminating the truth will be the result of the strong clash of opposing partisan views and that the decision-maker should interfere with the parties presentation as little as possible.

Recently there has been a movement toward greater intervention by neutrals in real estate transactions

Many real estate transactions, particular home purchases and financings are now handled by neutral “title companies.” Individual parties do not have their own legal representation. Title companies, professional services firms, handle all paperwork, title research, documentation and recording in the course of a more or less normal purchase, sale and financing of real estate. The title companies are supported by fees for their services in examining the title, drafting instruments, attending to the signing of the papers, and recording the instruments of transfer, as well as generous commissions on the sale of title insurance. More of this last below.

It can be said that the displacement of the classic party lawyer model with the empowered neutral title company model parallels developments in civil litigation, where mediation now determines most civil cases. If time permits, this latter may be discussed a bit below.

Traditional forms of residential real estate finance

For a long time, by far the most common form of real estate transaction in the U. S. has been the purchase and sale of a single family or small multiple family residence. Such purchases were typically financed by local banks and savings and loan associations using deposited funds and loans from federal loan agencies or other banks. These local banks relied on the title opinions and transaction documentation of lawyers in the locality of the bank and frequently of the property in question as well. The mortgages were typically retained by the bank that originated them.

Practices in the closing of real estate transactions were somewhat localized. Often the bank lawyer was the only lawyer who participated. While such arrangements were non-adversarial, it cannot be said that the other parties, seller and buyer, were under any illusion that the bank lawyer represented them or was particularly looking out after their interests. So, while the bank lawyer often drew the deed to be signed by the seller, and even would charge the seller for it, it was generally clear that the bank lawyer was functioning as counsel to the bank. In this context the buyer was often unrepresented, although the buyer generally paid for the title search and the other fees of the bank lawyer. In rural areas at least a sense of local accountability tended to restrain the bank lawyer from taking advantage of his special knowledge to the serious detriment of the buyer.

Changes based on the secondary market for real estate mortgages

Starting in the latter years of the 20th century and running up to the 2008 financial crisis, U. S. banks sought to leverage their real estate loan activities by originating mortgage loans and then selling the secured loans to be bundled into securitized mortgage funds. This gave the banks liquidity to originate more loans and access to the various fees incidental to loan origination as well as the value of the interest-rate bargain that the bank had struck with the borrower for the overall loan. This market for mortgages was a national one, which required a certain uniformity of mortgages sold on it in terms of form and quality of collateral. Local title standards and opinions of local lawyers as to the quality of the mortgagee's title would not suffice. In the absence of a reliable and uniform underlying title system, the financial firms that syndicated and securitized home mortgages needed something to protect them from unexpected failures or encumbrances on the title of the collateral.

Enter title insurance. Insurance companies were willing to issue policies guaranteeing the quality of the title of a given parcel of land and reimburse for damages caused by failure of title. This was ideal and uniform protection for mortgagees from risks to the integrity of their collateral that were otherwise not covered by the simple recording system of title. If there was a title problem that caused the mortgagee damage, the title insurance policy would make the mortgagee financially whole.

Title insurance turned out to be extremely lucrative for the companies issuing policies. In most states, the loss ratio on title insurance has been of the order of 3% of the premiums collected. Although the simple deed-recording system in the U. S. is nowhere near as reliable as the title registration system in many other countries, most titles to ordinary residences and commercial properties are good.

The lucrativeness of title insurance is partly because title insurance is generally issued on a captive, as opposed to a free market. The mortgage borrower is simply told that she must have title insurance to protect the mortgagee and that she can get it from a particular company designated by the bank or title company closing the loan. Although the title insurance is frequently the largest single expense on a residential mortgage loan closing, it is generally a small percentage of the mortgage and bearable under the circumstances.

It should be noted that title insurance protects only from financial loss from failure of title. It does not guarantee the title in any way. So that if there is a complete failure of title, the insurance would reimburse for financial out of pocket losses, but the owner/borrower would not get the land back.

The large profits available from title insurance and the fact that the market for this insurance is not a free market, but more or less controlled by the lawyers and title companies that effectuate real estate mortgage loan transactions, has led to a kind of “reverse competition” by insurance companies to induce these title companies and lawyers to place their clients or customers title insurance with them. Commission rates are pegged at the highest level that is allowed under the law of the state in which the title company operates – in some states as high as 70 to 80% of the premiums paid. Although this form of extra compensation is known to some customers, most purchasers of real estate pay their premiums for title insurance in total ignorance that up to 80% of that premium is being kicked back to the title company or lawyer that is handling the closing.

Access to the secondary market greatly increased mortgage activity

As mortgage interest rates decreased across the United States activity increased and homeowners would refinance their mortgages over and over to take advantage of lower rates or special promotions from mortgage purveyors. Although many banks continued to originate home mortgages, there also developed non-bank “mortgage companies.” These entities would originate home mortgages and then sell them to financial services companies which would “bundle” mortgages and sell them on the secondary market as mortgage-backed securities to investors of all kinds. The practices of the largely unregulated mortgage companies to grant mortgages to unqualified buyers and the practices of mortgage bundlers to “upgrade” portfolios of marginal mortgages contributed materially to the so called Great Recession of 2008.

To deal with the increased volume of mortgage activity, lawyers founded “title companies.”

Traditionally, real estate purchase and sales transactions were “closed,” that is completed and documented, by one of the parties’ lawyers in his office or at the office of the bank. The increased volume of transactions and the emergence of non-bank mortgage originators has resulted in the creation of “title

companies.” The business of title companies is the completion of real estate transactions and the sale of title insurance.

Currently, parties to a broker-negotiated contract for the sale and purchase of a home would not go to one of the party’s lawyer, or even the bank’s lawyer for completion of the title transfer and recording of the instruments. Now most likely, they would go to a title company, often recommended by the real estate broker, which would attend to documentation of the transfer and mortgage, if any, and would also issue a policy of title insurance. The final closing at which the documents would be signed and the money paid over would take place at the office of the title company. The title company would send the signed instruments in to the registry of deeds for recording.

How are title companies compensated for performing these services? Generally they collect relatively modest “closing fees” from one or both of the parties. A more significant source of their compensation are the very generous commissions on the title insurance placed.

¿Cómo se compensan las compañías de títulos por la prestación de estos servicios?

Generalmente, cobran tarifas de cierre relativamente modestas a una o ambas partes. Una fuente más importante de su compensación son las comisiones muy generosas sobre el seguro de título establecido.

Title companies as de facto neutrals

The title companies handles a real estate transfer and mortgage transaction for all parties. At least in theory, it should be neutral in its dealings with all parties. They are under no legal obligation to advise any party in particular and generally do not give advice at all.

Originally the title companies were owned by lawyers and generally had at least one lawyer on the staff. Drafting legal instruments and researching land title records was considered the practice of law, reserved in most states to licensed lawyers. More recently this requirement has been relaxed. Title companies can be owned by anyone. They are generally staffed with paraprofessionals, not fully trained jurists. Sometimes they are informally affiliated with mortgage origination companies.

With respect to most ordinary residential land sales and finance transactions, the role of the party lawyer, working collaboratively with an opposing party lawyer, has been taken over by a neutral title company which does everything on its own.

Little or no regulation of title companies

Although title companies do work that was formerly (and still is) done by lawyers, in most states, title companies are not regulated in terms of credentials of employees, quality or even cost of their services. But there is no general consensus as to whom a title company owes what legal duties.

For instance, it is not clear whether a title company owes a buyer any duty to advise the buyer about any legal problems with the transaction or the title to the property. Does a title company have to advise the buyer as to possible issues with the title of the property that do not prevent coverage by title insurance? Usually, the seller is paid and does not need advice. However, both the buyer and the financing bank will be living with the property and might well be affected by some defect in title, some governmental restriction on use, some possible latent adverse claim. If these affect the willingness of a title insurer to issue a policy, then they must be brought up and dealt with. However, if the insurer will “insure over” the defect, does the title company have to disclose the defect?

In some states, title insurance companies were willing to issue policies without requiring a full examination of the title of the insured property. For them it the risk of defect was considered small enough so that the increased likelihood of a covered risk was less than cost of the examination. The problem was that title insurance does not guarantee title of the property. It merely reimburses for monetary losses caused by failure of title to the property. A failure to examine the title thus put the landowner’s actual ownership of the land at risk, not only the insurance company’s money. Now title insurance companies are required to examine the title of land when they issue a policy.

Regulation Cont’d

This does not mean that there is no regulation of real estate transactions in the U. S.. Many aspects of real estate transactions are regulated by state law, by federal law, or by both. In most cases, it is a matter of a required disclosure.

The idea is that if the facts are disclosed to the buyer, mortgagor, or whomever, that party can act to protect himself under the circumstances.

Typical regulations relating to real estate transactions are required disclosures by the seller concerning the condition of the property, potential presence of oil, asbestos or other contaminants. Lenders are required to make comprehensive disclosures concerning the terms of the indebtedness and any mortgage to secure that indebtedness. Real estate brokers are required to make disclosure of all material elements of their relationship with the customer in a written contract. These regulations often require the generation of detailed paper forms that must be prepared, reviewed and signed in connection with real estate closings.

Indeed, premiums and commissions for the sale of title insurance are also subject to regulation by the insurance regulatory authority of every state. This regulation has not prevented the level of premiums to be set at a level that permits a sales commission to the title company or lawyer in the realm of 70-80% of the premium.

Bottom Line - Title companies as neutrals

At the present time, the field of conveyancing and encumbering residential real estate in most, if not all of the United States, is dominated by title companies. The classical model with lawyers representing both parties and working collaboratively to close the transaction still functions in larger commercial and institutional transactions. In terms of numbers of transactions, the title company model clearly predominates.

Title companies frequently have practical expertise in real estate transactions and the various forms and regulations that must be filled out at a residential real estate closing. Larger title companies maintain their own files of conveyances to which they can refer for repeat conveyances of the same property over time. They are relatively efficient in performing simple closings of residential real estate.

On the other hand, parties to transactions by title companies do not know whether they can count on title companies to look out for their particular interests. The interest of the title company is to get the transaction closed and the policy of title insurance issued.

Anything that would jeopardize a closing is not in the interest of the title company.

Finally, it is clear that the operation of title companies, and the reliance on recorded instruments and title insurance rather than positive land registration, can be a very lucrative business. This can be at the expense of weaker transacting parties, above all buyers and mortgage obligors.

Resolution of transaction disputes

Sometimes during the course of a real estate transaction there can arise misunderstandings or even disputes between the parties that have not been evident before. In the case of non-residential real estate transactions conducted by lawyers, the only option is negotiations between the parties. There is no neutral in place to guide or mediate these discussions. If the negotiations are successful, the lawyers can revise the documentation to resolve the dispute. If they are unsuccessful, the transaction can “crater” or go into litigation.

American litigation has seen a great growth in the roles of neutral mediators to bring contesting parties to compromise resolutions of their disputes. Currently, most civil cases are resolved short of trial, usually with the assistance of mediators. In most states, mediation is required before a civil case will be set for trial. This development has resulted in massive savings of dispute resolution costs and time.

As mentioned above, U. S. residential real estate transactions are generally completed with the assistance of title companies. Do these agencies function as mediators to assist in the resolution of disputes that may arise in the course of transaction completion? The answer is “no.” Title company personnel are not trained to function as mediators. A title company closing agent can pass forms around and make sure that they are properly filled out and signed, but lacks the stature to exercise mediative influence. The result is that if a dispute arises that the parties are unable to resolve between themselves, the transaction will fail or litigation will ensue.

The current state of U. S. real estate transactions

Commercial Real estate transactions in the U.S. continue to follow the classical model of individual parties advised and represented by their own lawyers negotiating with each other and collaborating in the documentation. Residential real estate transactions have become largely the province of title companies which are at least in theory neutrals. This use of neutrals saves resources in comparison with the classical model under which at least two lawyers will

be involved. However, the precise role and responsibilities of the title company vis a vis the respective parties is not well defined.

The weakness of the deed recording systems of the various states and the need for a single form of protection of mortgagees from title defects has led to the use of costly title insurance in virtually all U. S. real estate transactions, commercial and residential. This circumstance adversely affects the cost of U. S. title transfers vis a vis the costs in countries with better land register systems.

How does this all compare with how real estate transactions are conducted by notaries in civil law jurisdictions? That we will discuss a bit after hearing from Professor Dr. Stuermer.





PROF. DR. DRES. H.C. ROLF STÜRNER

UNIVERSITY OF FREIBURG, GERMANY



Prof. Dr. Rolf Stürner from the Faculty of Law of the University of Freiburg has received the State Research Prize for fundamental research for his development of new international procedural principles. AREAS OF EXPERTISE: Insolvency (Bankruptcy Law), Civil Practice & Procedure (Litigation), Securities Law, International Law, Real Property, Comparative Law.

THE ADDED VALUE OF NOTARIAL INVOLVEMENT

Comparative observations

1. Preventative and restorative justice

All modern legal cultures consist of a mixture of legal institutions designed to give recourse to citizens harmed by breaches or violations of the legal order (institutions of restorative justice), and legal institutions that are designed to prevent breaches and violations before they occur (institutions of preventative justice).

Many forms of regulation can be regarded as institutions of preventative law. For instance, the requirement that lawyers be licensed and possess minimum qualifications of character and education, seeks to prevent the harm that would be anticipated from unqualified or dishonest persons attempting to advise and represent their fellow citizens in legal matters.

On the contrary, legal institutions such as court and arbitral proceedings or mediation processes concerning already existing legal disputes enabling parties harmed by legal breaches to seek monetary recourse can be regarded as institutions of restorative justice.

2. Balancing elements of restorative and preventative justice

The precise composition of the mixture of preventative and restorative legal institutions varies with the issues to be addressed and the values of the legal culture. Sometimes, however, preventative measures designed to prevent harm may also unduly constrain the affected citizens' freedom to do much that is not harmful, or may make it unduly expensive. In determining whether a particular risk of harm can be efficiently addressed by measures of preventative justice, legislators must balance the effectiveness of the measure in preventing the harm with the cost of the measure both in terms of increased transaction cost plus constriction on freedom of action.

3. The Value of certainty and predictability in continental tradition

Continental legal cultures, especially Germany, Austria, Switzerland, and Spain as well as some Eastern European and even Ibero American countries place value on certainty and predictability and on the avoidance of unnecessary disputes and litigation.

The concept of preventative justice could be embedded in the design and operation of many legal institutions. These include public registers such as the land registers and commercial registers, which are designed to provide a high level of certainty in real estate title and in part also in corporate capacity matters. Citizens are able to rely on the regularity of these registers in the most serious legal transactions, although the scope and degree of their reliability differs in that the protection of priority is much more common than any guaranty of the legal existence of documented rights and legal capacities as such.

Although real estate and corporate law transactions are commonly thought of as "private law" transactions, there is a strong public interest in seeing to it that they are performed fairly, properly and competently. The same is true for wills or marriage contracts in so far as land or other valuable assets are concerned. Real estate matters involve apportionment of the earth's surface on which everyone lives. The creation of artificial entities with perpetual life that have the capacity to hold property and function in many respects like natural persons also affects third parties and the general public in a very direct way.

It has been this combination of protecting simultaneously both private and public interests that has contributed essentially to the notariat's survival of the revolutionary periods in Europe where many traditional institutions of the pre-revolutionary epochs were torn down. For instance, the French revolutionary parliament, held it to be self-evident that „society needs persons who certify contracts, officials who confirm their truth...and impress on them this character of authenticity without which law cannot acknowledge them... and that the common interest demands additionally that well experienced men are available to enlighten their fellow citizens and to preserve them from these disastrous errors which destroy individual wellbeing and happiness and in doing so attack the public order and welfare.” The argument that there was no necessity for notaries besides lawyers who could take care of the citizen's private interests did not find the consent of this assembly. Its understanding of public order and welfare was not based on the conviction that individual freedom for the pursuit of individual happiness alone could guarantee public order and welfare. The idea has been that human beings living together in freedom and wealth need reasonable and well considered compromises under the rule of law, not only to address existing legal disputes but also before they arise. The idea would be to resolve them by forms of rights-based mediation carried out by independent legal professionals endowed with a kind of soft public authority and that would enable citizens to respect the necessity of legally well balanced agreements in their daily life.

4. The notary as a third neutral or in common law parlance a “lawyer for the situation”

The role attributed to notaries as a kind of rights based mediator makes it clear that notaries called upon to authenticate a transaction should not represent a client in the way a lawyer would.

The notary's duty is not directed towards any participant of a transaction, it rather extends to all of them. The notary's responsibility is to make sure that a transaction is effected lawfully according to the informed will and understanding of all the participants. Neutrality and independence should be vital elements of the notaries' role and function.

Notaries should be not permitted to act as a kind of broker or financial middleman with respect to transactions that they authenticate. Notaries should also not be permitted to form any partnerships or associations with other kinds of professional practitioners such as accountants, tax advisers or even lawyers without taking special safeguards in the interest of their neutrality.

5. Some important characteristic features of a notarial profession that fulfills the requirements of added value

5.1. The significance of notarial authentication

The role of the civil law notary should be conceptually associated with the “authentic” document, transaction or legal act. In civil law legal parlance the concept of “authenticity” goes beyond the notion of physical genuineness of a particular paper or legal document, where it frequently stops in the U. S. and other common law countries. Civil law authentic documents have the proof value of public documents and are considered enforceable instruments especially for monetary claims arising from authenticated contracts. Notaries, therefore, should not be permitted to authenticate contracts or other legal instruments that contain unfair clauses or terms to be considered void or ineffective according to the case law of highest courts. Especially in legal cultures where courts exercise a kind of supervision of the correctness of contractual terms, authentication by notaries should contribute to a quick and reliable transposition of such case law into the forms used by practitioners. In case of doubt notaries should clarify the state of legal discussion and record their instructions of the parties within the authentic document if the parties insist on authentication.

5.2. Legal duty to perform their functions

Notaries should be under a legal duty to perform their official functions on a “cab-rank” basis, and may not decline to authenticate those documents, acts and transactions that the law requires to be in authentic form based solely on grounds of economics or personal preference.

5.3. A well-balanced legally determined fee structure

An important feature of this understanding of a notariat as an institution of preventive justice is a statutory regulation of fees. Notaries' fees should be governed by a legally determined list or table. Fees should, in general, not be subject to free agreement between parties and notary. This does not mean that legislators could not provide a frame for fees enabling the notary to determine the exact amount to be paid according to the circumstances of the case and especially depending on the workload caused. The design of the cost provisions should not give reason for undue, open or hidden, negotiations about concessions of the notary concerning the authentic documents content. Law should not be treated as a trade, although the prominent Supreme Court Justice Blackmun once argued that “the belief that lawyers are somehow

“above” trade has become an anachronism”, thereby opening a new epoch of a more economized understanding of legal professions.

5.4. The notariat as a legal profession with both public and private attributes

The status and the role of a notary in civil law systems is considered to partake of an official as well as a professional character.

As a consequence, a kind of moderate competition should characterize the professional coexistence of notaries motivating to a public service satisfying the wishes and needs of the citizens.

5.5 Notaries as Consultants or Lawyers?

Notaries in some civil law systems are recognized specialists in the branches of law in which they are called upon to create authentic documents and transactions. Knowledgeable parties sometimes resort to such notaries for especially difficult transactions. Notaries are then sometimes consulted for legal advice without being asked to create documents or authenticate specific transactions. Notaries with a high reputation for specialized expertise may generate significant income from such consultations, the fees for which are not regulated in the same manner as are the fees for transaction authentication.

This second field of notarial activities that has a long undisputed tradition could be considered a first step towards commingling the notarial function and lawyering. Indeed, some civil law countries like Germany in some of its individual states (“Länder”) permit lawyers to serve as notaries and to join partnerships or other kinds of law firms.

It should be, however, seen that, in the interest of impartiality and neutrality, a clear separation of roles is an indispensable requirement of the notarial function and that rules of incompatibility and transparency should protect participants of authentication procedures from bad surprises and the notarial profession from a loss of public trust in their neutrality and independence.

6. The modern civil law notariat and the European Union

6.1. The state of the notariat at the beginning of the european communities

According to the French modernized example, in most continental legal cultures the notariat evolved into a liberal profession, which was a part of the noncontentious jurisdiction with special organizational features.

Inevitably, differences and national varieties have developed during centuries.

Thus, the idea of an originally more or less uniform system of non-contentious jurisdiction or a uniform notarial system within the European Communities and later the European Union would be misleading and not reflect the reality.

6.2. The European Union and the traditional liberal professions

The European Union and its predecessors, the European Communities, were originally mainly attempts to establish a common European market based on market freedoms like free movement of goods and free movement of persons, services and capital among all Member States.

The underlying theory of the original structure of the European Union has been the idea of a competitive marketplace society where individual market freedoms to maximize profits provide the key to technical, economic and social progress. According to this conception of human society, in many fields of economic and social life, legislative intervention should be the exception, requiring strict justification based on urgent considerations of public good. A wave of deregulation began to transform liberal professionals and especially legal professions into market-oriented entrepreneurs doing their European wide or even worldwide business in firms or mega-firms free from a significant part of former regulations.

The notariat as a liberal profession with a dense network of regulations increasingly attracted the attention of the European Commission and its deregulatory intentions.

6.3. The European Commission's original conception of the notariat

In 2007 the European Commission formulated a statement on limitations of competition, which expressed a remarkably aggressive fundamental position: *"The Commission does... not accept the contention that notary activities are the exercise of public authority... The Commission deems that notary activities fall within the economic articles of the EC-Treaty, including EC competition and internal market rules. As a consequence, the notary profession should be treated no differently than any other profession."*

6.4. The 2011 ECJ decision on nationality requirements for notarial office

Later the Commission lodged a claim with the European Court of Justice against Germany and those other Member States that permitted only their

own citizens to apply for notarial offices on the premise that the notarial function was an exercise of public authority not falling within the economic articles of the EC-Treaties. The ECJ determined that notarial authentication falls to a certain degree within the economic articles of the EC-Treaties. However, the ECJ conceded that the public interest in an adequate administration of preventative justice could justify restrictions of the EU-wide freedoms in the provision of services and in establishment. These could include restrictions which derive from the procedures by which they are appointed, limitation of their numbers and their territorial jurisdiction, or the rules governing their remuneration, independence, disqualification from other offices and protection against removal.

6.5. Recent ecj affirmation of the authentication monopoly of notaries

More recently in 2017, the European Court of Justice affirmed the decision of an Austrian court that excluded foreign attorneys from authenticating signatures on documents to be submitted to the land register office for re-registration. The Court held that a monopoly of notaries to authenticate documents for reregistration in land registers is justified by the public interest in the full and absolute reliability of the land register.

6.6. Remaining doubts and the necessity for notaries to be vigilant in defending their position

Despite this apparently improving situation with respect to European Union law, there has been no good reason for European notariats to become complacent.

First, the past legal attacks of the Commission against the notariat have not been without effect in some important countries of the EU such as the Netherlands, Portugal, Poland, Italy, and last but not least, France. All these countries have taken either major steps (Netherlands, Portugal, Poland) or minor steps (Italy, France) towards deregulation and more competitive “authentication markets” thereby gradually undermining or endangering the conception of the independent administration of preventative justice.

The French practice to permit adversarial authentication procedures where each participant has its own notarial advisor derogates from the idea of a third neutral who is responsible for legal correctness and consensual conclusion based on transparent rights-based notarial mediation in case of differing interests regarding the details of a contract’s contents. The route taken may turn out to be the road towards pre-contractual negotiations supported by the legal advice of specialized attorneys.

Second, the European Commission has tended to put emphasis on simple and speedy performance of mass or routine transactions through the use of digitalized records and electronic communication systems as well as direct access to the contents of registers. This all too often is combined with proposals for “do it yourself” real estate or corporate law transactions with the help of templates, forms and simple kinds of controlling artificial intelligence offered by internet providers and platforms.

Third and finally, it has not been only the European Commission that has undervalued the notariat’s function in a modern world. The World Bank’s former „Doing Business“ reports and the reports of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) criticized seriously notarial interventions within the free market of legal services.

Some of these concerns may now be discussed in more detail by Peter Murray





PROF. PETER L. MURRAY

COMPARATIVE COMMENTS

This part of our presentation, will focus on comparisons of the performance of notarial vs. common-law systems in real estate transactions and the route to successful maintenance of a high quality notarial system in Puerto Rico in face of challenges by freemarket systems in the U.S.

Which model of real estate transaction serves the public better?

Transfer of real estate and use of real estate to secure indebtedness are basic private law transactions that are important in every legal system. These kinds of transactions are common not only among businesspeople but are important to the many citizens who during their lifetimes buy or sell their homes. It is fair and appropriate that any system to accomplish these transactions stand up to rigorous comparison with other systems in use in the modern-day world. Are persons buying and selling real estate better served by the party-and-lawyer model, or by a system of public notaries, accountable to all parties, with public responsibilities, and subject to significant regulation?

Between 2004 and 2010, Professor Stuermer and I undertook certain studies of real estate transaction practices and costs in various European notarial jurisdictions and in the common law jurisdictions of the U. S. and Great Britain. The European notarial jurisdictions studied were Germany, France, and Estonia. Sweden, where real estate is transferred without the participation of either lawyers or notaries was also included in the study. The results of these studies have been published in the little book, *The Civil Law Notary, Neutral Lawyer for the Situation*.

Our investigation also made us aware that the role, function and institution of the civil law notary has come under some question in recent years under impetus from U. S. free market ideology. At the time of our study, the notarial function was being questioned within the European Union. Since then, we have addressed the issue to the World Bank. Now it appears that the free-market enthusiasts might be questioning the value of notarial involvement here in Puerto Rico.

Axes of performance comparison

An important criterion for comparison of law and legal institutions is the cost participants must incur to have it function. Another criterion was the quality of advice and certainty of legal outcome provided by the system. A third aspect worth considering is the extent to which the system can provide comprehensive services in connection with the transaction such as obtaining regulatory consents and discharges of prior indebtedness?

A crucial issue on the present-day legal scene is how a notarial system can establish its legitimacy and value as a matter of politics, especially in the light of current enthusiasm for free-market institutions and practices? How can the attorney-notaries of Puerto Rico structure their institution to provide the various attributes of notarial involvement within the context of their professions as attorneys?

In this part of the program, my role will be to discuss the comparative costs, quality of advice, and comprehensiveness of service of the notarial versus the common law approach. Professor Stürner will address the issue of the political viability of notarial institutions and how the Puerto Rican notariat can be defended against free-market criticism.

Cost – Which system tends to produce lower costs for participants?

Comparing costs borne by participants in common law vs. notarial system is complicated a bit by the fact that costs are imposed differently. On the common law side, the main drivers of cost are 1) the cost of legal representation, which is generally based on an hourly or pre-transaction rate, 2) title company fees in residential real estate transactions handled by title companies, also hourly or per transaction, and 3) the cost of title insurance which is required by lenders and has become customary for practically all transactions. Title insurance costs are partly per policy and depend in part about the value of the property insured.

For the purpose of this talk, we will focus on comparisons with the German notarial system, which resembles to a large extent the Spanish system, with which many of those present are likely familiar. Under the German system, notaries document all real estate transactions and are compensated according to set fees based largely on transaction value. The U. S. systems that we review for comparison were those in New York, a large metropolitan state and Maine, a small rural state.

To generalize, we found that, in general, notarial systems with regulated fees based on transaction values tend to be less expensive for participants than common law systems in small or medium sized real estate transactions.

Costs in common – law transactions tended to vary based on which and how many parties have separate lawyers and whether title insurance is purchased. As noted earlier, in all residential real estate transactions involving a lender title insurance will be required at significant cost to the buyer/mortgagor.

Notarial systems like that in Germany with a reliable land register usually involve a single transaction value-based regulated fee for all services incident to the transaction. This leads to a level of predictability of the transaction cost and a high level of certainty in the title of the parcel being transferred.

Example

A purchase and sale of a home for a purchase price of 250,000 Euro

Our 2006 comparative study included estimated costs for all parties in a number of hypothetical real estate transactions. Information was obtained by reference to published fee schedules and from inquiries to qualified professionals about fees and costs not published in official schedules.

In Germany, a notarial jurisdiction with tightly regulated fees, the total transaction cost of the parties to effectuate a hypothetical purchase and sale of a residence for a purchase price of 250,000 Euro would be about 1,100 Euro. This would be mainly the statutory fee to a single notary to perform the transaction.

In Maine, a smaller American states, the transaction cost would include a “closing fee” of a lawyer or title company, plus the cost of title insurance bought by the buyer. That would be about 1,250 Euro. In New York, a large American state, the two-lawyer model has not been replaced by the title company. There the cost would include two lawyer’s fees plus the cost of title insurance, at that time 1,614 Euro. Thus for a purchase and sale of a house for 250,000 Euro, the notarial transaction in Germany would take place at a materially lower overall cost than would be the case for a common law transaction in New York and at a somewhat lower cost than would apply even in a rural state like Maine. Inflation since then has doubtless increased all of these numbers, but we believe that they remain in the same relationship.

Our study included a number of hypothetical transactions with varying transaction values. With smaller transactions, the value-based German no-

notarial fee tended to be lower than flat or hourly fees plus title insurance in U. S. transactions. On larger transaction, hourly-based fees tended to increase more gradually than the value based notarial fees.

The bottom line of our study was that in a properly regulated notarial jurisdiction transaction costs are not higher than in common law jurisdictions, and in many cases, particularly the lower value transactions, they tend to be a bit lower.

The availability of independent advice to transaction participants?

Another important feature of any system for the professional effectuation of real estate transactions is the availability to sound and independent legal advice to the parties to the transaction. In particular, the parties to the very numerous transactions in private residences are generally unsophisticated in real estate and legal matters and do not even know what they don't know in that context.

In the classic American real estate transaction a party gets independent advice only if it hires its own lawyer. In larger commercial transactions, all parties will have their own independent lawyers. At least two lawyers in a transaction is also customary in New York, although sometimes a party will dispense with the help of its lawyer for the actual closing. All of this tends to increase the cost.

For smaller transactions independent lawyers are more the exception. There might be a single lawyer, representing the financing bank, who closes the transaction and drafts the documents for all parties. Or, more likely these days, the transaction would be closed by a title company. While title companies are very efficient with the myriad forms now required to complete a residential real estate transaction, they are not in the position to advise any of the participants on the meaning or consequences of any aspect of the transaction and do not do so.

With the notarial model, a party can expect and receive independent explanation of the transaction and even advice as to its impact or the availability of options from the single notary who documents the transaction. Notaries are required to provide neutral helpful advice as a part of their role in effectuating and documenting a transaction. Our observation of notaries in practice in Germany and other notarial lands confirmed that this function is indeed taking place.

Recently, with the rise of mediation in civil litigation, additional attention has been given to the quasi - mediative role of notaries in the course of documenting transactions.

Frequently, a notary can clear up apparent misunderstandings before they become serious disputes. By the same token, where it turns out that the parties have unrealized issues, the notary can act as mediator in helping them reach resolution of the issues. This can be a valuable function that is not available from a title company or even a single lawyer model in the common law system.

On-line do-it-yourself forms for real estate transactions?

In this day and age, with more and more business coming online and the widespread use of online forms for all kinds of legal transactions, should we be thinking of an on-line option as competition for lawyers, title companies and notaries in the performance of real estate transactions?

Real estate transfers are generally transactions of some complexity and high relative value. While the potentials of various forms of artificial intelligence are not yet really known, and the versatility of on line interfaces has not yet plateaued, so far we have not seen any actual appearance of such functionality in the United States or Europe.

Almost every real estate transaction has some special peculiarity or raises questions on the part of the participants that are important to them at the time. And people who buy and sell real estate, particularly their homes, seem so desire a level of personal security knowing that the transaction has been completed properly. Would people be comfortable with a legend to that effect on an anonymous computer screen?

Even if not legally required, one would expect that the free market would insist on some kind of personal intervention by an authoritative professional to attend to the idiosyncrasies of the transaction, to answer questions, and to give assurance that the transaction was properly completed.

Keys to value added by notarial intervention

Our comparative study of notarial performance in the context of real estate transactions gave us some insights on the key ingredients that produced added value through notarial intervention.

The first of these is suitable regulation of the notaries in terms of skill, independence and ethics. In comparison, title insurance companies, which do most closings on residential real estate transactions, are not regulated, have unclear roles, and are not required or qualified to provide reliable advice.

We found that notaries should avoid potential conflicts of interest raised by serving as real estate brokers or purveyors of title insurance.

Notaries' cost advantage in lower value transactions, the kind where an economical system is most important, seems to depend on effective fee regulation, which can enforce a kind of cross-subsidy of the smaller transactions by the larger. It has been noted that countries, such as the Netherlands, which have deregulated notarial fees, have seen fees rise for smaller transactions and relatively decrease for larger ones based on relative bargaining power.

Finally, an effective and economical real estate transfer system requires a high-quality land register maintained by organs of the justice system. Much of the cost disadvantage of the common law system as practiced in the U. S can be attributed to the required purchase of expensive title insurance. This is not required in jurisdictions such as Germany that maintain high quality land registers that can be efficiently accessed by notaries in the course of completion of real estate transactions.





PROF. DR. ROLF STÜRNER
COMPARATIVE COMMENTS

Defending the attorney-notariat of Puerto Rico against arguments arising from the US - American conception of market freedoms.

1. The present situation of the Notariat of Puerto Rico

The notariat of Puerto Rico seems to be under a kind of pressure that is not unknown to the European and especially the German notariat. It is the argument that there is no need for public intervention and regulation of the pre-contractual negotiation phase and the contract conclusion phase of land, marriage or inheritance contract matters, and that, therefore, this kind of mandatory regulation should be considered an unjustified restriction of the freedom to conclude contracts and the freedom to exercise professional activities according to one's own design. It is the same argumentation that has been applied by the European Commission attacking the notarial competences as undue restrictions of the right to offer legal services according to general applicable professional rules and not to be excluded from special kinds of services without compelling reasons for the common good. In the end the European Court of Justice did not follow this argumentation. The Court accepted that in the interest of reliability and correctness, especially of land transactions including security interests over land, public intervention by notaries could be justified. This result may not be compelling, however it is at least reasonable. The legislator is not prevented by constitutional law from establishing special notarial competence though there may exist no constitutional guaranty of the existence of the notariat as it is the case in Brazil.

It seems me, however, not to be likely that highest courts such as the Supreme Court of Puerto Rico or the US Supreme Court would decide differently. In this context the Puerto Rico Legislature's decision to provide for attorney notaries rather than a completely separate notarial profession may be helpful to clear up remaining constitutional doubts. Each attorney has the chance to become an attorney notary upon additional special qualification documented by an exam. There is no limitation of the number of attorney notaries and no

limitation to a limited number of local districts, which would exclude attorneys from this special notarial qualification. The requirement of a special qualification for notarial activities of attorneys is only a minor intervention into professional freedoms and does not create a “closed shop” as might be apprehended in case of a notariat completely separate from the profession of an attorney. To be sure, it may be that the U.S. American understanding of market freedoms is much more rigid than the conception of the European Court of Justice that has permitted, in principle, numeric limits and spatial restrictions. In any event, the legal design as preferred by Puerto Rico seems to be a wise way allowing the preservation of an old traditional legal institution and at the same time fulfilling the essential requirements of the U.S. legal culture and constitution.

2. Convincing the legislature and citizens of the reasonableness and usefulness of the Notariat

To be an institution harmonizing with the constitution does not mean that legislators must preserve a traditional institution that is not considered helpful and reasonable by the majority of elected members of the parliament and citizens. It is always necessary to convince the public that the notary’s work is helpful and necessary in the interest of public good and of the individual citizens.

The notariat should, therefore, not create the impression of an aversion to modern means of communication by videoconferencing and digital communication. On the contrary, it should be a promoter of modern communication techniques and install electronic archives of all notarial documents and last wills to facilitate legitimate information of all other notaries, the courts and other competent authorities. According to my information, the notariat of Puerto Rico has been completely aware of the necessity to install and use modern communication and storage of data functionality. In Germany the notariat was a real promoter of this development in cooperation especially with Spain and Italy, and this openness to the future strengthened its political standing in the eyes of the national government and parliaments and even of the European Commission.

3. Special problems from the lack of strict separation of roles

3.1. Confidentiality obligations

On the Continent the fight against tax evasion and money laundering is facilitated by the digitalization of notarial data storage. Like attorneys, notaries

must be aware of conflicts between their confidentiality obligations and their public duties regarding the storage of data. They should fulfill legal duties to provide information especially in tax or money laundering cases. They should not generally be obliged actively to inform authorities about the pure possibility of money laundering or tax evasion, however they should cooperate with the competent authority upon request in cases of criminal prosecution. Like attorneys they should never actively take part in criminal activities.

The borderline to be drawn is difficult and demanding equally for lawyers and notaries. On the one hand lawyers are called officers of the legal system in the code of conduct of the US Bar Association. On the other hand the texts and their comments make it clear that lawyers' obligation of confidentiality and their right to insist on their privileges should mostly prevail in case of conflicts.

For notaries serving a public function the balancing of conflicting duties may not always be exactly the same as it is for attorneys. There is a wide field of opinions that differ in detail. In many legal cultures it is up to the supervising authority to decide on the scope of cooperation by notaries with other public authorities. An attorney-notary's recollection of whether secret information was given in the context of a notarial function or in the context of a client – lawyer communication may not always be sure. This does not arise in legal cultures with a strict incompatibility of both professions.

3.2. Neutrality and impartiality of attorney notaries

In Germany, like in some other Continental European cultures, attorneys are permitted to be the member of a partnership or corporation where other members could be not only lawyers but also auditors, accountants, tax advisers or other liberal professions if the professional supervision and duties are comparable to the supervision and duties of attorneys. I do not know of whether this kind of cooperation is possible in Puerto Rico or if there are strict prohibitions or restrictions like those in most US-American States.

German attorney notaries are permitted to join partnerships or corporations that include liberal professionals with a special connection to the legal system such as patent lawyers, tax advisers, auditors or accountants. The same rules apply to partnerships or corporations, which encompass the full exercise of the professions and to cases where the only purpose of the entity is a common office organization.

One serious question with such organizations involves the distribution of the common profit that include proceeds of notarial work. Pooling profits may not be in accord with the notarial independence and neutrality and may permit other members of the legal entity to exercise influence on the notaries' work if the practice of the notary is not in accord with the lawyers business policy. This could be the case if a given kind of client, say clients with left-wing associations, were not welcomed as clients of the lawyers and the lawyers put pressure on the notary to avoid notarial service for this kind of citizens. According to the prevailing opinion, such rather improbable risks of indirect influence were not seen as a convincing reason for a prohibition of common incomes, and the legislator followed this liberal point of view.

A continuing problem for attorney notaries is the authentication of documents where a member of the partnership or corporation did some preparatory work or represented parties to the document in a previous court proceedings about the matter be regulated in the notarial document. If a member of the law firm was previously engaged in the same matter, it is a hard and fast rule that the attorney notary is not permitted to authenticate. The German legislator extended this incompatibility to lawyers that are members of an interconnected law firm.

On the one hand the existence of large firms with thousands of lawyers and the extension to lawyers of interconnected law firms means a lot of organizational work for the law firm and the responsible members. On the other hand the restriction of incompatibility to the same matter gives much leeway to the law firm because even a continuous attorney-client relationship does not prevent the attorney notary from authenticating documents which do not relate to a matter where the member lawyer did preparatory work. The law firm is obliged to keep lists about the lawyers' work and clients, and it the notaries duty to ask at the commencement of the authentication procedure for possible incompatibilities.

If two law firms make an agreement that their attorney notary authenticates all cases of incompatibility of the partner law firm and the reverse, there may also be questions about whether full neutrality of the attorney notaries is to be taken for granted. According to the prevailing opinion this should be considered a correct way to manage capacity problems of authentication efficiently while at the same time observing rules on impartiality and independence.

4. It should be seen that the attorney notariat in can increase problems of neutrality and impartiality

It should be, however, also taken into account that the notariat of Puerto Rico is an island within the U.S. sea without any Latin notaries. A certain adaption to the U.S. American legal culture may be necessary for the notaries' survival in the U.S. It is, nevertheless, regrettable that the U.S. legal culture acknowledges the helpful effect of mediative processes if the parties have already lodged their claim with a court and a mandatory mediative process takes place, (the idea of the double court house) while at the same time, the American legal culture rejects the idea of a mandatory mediative consulting by contracting parties with notaries with the intention to avoid the conclusion of contracts that from the outset do not fit for both parties.

It has been mainly the research of U.S. American psychologists and economists that has put emphasis on an individual's lack of ability to decide rationally on the reasonableness of business activities because of the remarkable number of underlying biases that often block the road to rational business activities. Taking the results of this research seriously, the notariat should be considered a helpful instrument to enable consumers and business people, who are often not free from such biases (though they often think so), to decide rationally on the legal design of their business dealing with the benefit of clarification by a third neutral. From this point of view the notariat should be welcomed as an instrument for the furtherance of rationality in business decisions especially in competitive market societies.

It is not without good reason that in some European countries the notarial function has been extended from land law to corporation law because attorneys do not always have the same analytical look at business activities as does a third neutral keeping a greater distance from the emotions of the attorney's clients. Wellfunctioning markets with well-informed and rationally acting participants are a public good. The notarial function should be considered a helpful element of free markets that are oriented to the rule of law.

After the worldwide financial crisis in 2008, which arose from doubtful securities based on real estate mortgages, it was the Nobel price winner and prominent U.S. American economist Robert J. Shiller who argued that a well functioning notarial system might have contributed to the avoidance of the real estate law excesses that caused the break down of the securities markets (Shiller, "The Subprime Solution", 2008, p. 130). He should be heard.





PROF. NAIVI CHIKOC BARREDA

QUEBEC, CANADA



Professor Chikoc Barreda is specialized in Private International Law and Comparative private law in a context of globalization. She holds a PhD in Law, a LL.M and a diploma in notarial law.

BIJURALISM IN CANADA: THE ROLE OF NOTARIES AND LAWYERS

Introduction

This presentation aims to provide a general overview of Quebec's legal system, by focusing on three key aspects: bijuralism in Canada, the interaction between the common law and civil law systems in Quebec and the division of roles between lawyers and notaries in Quebec and Canada.

To which legal family does Canada, and Quebec in particular, belong? Canada is a bijural country where two legal traditions coexist: the civil law in the province of Quebec and the common law in the rest of the country. Comparative law experts classify Quebec as a mixed jurisdiction due to its blend of legal traditions. However, when examining the regulation of private law relationships, Quebec's legal system aligns with the civil law tradition, rooted in pre-Revolutionary French law. Despite this foundation, its common law surroundings have shaped Quebec's civil law system with distinctive characteristics.

Bordered to the west by Canada's common law provinces and territories and to the south by the United States, Quebec exemplifies the resilience of the civil law tradition on the North American continent.

Interactions between the common law and the civil law

Several common law elements have undeniably influenced Quebec's legal system. On one hand, Canada's federal Parliament holds jurisdiction over certain private law matters, such as marriage and divorce, resulting in a uniform "federal private law" applied nationwide in these areas. On the other hand, numerous common law institutions have been incorporated into Quebec's system, including absolute freedom of testation, class actions, punitive damages, non-possessory hypothecs on movable property, and the well-known institution of trust. Despite these influences, the notarial system and the codification of Quebec's private law remain among the most defining features of the province's civil law tradition.

Notaries and advocates

Like other civil law jurisdictions, Quebec's legal profession is divided into two distinct groups: advocates and notaries. Following the terminology of the law governing the profession, I will refer to members of the Quebec Bar as "advocates" or "attorneys". Advocates are authorized to practice law broadly but cannot confer authenticity on legal acts. In contrast, notaries possess the legal authority to authenticate acts but are prohibited from pleading or representing clients in contentious court matters.

Let's take a closer look at the role assigned to notaries by the Quebec legislator.

As public officers, notaries are subject to numerous obligations, including providing impartial legal advice, verifying the capacity, identity, and free will of the parties, and maintaining records of the documents they draft. Authentic documents prepared by notaries hold the highest evidentiary value in civil proceedings and can only be challenged through improbation -a special procedure requiring the contesting party to prove the document's forgery. A notarial act, therefore, benefits from a presumption of accuracy and validity, serving as conclusive evidence of the facts and statements it contains.

The Quebec notarial profession has distinct characteristics that make it different from other civil law jurisdictions. For example, state authorities do not supervise the notarial practice and Quebec notaries are not appointed by the state. They receive their commissions from their professional organization, the *Chambre des notaires du Québec*. Furthermore, Québec does not adhere to the *numerus clausus* rule, which in other jurisdictions limits the number of notaries in relation to the population. There is no regulatory tariff for notarial fees either.

A brief historical overview helps to contextualize this question. The notarial profession is one of the oldest in Canada, with the first notary dating back to 1647. Notably, under the French regime (1608–1763), there were no attorneys in Quebec. In 1618, Samuel de Champlain, the founder and first governor of Quebec, petitioned the King of France for justice to be administered in the colony without attorneys or prosecutors, a request that was granted.

In 1763, the Treaty of Paris was signed and Quebec became a territory of the British Crown. It was under British dominion that the title of lawyer was officially recognised, marking the division of the legal profession into two branches since 1765. Although French civil law, including the *Coutume de Paris*, was temporarily abolished following the British conquest, it was reinstated in 1774, following the Quebec Act. This re-establishment enabled notaries to continue to practise their profession within the framework of the civil law tradition.

Notaires et “notaries public”

In the rest of Canada, which follows the common law system, the title of legal practitioner is granted only to lawyers. In most provinces, lawyers can also certify their clients' signatures on legal documents, a process referred to as notarization. This function is primarily administrative and does not involve legal advice, meaning it can also be performed by individuals without legal training. These individuals, appointed by public or semi-public bodies to authenticate signatures, witness oaths, and certify true copies of documents, are known as “notaries public”.

The translation of the French word “notaire” into the English word “notary” often leads to confusion among English-speaking Canadians, who tend to associate Quebec notaries with notaries public in other provinces. This confusion can be seen as a side effect of bijuralism in Canada, influencing how Quebec notaries are perceived not only by the general public outside Quebec but also by common law practitioners.

“Traditional” and “non-traditional” notaries

Notaries who operate as public officers are known as “traditional notaries”. They perform the functions characteristic of Latin notaries, which include acting as collaborators of justice in non-contentious proceedings. The traditional scope of notarial services covers real estate deeds, such as contracts of

sale, mortgages, donations and the declaration of co-ownership; succession matters, including authentic wills, the renunciation of inheritance and the settlement of estates. Notaries also play a significant role in family law, solemnizing marriages, drafting marriage contracts, surrogacy agreements, and other documents related to family matters.

Notaries may also act as independent legal advisors. These are notaries practising in “non-traditional” fields. Notaries can also serve as legal advisors in both the private and public sectors. Furthermore, they may apply for a “Canadian legal advisor certificate,” enabling them to practice law in other provinces under certain conditions. As legal advisors, notaries are authorized to represent individuals in non-contentious proceedings. These functions are concurrent with, rather than exclusive to, those performed by advocates.

Final remarks

While the importance of notarial functions has gained increasing recognition from lawmakers, certain inconsistencies still highlight the mixed nature of the Quebec legal system. For example, some fundamental legal acts can be formalized either through a notarial act or by a private document signed in the presence of two witnesses. This applies to acts such as the protection mandate in case of incapacity, the delegation of the exercise of parental authority by the surrogate mother, and advance medical directives in case of incapacity, among others. Treating private documents on an equal footing with authentic instruments demonstrates a failure by legislators to fully acknowledge the added value of notarial acts in these areas.

The Quebec example shows the need for greater dialogue between legal systems and the potential for such dialogue to enhance our understanding of the roles of notaries and attorneys on a global scale. This is particularly relevant in jurisdictions such as Quebec and Puerto Rico, where the interaction between these two professions is not only about safeguarding the scope of their respective competencies, but primarily about preserving the unique identity of the civil law notary within a predominantly common law legal landscape.





NOT. LORENA I. FLORES ESTRADA

NOTARY AND ATTORNEY IN GUATEMALA



Notary and Attorney from Guatemala with more than 30 years of professional practice and experience in the field of private law, including corporate law, real estate development, and administrative procedures.

LEGAL SYSTEMS: The Practice of Law and Notarial Professions within the Guatemalan Legal System

According to the Guatemalan scholar René Villegas Lara¹, the legal order or legal system is the set of norms, including the institutions created by laws, that govern activities in a state. For its existence, it requires, among other things:

- a) normative unity,
- b) completeness, meaning the absence of legal loopholes, and
- c) coherence; that is, without antinomies.

Therefore, the Guatemalan legal system is characterized by norms that do not exist in isolation, but are structured according to the principle of **normative hierarchy**, contained in the superior norm, which is the Political Constitution promulgated in 1985. A peculiarity is that, in matters of **human rights**, treaties and conventions ratified by Guatemala constitute superior norms with respect to domestic law. This condition was clarified by a ruling of the Constitutional

¹ Villegas Lara, René Arturo. *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho*. VI Edición. Ediciones y Servicios Gráficos El rosario. Guatemala, C.A. 2016

Court, stating that domestic law comprises the entire legal system of the State of Guatemala, except for the Political Constitution, and that no other legal norm exists above the constitutional norm.

In this vein, the Political Constitution of the Republic, in force since 1985, establishes that the **system of government is republican, democratic, and representative**, delegating its sovereignty for respective exercise to the Legislative, Executive, and Judicial Branches, thus prohibiting subordination among them. Following the Kelsenian principle of normative hierarchy, the following control bodies were created:

1. Supreme Electoral Tribunal: This is the highest authority in electoral matters in Guatemala, acting as an independent constitutional body of political control. It is not subordinate to any state body, and its organization, functioning, and powers are determined by law of constitutional rank, such as the Electoral and Political Parties Law.

2. Constitutional Court: This is a permanent Constitutional Tribunal with exclusive jurisdiction, whose purpose is to ensure unrestricted constitutional order through the resolution of rulings and judgments, opinions, and consultative opinions, thereby contributing to the strengthening of the rule of law and preserving the principle of constitutional supremacy.

3. Human Rights Ombudsman: This is an autonomous body dedicated to the defense and promotion of fundamental citizen rights. Its mandate includes investigating human rights violations, promoting and educating on these rights, and issuing recommendations to authorities to correct behaviors that violate constitutional guarantees.

The **General Audit Office of Accounts** is responsible for the effective oversight and control of public finances. The **Public Ministry**, as an auxiliary institution of the Public Administration and courts, with autonomous functions, is exclusively responsible for promoting criminal prosecution, directing, and investigating public crimes, in short, the exercise of criminal investigation.

For administrative purposes, the territory has a surface area of 108,889 km², divided into 22 departments and 340 autonomous municipalities, with a population of 17,000,000 people and approximately 3,000,000 Guatemalans as migrants abroad.

Consequently, within the Guatemalan legal system, it is imperative to highlight the important role played by **legal professionals in the practice of Law**

and Notarial services. Both professions within the Guatemalan legal system play a fundamental role in the defense of the rule of law, the supremacy of the law, the pursuit of prompt and fulfilled justice, and constitute the link between citizens and the justice system and its respective institutions.

However, in practical exercise, both liberal professions perform clearly differentiated functions. For instance, **Attorneys** are called upon to advise citizens on legal matters, effectively defend the rights and interests of their clients in courts, promote universal access to justice, and ensure the defense and safeguarding of human rights and fundamental freedoms of all citizens of the Republic of Guatemala.

For its part, the **Notary**, as a legal professional, is characterized by the fact that, unlike the practice of Law, the State, through the Judicial Branch, delegates a share of its sovereignty: **Public Faith**. Through Public Faith, the notary vests and provides legal certainty and security to all acts and contracts they authorize, conferring authenticity and full probative value, unless these are challenged for nullity or falsity. Additionally, the Notary within the Guatemalan legal system is empowered to process and resolve non-contentious matters, thus becoming a true auxiliary of the justice system.

Within the educational and academic system, a total of 15 universities currently operate, 14 of which are private universities and 1 state university, which by constitutional mandate is exclusively responsible for directing, organizing, and developing state higher education and state professional university education. *Contrario sensu*, private universities are independent institutions, which through their respective designated delegates, integrate the Council of Private Higher Education, responsible for ensuring that the academic level of private universities is maintained, without detriment to their independence.

Both the state university and the private universities offer, in their respective law faculties, the **Bachelor of Legal and Social Sciences** degree. Upon completion of the academic and administrative procedures, students undergo professional technical examinations, covering the private law phase and the public law phase. Once both phases are successfully completed, and after a final research project or thesis, its defense, and approval, the student is eligible to obtain the titles of **Attorney and Notary** and the academic degree of Bachelor.

It is important to emphasize that these professions, as already indicated, have a common formative basis since the 19th century, through the promulgation of **Decree 271 of February 20, 1882, the Notarial Code**. This normative body elevated the practice of notarial services to a university profession, incorporating its academic training into the curriculum of the Law degree. Thus,

upon completing university studies, passing and approving examinations, and concluding the administrative procedures for professional collegiality, the legal professional is legally empowered to practice both professions, without this generating collusion. For a better understanding of the limits and scope involved in the proper exercise of each of them, a comparative table is presented below, establishing the differences in the practical exercise of both professions, as well as similarities:

LAWYER: ROLE AND REGULATORY FRAMEWORK	NOTARY: ROLE AND REGULATORY FRAMEWORK
A legal professional authorized to advise, represent, and defend other individuals in legal matters. The practice of law is regulated by: – Law of the Judicial Branch – Decree Number 72-2001, Law of Professional Collegiality – Code of Professional Ethics – Decree 2-2022, Law Regulating Electronic Notifications in the Judicial Branch	A legal professional entrusted with a public function, which involves receiving, interpreting, and giving legal form to the will of parties. • Responsible for drafting public instruments suitable for their purpose, thereby conferring authenticity upon them, preserving their originals, and issuing copies that attest to their content. • The State delegates a share of its sovereignty to the notary, known as Public Faith. • Notaries are also authorized to process and resolve voluntary jurisdiction matters (non-contentious legal proceedings). • They can authorize the celebration of marriages and de facto unions. The exercise and practice of notaryship are regulated by: – Notary Law – Decree Number 72-2001, Law of Professional Collegiality – Decree 54-77, Law Regulating Notarial Processing of Voluntary Jurisdiction Matters – Latin-type system: Elevated to a university profession by the 1882 Code, Decree 271 of February 20, 1882. – Open number: There is no fixed limit on the number of notaries. – National competence: Notaries can practice throughout the entire national territory (108,899 km²). – Flexible hours: Their practice is not subject to a fixed schedule. – International practice: They can practice outside national territory, observing the limits established by law.

LAWYER AND PROFESSIONAL TRAINING	NOTARY AND PROFESSIONAL TRAINING
• 15 Universities (1 State / 14 Private) • Faculty of Legal and Social Sciences • Shared Curriculum includes: 4 Notary Courses Law Clinics (Civil/Labor/Criminal) Notarial Practice • Approval of Technical Exam: Public Phase/Private Phase	• 15 Universities (1 State / 14 Private) • Faculty of Legal and Social Sciences • Shared Curriculum includes: 4 Notary Courses Law Clinics (Civil/Labor/Criminal) Notarial Practice • Approval of Exam Phase: Public/Private
BAR ASSOCIATION AND ADMINISTRATIVE COLLEGIALLY PROCEDURE FOR LAWYERS	BAR ASSOCIATION AND ADMINISTRATIVE COLLEGIALLY PROCEDURE FOR NOTARIES
• Constitutional/Mandatory Precept: Membership is a constitutional and obligatory requirement. • Administrative Procedure: A specific administrative process must be followed. • Prior and Mandatory Requirement: This procedure is a prerequisite for inscription and registration with the Supreme Court of Justice. • Rights and Obligations as a Member: – Annual payment of professional collegiality fees. – Forensic Stamp (Timbre Forense): Payment of this stamp. – Honor Tribunal: Subject to the disciplinary authority of the Honor Tribunal. – Fee Collection: Right to charge professional fees. • No Incompatibility: There is no incompatibility for practicing as a notary. • Active Members: 45,000 (as of 2024). • Freedom of Practice: Lawyers have the freedom to exercise their profession. • Freedom of Contract: They have the freedom to contract and charge fees.	• Constitutional/Mandatory Precept: Membership is a constitutional and obligatory requirement. • Administrative Procedure: A specific administrative process must be followed. • Prior and Mandatory Requirement: This procedure is a prerequisite for inscription and registration with the Supreme Court of Justice. • Rights and Obligations as a Member: – Annual payment of professional collegiality fees. – Notarial Stamp (Timbre Notarial): Payment of this stamp. – Honor Tribunal: Subject to the disciplinary authority of the Honor Tribunal. – Fee Collection: Right to charge professional fees. • No Incompatibility: There is no incompatibility for practicing as a lawyer. • Active Members: 45,000 (as of 2024). • Freedom of Practice: Notaries have the freedom to exercise their profession. • Freedom of Contract: They have the freedom to contract and charge fees.

SUPREME COURT OF JUSTICE: LAWYER REGISTRATION	SUPREME COURT OF JUSTICE: NOTARY REGIS- TRATION AND DELEGATION OF PUBLIC FAITH
• Seal and Signature Registration: Lawyers must register their seal and signature. • Electronic Mailbox Registration and Activation: Lawyers are required to register and activate an electronic mailbox. • Recognition of Advanced Electronic Signature: The lawyer's advanced electronic signature is recognized. • Electronic Notifications Law: This law applies to all processes, including voluntary jurisdiction matters.	• Seal and Signature Registration: Notaries must register their seal and signature. • Delegation of Notarial Public Faith: This is where the State delegates the crucial "Public Faith" function to the notary. • Authorization for Notarial Obligations: Registration enables notarial practice and ensures compliance with related obligations. • Annual Protocol Opening Payment: Notaries must make an annual payment for the opening of their protocols (the bound volumes where original deeds are kept). • Submission of Special Testimonies and Notices: Notaries are required to submit special testimonies (copies of deeds for public registries) and other notices. • Protocol Inspection: Notarial protocols are subject to inspection. • Annual Protocol Opening Payment (2024 data): The annual payment for protocol opening was Q17,473 in 2024. • Freedom of Practice: Notaries have the freedom to exercise their profession. • Freedom of Contract: They have freedom to contract, but if no specific fee is agreed upon, charges are subject to the notarial fee schedule (arancel notarial). • Advanced Electronic Signature (Optional): An optional advanced electronic signature facilitates the telematic submission of testimonies of public deeds for registration in the Commercial and Property Registries.
PROFESSIONAL PRACTICE - CONTROL BODIES FOR LAWYERS	PROFESSIONAL PRACTICE - CONTROL BODIES FOR NOTARIES
• Freedom of practice. • Auxiliary Lawyer in Trademark Registration Processes: Lawyers can assist in the registra- tion of distinctive signs such as trademarks, trade names, slogans or promotional signs, as well as the registration of models and invention patents.	• Annual Protocol Opening Payment: This payment is made to the General Archive of Protocols under the Supreme Court of Justice. • Personal and Non-Delegable Practice: The notarial function must be exercised personally and cannot be delegated.

- Lawyer and Director of Judicial Processes and Constitutional Actions: Lawyers act as the lead legal counsel and director for judicial proceedings and constitutional actions.
- Allows for Co-Auxiliary Professional Assistance: Lawyers can co-assist as legal counsel and directors in judicial processes and constitutional actions.
- Annual Notarial Register or Protocol Formation: Notaries are responsible for the annual formation of their Notarial Register (Protocol), which includes public deeds, protocolization acts, and signature acknowledgments.
- Authorization of Extra-Protocolar Instruments: Notaries authorize instruments that are not part of the protocol, such as Notarial Acts, Document Legalizations, and Signature Legalizations or acknowledgments.
- Submission of Special Testimonies, Notices of Cancellation, Quarterly Notices, and Annual Index: These must be submitted to the General Archive of Protocols. Annual Binding of the Notarial Register or Protocol: The annual notarial register or protocol must be bound.
- Sanction for Non-Compliance: Failure to comply with the submission of quarterly special testimonies can result in a temporary impediment to professional practice.
- Direction of Voluntary Jurisdiction Process in Notarial Headquarters: Notaries direct non-contentious legal processes conducted in their offices, which involves actions and requests for reports from:
 - The Attorney General's Office (Procuraduría General de la Nación)
 - Municipalities
 - Public Registries
 - Administrative Management and Tax Liquidation/Payment: This includes the liquidation and payment of taxes related to inheritances, legacies, and donations.
 - Submission of Files to the Registry of Processes of the Supreme Court of Justice.
- Auxiliary Judge: Notaries can act as Notifying Notaries (auxiliary to judges).
- Professional Practice Abroad: They can perform acts and contracts intended to have legal effects in national territory.
- Obligation of protocolization for such acts.
- A migration notice may be required.
- Notaries can be constituted as Depositary Notaries.

	• Ordinary Protocol Inspection: Their protocols are subject to routine inspections. • Issuing Testimonies of Authorized Deeds: Notaries issue copies of the deeds they authorize. • Submission of Special Testimonies. • Payment of Notarial Stamp Tax (Timbre Notarial). • Verification of Tax Payments: Notaries verify the payment of taxes generated from civil contracts. • Purchase of Special Protocol Paper: They must purchase specific paper for their protocols.
PROFESSIONAL PRACTICE CONTROL BODIES FOR LAWYERS	PROFESSIONAL PRACTICE CONTROL BODIES FOR NOTARIES
• Honor Tribunal, Bar Association (Colegio de Abogados y Notarios) • Sanction: Disqualification (Inhabilitación)	• Honor Tribunal, Bar Association (Colegio de Abogados y Notarios) • Sanction: Disqualification (Inhabilitación) • General Archive of Protocols (Archivo General de Protocolos) – Supreme Court of Justice • Annual Ordinary Protocol Inspection • Sanction for non-compliance with quarterly submission of special testimonies: Impediment to professional practice (Inhabilitación)
PROHIBITIONS FOR LAWYERS	PROHIBITIONS FOR NOTARIES
• Contingency Fee Agreements (Pacto de Cuota Litis): Agreements to charge a percentage of the amount recovered in a lawsuit are prohibited. • Revelation of Professional Secrets: Disclosing confidential information obtained from clients is forbidden. • Abandonment Without Just Cause: Abruptly discontinuing legal representation without a valid reason is not allowed. • Demanding Excessive Fees: Charging fees higher than those agreed upon or stipulated by the official fee schedule is prohibited. Conflict of Interest: Defending one party after having initiated the defense of the opposing party in the same matter is forbidden.	• Self-Benefit or Family Benefit: Authorizing acts or contracts in their own favor or in favor of relatives is prohibited. • Removal of Notarial Documents: Taking special protocol paper or the notarial register outside the country is forbidden. • Authorizing Underage Marriages/De Facto Unions: Notaries cannot authorize marriages or de facto unions for minors. • Coercing Clients: Directly or indirectly forcing clients to use their notarial services is prohibited. • Concealing Information: Hiding information relevant to the client or the parties involved in an act or contract is forbidden.

	• Undue Retention of Documents: Improperly retaining documents entrusted to them, or refusing to issue corresponding certificates without justified cause, is prohibited. • Delaying Document Issuance: Unduly delaying or failing to issue testimonies, copies, or certificates of authorized instruments is forbidden. • Tax Payment Omissions/Delays: Omitting or unduly delaying the payment of taxes for which the value was delivered to them, or refusing to issue the corresponding receipt, is prohibited. • Distorting Legal Transactions: Misrepresenting the legal nature of transactions entered into by interested parties is forbidden. • Authorizing Illegal Contracts: Authorizing contracts that are clearly illegal is prohibited. • Unjustly Modifying Fees: Unfairly changing agreed-upon professional fees is forbidden. • Delaying/Withholding Service: Delaying or failing to provide services that have been partially or totally paid for is prohibited. • Undercutting Fees Without Cause: Charging, without justified cause, fees lower than those prescribed by the official fee schedule is forbidden. • Benefiting from Contractual Freedom Violations: Directly or indirectly benefiting from violations of contractual freedom committed by certain institutions is prohibited.





NOT. DENNIS D. MARTINEZ COLÓN

PUERTO RICO



Dennis D. Martinez Colón is a Notary in Puerto Rico and the UINL Vice President for North, Central America, and the Caribbean.

DUALITY OF FUNCTIONS: The "Lawyer-Notary" Figure

During this "Dialogue between Legal Systems" we have examined how the functions of lawyer and notary relate. We have received experiences from various countries related to this interaction.

In the vast majority of countries of Latin tradition, the two functions are carried out by two different persons. It is considered that the functions of lawyer and notary correspond to different professions and that the simultaneous performance of both is incompatible. This can be understood since the social function entrusted to each is different. The lawyers' role is to defend an injured party and in order to do this they have to be totally partial, putting all their efforts into defending a single party and being victorious in the litigation. If the opposing party does not have advice or representation, that is not the lawyer's problem.

On the other hand, the function of the Notary, although it uses the same legal knowledge and analysis, imposes the obligation to be totally impartial, informing both parties of the applicable law and giving legal form to the desired busi-

ness transaction, and even intervening to include clauses and conditions that foresee situations of possible conflict and thus adjust mutual expectations, which avoids litigation.

Complications arise in those countries where the two functions are allowed to be combined and can be performed by the same person. In the practical reality of a "dual" professional, it will ordinarily happen that in the morning hours the Lawyer-Notary will appear before a Court to claim damages caused by the breach of a contract or by a hereditary right, or a divorce, or an accident, and will maintain the position that their client is the only one who is right, showing off their skills for the defense of the party they represent, and their total partiality. In the afternoon of that same day, they meet to negotiate the terms of a real estate sales contract, receiving information from both the seller and the buyer, advising both impartially, discussing the wording of the terms that BOTH parties want and including clauses that foresee a possible conflict, to avoid possible future litigation.

In countries where both functions are shared, professionals advertise themselves as "Lawyer-Notary" and identify themselves as such in their offices. Therefore, when a person enters their office, who receives them? Does the lawyer receive them, or the Notary? What rules of conduct will apply? If we were to say that they enter to consult a legal aspect and it turns out that there is a notarial solution, when does the legal advice of the lawyer end (advice which is partial, for the benefit of the party they have before them, and which enjoys "privilege" under the rules of evidence) and when do the rules applicable to the Notary begin to apply? (independence, confidentiality, and Professional Secrecy). Can the economic factor affect the professional's criteria? As a lawyer, there may be an inclination to recommend a litigation that could generate the collection of larger professional fees. It would be different if they recommended a notarial solution, which could perhaps be resolved in a short time and with fees established by a Notarial tariff.

The clear conflict between two completely different actions, which require different approaches and analyses, arises. The "dual" professional must make a rapid transition between total partiality and absolute impartiality, placing the professional at a crossroads with possible ethical complications.

Of the 92 member countries of the UINL, I have been able to identify 9 countries in which the dual practice of LAWYER-NOTARY can be observed (10% of the total). Of these, six (6) (two thirds) are located in Central America and the Caribbean.

Dominican Republic, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Puerto Rico, Uruguay, Germany (some regions), Switzerland (some regions). Additionally, in the United States, the Florida Civil Law Notary has as a requirement to be a lawyer and can continue their practice as a lawyer while acting as a Notary.

Position of the International Union of Notaries:

When examining the fundamental principles of the International Union of Notaries, we observe that notarial activity *"extends to all non-contentious legal activities"...* *"avoids litigation and conflicts... through the exercise of legal mediation."* (Principle #3) It also provides that *"the Notary has the obligation to be impartial, although such impartiality is also expressed by providing adequate assistance to the party that is in a situation of inferiority with respect to the other, in order to obtain the necessary balance so that the contract is entered into on an equal footing."* Principle # 17.

Articles 4, 5.8, and 48 of the *"Code of Ethics and Rules of Organization of the Notary"* contemplate total impartiality as a fundamental principle, when it expresses:

The notary performs a *"public function, controlling in an impartial, independent, and responsible manner, the legality of the acts and businesses that are celebrated through their authorization."* (Art. 4)

The Notary as a *"Trusted Third Party"* must be impartial in their actions with respect to the parties (Art. 5.3)

"The Notary will act for the common good. They must behave with impartiality and independence in each manifestation of their profession, avoiding any personal influence on their activity and any form of discrimination against users."

"The notarial function is compatible with the activities of legal advice, teaching, mediation, arbitration, consular services and other non-contentious legal activities, which do not contravene notarial independence or impartiality." (Art. 50)

There is no doubt that for the UINL the principles of impartiality, independence, non discrimination and adequate information to the most needy must always be maintained as essential and irreplaceable values, in order to safeguard the freedom of the notary and those who require their intervention. (Conclusions of the International Congress of Notaries held in Buenos Aires, 1998).

The duality of the functions of lawyer and Notary in the same person calls into question the impartiality of the Notary. We conceive circumstances in which it can affect them to the point of preventing them from carrying out the social function entrusted to them.

Let's look at the experience of Puerto Rico:

In Puerto Rico, it is required to be a lawyer in order to aspire to be a Notary. (Notarial Law Art. 7).

From the “statement of motives” of the Notarial Law of Puerto Rico, the legislator emphasizes the concept that the Notary is not a lawyer for any of the parties, that in their function as Notary they do not have any “client” but represent the law for all parties. It expresses that *“the core quality that distinguishes them from the lawyer is their impartiality and that in that condition they must act on a higher level than the parties.”*

The dual function is addressed directly and specifically in the Notarial Regulations, when Rule 5 provides:

“The practice of the legal profession may sometimes be incompatible with the practice of the notary.

The notary authorizing a public document may not subsequently act as a lawyer for one of the appearing parties to demand in contentious litigation the obligations of any other party in the document executed before him.

The notary may not represent a client as a lawyer in contentious litigation and, at the same time, act as a notary in the same case due to the possible conflict of interests or incompatibility that may arise from it.

The lawyer who appeared on behalf of the plaintiff, the adjudicatee or buyer in a legal process related to the public auction or as an authorized officer of the latter in this process, may not authorize the deed of judicial sale in his capacity as notary.

The rules expressed in the preceding paragraphs will apply to the notary personally and not to those notaries and lawyers who are or have been his partners or office colleagues. However, the partners or office colleagues of the authorizing notary may not represent a granting party in a public document authorized by him, when in a litigation the validity of any of the agreements arising from the document is challenged or it is alleged that agreements related to the subject matter of the document were omitted, or when for any other reason the action of the authorizing notary is questioned. It is always up

to the sound judgment of the notary and his partners or office colleagues, within their professional responsibility, to decide when they should refrain from acting even in cases where their action is permitted, but which due to their particular circumstances in the ethical dimension could generate a potential conflict or the appearance of improper conduct."

The application of this rule has been interpreted in several decisions of the Supreme Court of Puerto Rico. These can be classified into three different situations:

A. If they first acted as a Notary, they cannot then act as a lawyer to represent the appearing parties in a litigation:

- Notary Authorized a deed of mortgage and then represented the creditor as a lawyer to claim the collection of money and the guarantee in a mortgage foreclosure procedure. In re: Colón Ramery 138 DPR 793 (1995).

- Notary authorized a deed related to a property and then appeared in a litigation to demand compliance with other obligations agreed in the deed. In re: Martinez Almodóvar, 180 DPR 805 (2011).

- Notary authorizes sale. A litigation arises in which a third party acquires the same property at public auction and then acts as a lawyer to represent post sentence one of the appearing parties of the sale.

B. If they first acted as a lawyer, they cannot then authorize related notarial documents:

- Lawyer represents legatees in a case for the partition of inheritance and subsequently authorizes the sale of estate properties, while the lawsuit is pending resolution. In re: Martinez Sotomayor, 189 DPR 492 (2013).

- Lawyer represents defendant in a lawsuit for specific performance of a real estate sale agreement. Then acted as a Notary to authorize a deed of sale in favor of a third party of the same property in dispute, while still appearing on behalf of the defendant. In re: Matos Bonet 2001 TSPR 10 (January 23, 2001).

- Lawyer appeared in a divorce case and then authorized deeds in which the same parties appeared. In re: González Hernández, 190 DPR 164 (2014).

- Lawyer represented debtor in a lawsuit for collection of money and foreclosure, while at the same time prepared and authenticated signatures on purchase option contracts related to the same property. In re: Ramón B. Rivera Grau, 2016 DTS 212 (2016).

- Lawyer represents the parties in a divorce lawsuit and acts as a notary authorizing a deed of sale in favor of third-party who acquires a property that was part of the post-marital community liquidation lawsuit. In re: Chiques Velázquez, 161 DPR 303 (2004).

C. If they act as Notary during a litigation: If a lawyer represents any of the parties, the same lawyer cannot authenticate a signature or take an oath on matters related to the same lawsuit.

- While a judicial process was underway, the plaintiff offered a sworn statement signed before a Notary of the same law firm (legal group) that represents the plaintiff. Although as a general rule this action should be prohibited, the court decided that the plaintiff can make a sworn statement before one of the notaries who has not intervened in the litigation or processing of the matter. It is up to the discretion of the law firm not to use one of its own notaries but rather use another independent notary. There was a strong dissenting opinion. *B. & L. Inc. v. P. R. Cast. Steel Corp.*, 114 D.P.R. 808.

In Puerto Rico, lawyers and Notaries can associate to practice in the same office. The absolute prohibition of acting in the same matter as a lawyer and Notary only applies individually to the Lawyer-Notary, and as a general rule does not apply to those notaries and lawyers who are or have been their partners or office colleagues.

I have repeatedly promoted the prohibition of the association between lawyers and notaries. I'm convinced that it undermines the independence and impartiality of the Notary. It also allows the distribution of Notarial fees with non-Notary partners. However, neither that concept nor that of the separation of the professions of lawyer and notary, are currently accepted in practice, nor in the legislature, nor in the decisions of the Supreme Court.

The special case of the ANCAN:

At present there are nine matters of "voluntary jurisdiction", that is, matters that the Law has allowed to be handled by notaries. The process of "Non-Contentious Matters before a Notary" (ANCAN) involves the same functions

that judges perform. This highlights the impartiality and independence of the Notary's conduct.

When the Notary authorizes a public document (“Acta de Notoriedad”) in the case of divorce by mutual consent, the Law requires that the spouses present sworn statements which express that they were duly advised by their respective lawyers. This requirement highlights the Notary's action similar to that of a judge.

Institutional problems:

In most American countries where the duality of functions exist, a single professional organization groups both lawyers and Notaries. Lawyers always turn out to be a larger group than Notaries, so institutional decisions tend to favor the interests and priorities of lawyers. We observe that every time there is a change in the presidency and directors of these combined associations, controversies arise due to the clash with the priorities and interests of Notaries. Participation in international notarial activities is affected. Even the payment of fees to the UINL is affected, since the incoming directors do not perceive the importance of participation. This creates great instability in notarial representation in these countries.

CONCLUSION

I understand that it is very difficult to balance the two totally different perspectives under which lawyers and Notaries must perform their functions.

We are constantly at risk of violation of the rules. There is a constant conflict between the total partiality that a lawyer must display and the total impartiality that a Notary must have.

Personally, I am of the opinion that the duality should not exist and that legal certainty and the public interest are better served if the function of lawyer is kept separate from the function of Notary.

In Puerto Rico, I do not anticipate change in the near or foreseeable future. The professional and political communities do not see or understand the incompatibility of both functions nor the need for their separation. It is recommended that the rules be clarified and reformed so that the duality of functions is expressly and specifically regulated. I also recommend that professional training be provided to emphasize the risks and problems involved in the duality of functions.





JUDGE SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA¹

PUERTO RICO



Sigfrido Steidel is the Administrative Director of the Courts of Puerto Rico. He was President of the Special Committee for the revision of the Draft Rules of Professional Conduct of Puerto Rico, at the Supreme Court of Puerto Rico.

NOTARIES, JUDGES, AND LAWYERS: PROXIMITY OF PROFESSIONS

Introduction

The range of professions that make up the legal professions is varied. Even though my intervention focuses on the similarities and differences between lawyers, notaries, and judges based on their social function and the ethical demands placed on them, these are not the only legal professionals. Prosecutors, Property Registrars, Minors and Family Attorneys, as well as various government officials with the authority to resolve conflicts by exercising quasi-judicial functions, among others, are also legal professionals.

To discuss the proximity of the professions that concern us, particularly between notaries and judges, I will highlight several aspects in a general way, which implies taking the risk of omitting nuances that are always present when analyzing complex activities such as those carried out by legal professionals.

¹ Administrative Director of the Courts of Puerto Rico and Judge of the Court of Appeals. The expressions made in this writing do not represent the official position of the Judicial Branch of Puerto Rico, nor that of its judges, employees, and officials.

1. Lawyers, notaries, and judges interpret and apply legal norms

There are several similarities between lawyers, notaries, and judges. Beyond the obvious, such as the common initial academic background, these professionals have a role that, from their particularities, involves interpreting legal norms to apply them to specific scenarios in which the facts may also be in dispute. Regarding their relationship with the law, from this point of view they are similarly situated: they interpret and apply the law.

Even though what has been said is obvious to this audience specialized in the subject, the operational proximity between these professions is raised to highlight certain distinctions. The first is that the way in which these legal operators interpret and apply the law is nuanced by the way in which public interests vis-à-vis the private interests of users interact in their activity.

For lawyers, notaries, and judges, public interests have enormous relevance, as the legitimacy of their actions presupposes their conformity with the law. But the private interests of users frequently confront public interests. The greater or lesser weight assigned to one over the other will depend on the particular function involved.

When interpreting and applying the law, the lawyer can assume an incidentally variable role for the benefit of their clients' interests, although this variability must be rational and legally reasonable. Thus, to be loyal to their client, the lawyer will occasionally have to advocate for the revocation of a judicial precedent or the variation of a legal provision that perhaps in another case they invoked as the applicable norm. But even in these cases, their positioning before a specific norm requires them to resort to legal criteria or principles of higher hierarchy, which implies an interpretive exercise within the margins of the law itself. The notary and the judge, on the other hand, must act from the impartiality that requires them to adhere to the law and interpretive coherence to promote legal certainty, an interest that, as State officials, they are called to protect.

In this way, the private interest of their clients has a significant and decisive weight in the lawyer's work. For the notary, on the other hand, the private interest is relevant, but in the end, public interests, due to the nature of the delegation of power that the State has conferred on them, must prevail over private ones if they are in conflict, and their interpretive space is less than that of a lawyer. In the case of the judge, private interests are viewed with caution, since their role is not to please the parties, but to resolve disputes based on the law.

The second distinction I want to bring up on the subject is the possibility that these operators have to promote changes in the law from their respective activities. At this point, it seems to me that the notary is at a disadvantage. Although they can advocate for changes in the laws and norms that regulate their activity, from their particular practice –that is, when exercising activities proper to the notary– that margin is limited, if not non-existent. They cannot grant a public instrument that fails to comply with formal requirements even if they believe them to be unnecessary or unfair. In the end, their judgment must conform to what the law dictates.

By its nature, the practice of law gives lawyers room to claim changes in the law from the legal activity that is proper to them. They can advocate for the revocation of precedents, for the recognition of exceptions to a norm, for the declaration of unconstitutionality of a law. And of course, the judge, especially in systems like that of Puerto Rico where the control of constitutionality is diffuse, retains an important margin to promote changes in legal norms within certain circumstances.

2. Notaries and judges have a scope of authority delegated by the State

Notaries and judges share the quality of being State officials. As such, they are depositaries of a delegated authority and perform a public function or service. Article 8 of the Code of Ethics and Rules of Organization of the Notary of the International Union of Notaries (hereinafter, "UINL") expressly highlights that: "as a public official [the notary] must provide their Ministry when required to do so, having the necessary or convenient material and human resources for the proper fulfillment of the Public Service that their function entails."

The authority delegated by the State to notaries in many countries of civil law tradition presupposes a rigorous process through a competitive examination similar to that required of those who wish to be judges or prosecutors. In Puerto Rico, the process is different. Curiously, for the enormous responsibility that being a notary represents and despite its similarities with the position of judge as guarantors of legal certainty, the requirements to be a notary are similar to those required to practice law: it is enough to take a professional licensing exam in Notarial Law after having been admitted to the practice of law and comply with certain administrative procedures. Although the current scheme includes additional requirements to those that existed a few years ago, it is very different from that required to be a judge. In this way, the delegation

of authority that the state confers on a notary is not subject to compliance with formal requirements analogous to those required of other professionals with similarly significant responsibilities. Admission to the notary in Puerto Rico is closer to the process that regulates admission to the practice of law.

3. Lawyers, notaries, and judges have a fundamental role with justice, which necessarily entails adherence to universal values such as freedom, equality, and truth

The preamble of the current Professional Code of Ethics in Puerto Rico requires the lawyer "to understand that the primary purpose of their function as a jurist is service to society, a service that must be directed primarily to achieve the real existence of an integral and effective legal order and that must be essentially guided by the principles of democratic life and respect for the inviolable dignity of the human being that govern social coexistence in the country."².

Article 1 of the Ibero-American Model Code of Judicial Ethics³ expresses that "the institutions that, within the framework of the constitutional State, guarantee judicial independence are not aimed at placing the judge in a position of privilege. Their *raison d'être* is to guarantee citizens the right to be judged with legal parameters, as a way to avoid arbitrariness and to realize constitutional values and safeguard fundamental rights." And article 35 of the same code recognizes that "the ultimate goal of judicial activity is to achieve justice through Law."

For its part, article 5.5 of the Code of Ethics and Rules of Organization of the Notary of the UINL provides on the subject that "the Notary must respect and protect Human Rights, the environment (clean water and clean air as elementary conditions of life), justice, freedom, truth, honesty, and reliability and must keep professional secrecy."

Alfonso Cavallé Cruz, clearly explains the link between the notary and this deontological mandate in an extraordinary book of his authorship when he affirms that:

² Professional Code of Ethics of Puerto Rico, 4 LPRA App. IX (Preamble).- LPRA stands for "Leyes de Puerto Rico Anotadas" (Laws of Puerto Rico Annotated). This is the official compilation of Puerto Rican laws.

³ Ibero-American Model Code of Judicial Ethics, Ibero-American Judicial Summit (2006). Available at: www.cumbrejudicial.org.

The ultimate goal of the notarial function is service to the person characterized by their dignity, freedom, and uniqueness. The person is an end in itself, never a means. The state and its institutions, such as the notary, must be at the service of the human being and the notary is responsible for making effective, in the field of private legal relations, relevant superior values among which personal freedom, equality, justice, legal certainty, truth and social peace stand out, values that are in inseparable connection with fundamental rights.⁴

If we substitute the word "notary" for "judge" in this quote, the communicated idea is equally true.

4. Judges, lawyers, and notaries have a relationship of complementarity in the prevention of conflict and in the search for solutions when they arise

In the preventive stage of the conflict, lawyers and notaries occupy a prominent role. In the resolution stage of the conflict, the courts and judges in particular have a leading role. In the common law, in addition, the judicial rulings of the highest courts acquire the character of precedents, and, therefore, by being inserted in the normative framework, they acquire a preventive role of conflict in a prospective way.

The notary, although they issue judgments –on the truth of the facts that are presented to them, the legality of the act that is requested, the voluntariness of consent– does not judge or adjudicate rights with the character of finality between people with antagonistic interests. This function is the responsibility of judges. But by advising the people who appear before them, illustrating people on the law and on how to legally frame the transactions they are interested in carrying out, the notary promotes individual will, guarantees rights and, in doing so, avoids litigation and promotes access to justice. In fact, article 4 of the Code of Ethics and Rules of Organization of the Notary of the UINL highlights the preventive role of the notary by stating:

Notaries, as delegates of a part of the sovereignty of the State, must exercise their public function, controlling in an impartial, independent, and responsible manner, the legality of the acts and businesses that are celebrated through their authorization, providing with their action the public service of general interest of preventive legal certainty, avoiding litigation, and contributing to sustainable economic development, and social peace.

⁴ Alfonso Cavallé Cruz, *Foundations of Notarial Deontology*, Editorial Kinnamon, 2020, pp. 33-34.

Even though the legal professions of lawyers, notaries, and judges are integrated into a harmonious system, where each one plays an essential role to guarantee the proper functioning of justice, this complementarity should not be confused with homogeneity, since the functions, competences, and objectives of each one are specific and non-transferable and reflect the uniqueness and specialization of each role.

The lawyer will advocate in favor of the interests of their client to whom they owe absolute loyalty. The notary gives "to the documents they draft, of which they are the author, and whose conservation they ensure, the character of authenticity that confers on said documents, the probative force and the executive force."⁵ The judge intervenes when the preventive roles of other legal operators are not successful. Each activity retains its distinguishable qualities.

5. The practice of legal professions implies a good dose of ethics

The ethical behavior of legal professions is not only a guarantee to achieve the purposes of the law and avoid arbitrariness and corruption. It is also necessary to strengthen public trust in the institutions of justice. For those to whom legal language is obscure, the personal attributes of the legal operator –whether judge, notary, or lawyer– have a significant weight in the evaluation of the competence and quality of the services they receive. It is not enough to know the law, it is also important to have personal qualities that generate trust.

Personal prestige or moral attributes, as well as formally delegated powers, are the source of judicial authority. In the Latin-type notary, both requirements –the *auctoritas* and *potestas* of Roman law– are equally required.

The adoption of codes of ethics for lawyers, notaries, and judges, in a differentiated manner, recognizes the diversity of ethical conflicts that their respective activities can generate.

⁵ Art. 3.1, *Deontology and rules of organization of the Notary*, International Union of Notaries (2013).

6. The principles of independence and impartiality are principles of superior hierarchy in the performance of the notary and judge professions. But the principle of independence of the notary has a less comprehensive dimension than that required of judges

According to article 10 of the Ibero-American Model Code of Judicial Ethics, "[t]he impartial judge is one who pursues with objectivity and based on evidence the truth of the facts, maintaining throughout the process an equivalent distance with the parties and their lawyers, and avoids any type of behavior that may reflect favoritism, predisposition, or prejudice." In line with this, article 3 of said model code expresses that "the judge, with their attitudes and behaviors, must make it clear that they do not receive influences –direct or indirect– from any other public or private power, whether external or internal to the judicial order." This approach coincides with one of the meanings of the concept "judicial independence" recognized by the United States Supreme Court in *Republican Party of Minnesota v. White*.⁶

Article 5.3 of the Code of Ethics and Rules of Organization of the Notary of the UINL does not define the impartial notary. But it requires those who practice the notary to "be impartial in their actions with respect to the parties and those who, although they do not intervene, may be affected, with the objective of preserving their legal certainty." It also requires an "active impartiality," which obliges them to compensate for "the deficit or information asymmetries of the parties, with special attention to the contracting party most in need of their information, advice, and professional counsel."

This last duty resembles the requirement that canon 11 of the Judicial Code of Ethics of Puerto Rico imposes on judges by reminding them that "it is the fundamental ministry of the Judiciary to ensure that no injustice is committed," which is why, it adds, "judges are participants in the search for truth and the determination of what is just. To that end, they must intervene during the course of any judicial proceeding to avoid unjustified delays, to clarify any matter, or to prevent an injustice."⁷ As can be seen, the impartiality required of notaries and judges generates duties towards the parties.

⁶ 6536 U.S. 765, 775-776 (2002) ("One meaning of "impartiality" in the judicial context—and of course its root meaning—is the lack of bias for or against either party to the proceeding. Impartiality in this sense assures equal application of the law. That is, it guarantees a party that the judge who hears his case will apply the law to him in the same way he applies it to any other party.")

⁷ Judicial Code of Ethics of Puerto Rico, 4 LPRA App. IV-B, Ch. 11.

Regarding the principle of independence, article 5.4 of the Code of Ethics and Rules of Organization of the Notary of the UINL highlights that "the notary must act independently with respect to the parties and the Administration, although never to the detriment of the same." Thus described, the principle also generates duties towards the parties. It implies not depending on the granting parties, a condition that is achieved with organizational and economic independence and through the fee system established to remunerate notaries.

This approach to the principle of independence of the notary is distinguishable from the equivalent principle in judicial ethics. The Ibero-American Model Code of Judicial Ethics highlights in its article 2 that "the independent judge is one who determines from the current Law the just decision with no influence or apparent external factors. Thus, while judicial independence has a threefold dimensionality that requires the judge to resolve according to the law, without external factors to the judiciary, internal factors within the judiciary itself, and on a more personal level, without the influence of preconceptions and biases that conflict with the law in their activity, in the field of notarial ethics, independence is framed in the absence of dependence on the parties.

7. For the judiciary, being and appearing are two sides of the same coin. The principle of impartiality required of the notary makes appearance relevant in notarial activity

The appearance of improper conduct as a criterion to impute an ethical violation has defenders and staunch detractors, especially in the field of legal ethics. Although I did not find the expression "appearance" in the Code of Ethics and Rules of Organization of the Notary of the UINL, it seems to me that it is subsumed in the requirement to observe the principle of impartiality and in the mandatory article 5.1 that "notaries must maintain an ethical personal attitude in the exercise of their function that dignifies their person and the Institution of which they are part, abstaining from behaviors that lead to the loss of citizens' trust in the notarial Institution or are contrary to the dignity of the Notary." Public perception influences the prestige of a person, which contributes to the greater or lesser trust that the institution to which they belong inspires. Appearance is relevant in notarial and judicial activity.

8. Unlike most countries where the Latin notary exists, in Puerto Rico, lawyers can also practice as notaries, which generates risks due to certain incompatibilities between both roles

In Puerto Rico, the practice of law can be combined with the practice of notary. But the lawyer, by their very nature, advocates from the law for the interests of a client, for which they develop a legal strategy biased towards their client's cause. Notarial activity, on the other hand, starts from independence and impartiality towards the granting parties. The conflict between both facets is latent. The Supreme Court of Puerto Rico has highlighted this.⁸

Experience in Puerto Rico suggests that a jurist aware of the limitations imposed by law and ethics in each facet can perform both activities. However, as I indicate, it is necessary to be aware of the different roles and the framework that delimits the corresponding boundaries.

9. The challenges that notaries, lawyers, and judges will face in the coming decades are common

Artificial intelligence and its use in legal professions, the crisis of trust in justice institutions, and attacks on the independence of justice institutions establish a common agenda for all justice officials.

Could artificial intelligence in the coming decades replace humans in some activities performed by lawyers, notaries, and judges?

What role should lawyers, notaries, and judges assume in the face of attacks on the independence of judicial institutions?

How can legal professionals expand citizens' trust in justice institutions?

The dialogue on these issues is far from over.

⁸ See, *In re: Hernández Rosario*, 170 DPR 103 (2007); *In re: Avilés Cordero y Tosado Arocho*, 157 DPR 867 (2002); *In re: Ramos Bonet*, 153 DPR 296 (2001); *In re: Cardona Álvarez*, 133 DPR 588 (1993); *In re: Colón Ramery*, 133 DPR 555 (1993).

CONCLUSION

Despite notable differences, notarial and judicial activities share common objectives rooted in the primacy of universal values such as justice, equality, and truth. By preventing and resolving conflicts and promoting legal certainty, both professions contribute to social peace. Furthermore, the quality of their work requires adherence to ethical principles, among which impartiality and independence are decisive. The expansion of notarial activity into certain non-contentious matters that historically required judicial intervention finds support in these convergences, even though this proximity does not entirely erase the boundaries between the areas of exclusive competence of judges and notaries.





PROF. DR. JENS BORMANN

GERMANY



Jens Bormann, Ph.D. (Albert Ludwig University of Freiburg), LL.M. (Harvard), is a Notary in Ratingen and Visiting Professor at the Leibniz University of Hannover. He currently acts as UINL Vice-President for Europe. Past President of the German Federal Chamber of Notaries.

THE NOTARY AS EX-ANTE-JUDGE

I. Introduction

Thinking of the civil law notary as the equivalent to the notary public in the United States is at least misleading. In functional terms, the civil law notary is closer to an institution that could be called the ex-ante-judge or – as we put it in the title of Philip Bender’s and my short Explainer: “Judge Without Lawsuit,” providing justice without litigation. In the following lines, I will elaborate this functional comparative approach and, drawing on the insights of our book, I will point out why civil law notaries are best explained as ex-ante-judges. I will do so by highlighting five central characteristics: neutrality, independence, supervision, the exercise of public power, and societal pacification.

II. Neutrality

Unlike attorneys, notaries are neutral. They do not represent one party but the joint interest of all those involved in a transaction. In that sense, they have been described as “lawyers for the situation” – I have in mind the study of Murray and Stürner in the title of which they refer to this famous Brandeisian concept.

The expression of a “lawyer for the situation” summarizes the notary’s bipartisan character and it points to the fact that notaries – just like judges – don’t have “clients” but “cases” – another word for “situation” – to deal with.

The decision of a legal system to provide for a public and neutral legal expert at the transactional stage has significant benefits. Instead of each side having to pay their lawyer, the parties can split the costs of one legal expert. This reduces transaction costs and thereby fosters an efficient allocation of goods.

III. Independence

Institutional independence is the corollary of the substantive neutrality of notaries. Just like judges, notaries must be able to avoid economic dependencies from parties and to affirm their independence from other branches of the government.

1. Independence from the parties

If the number of notaries and their fees would be left to the market, independence from the parties would likely be inexistent. Parties could not trust in the neutrality of notaries. In the context of a fierce competition for legal services, the market price would approach the production cost of the legal service, forcing the weakest and poorest parties out of the market. Quality advice would probably concentrate in big cities. Rural areas would be left behind. You can observe this phenomenon in turning to big law firms. Their high-end legal advice is concentrated in New York, Chicago, and the Bay Area and it is unlikely that poor parties lucky enough not to qualify as a pro bono case will become a client of big law firms.

This situation is unacceptable for notarial services. Therefore, a strict entry control based on the principles of meritocracy and geographical districts must limit the number of notaries on the market. In addition, notarial fees cannot be left for negotiation. Instead, fixed tariffs, taking into account the diminishing marginal utility of money, must provide for the economic independence of notaries. Just like court fees are fixed and depend on the value of the lawsuit, notary fees must follow the same principles. In that way, the rich cross-subsidize the poor and the legal system provides for access to justice for everyone.

2. Independence from government

Independence does also mean independence from government: The judge as representative of the judiciary must be shielded against government intrusions and instructions as to how to decide a case. In how she applies the law, the judge must not respond to the wishes or directives of a superior. A judge cannot

be integrated in a governmental hierarchy without sacrificing the central role of the judiciary for the rule of law.

By the same token, the notary must not be subject to the orders of the government as to how she should draft a contract and as to whether she should implement this or that preference of the parties. Instead, the notary will exercise her drafting power only bound by the limits of the law and the joint preferences of the parties.

This judicial and notarial independence enables parties to have faith in the neutrality of the judge or the notary. In the case of the notary, this distance to the government is of a special importance because parties entrust the notary with their most private information. Families and companies must be sure that the notary respects the highest standards of data privacy and that critical information will not reach public officers without the consent of the parties.

This is why civil law countries generally speaking even allow the notary to organize her office independently, to choose the employees she wishes to choose, and to directly collect the fees from the parties.

IV. Supervision

Institutional independence does not mean lawlessness. Instead, independence is only justified as a means to enable notaries to fully comply with their legal obligations.

1. Disciplinary Liability

Even though notaries are independent within the boundaries of the law, the fulfillment of their ethical and legal duties must be strictly controlled. This is why notaries are subject to the supervision of the ministries of justice, courts, and professional chambers. Violations will entail severe disciplinary sanctions which can also lead to the impeachment of a notary.

2. Criminal and Civil Liability

In addition, notaries are, of course, exposed to civil and criminal liability. Their performance is not only subject to those crimes which can be committed by everyone but also to those crimes for which you need to be a public servant. This is, yet again, an aspect which brings notaries closer to judges than to private legal professionals.

V. Exercise of Public Power

In civil law countries, notaries exercise public power which in common law countries is left to the judiciary or other public authorities.

1. Providing Titles for Foreclosure

The central aspect in this context is the fact that notarial authentic instruments generally speaking provide a title for foreclosure. In that sense, they are like anticipated judgments or judgments by consent. If a buyer agrees to pay a certain amount of money in a notarial authentic instrument and if that buyer does not pay, the seller does not need to sue the buyer in court. Instead, she can immediately call the sheriff – or those that execute judgments. This is, yet again, an aspect that reduces litigation costs. Parties only go to court when their claim is truly disputed in between them – which is rare when a notary was involved in the drafting because she is trained at avoiding ambiguity. In other cases, the fact that a judgment-like title exists from the very outset increases the likelihood of compliance with the contractual obligations. If a party is simply unable to pay, it allows the other side to collect what is left without the need to go to court just to produce a title.

2. Gatekeepers of Registers

In civil law countries, it is often also a judicial task to run different forms of registers – land registers and commercial registers. The land register contains the central information on real estate property, i.e. the location and size, the owner, servitudes and other incumbrances as well as mortgages. The commercial register is evidence of the existence of the company, its shareholders as well as its directors. In that way, individuals do not need to invest in expensive legal opinions, title search, title insurance, due diligence, and certificates of good standing. Registers thereby significantly reduce transaction costs.

Notaries are the gatekeepers of these registers. They filter the application for registration and only forward those that can actually be registered. In their capacity as gatekeeper of registers, they exercise public power similar to those judges or authorities who actually run the register.

3. Performing Court Functions Strictly Speaking

Beyond the core notarial function of producing titles, there are a number of tasks notaries perform which relieve the judiciary and are generally speaking seen as judicial functions. For instance, in some countries, notaries can declare people married or divorced. In addition, notaries provide inventories in succession cases and are involved in the evidence-collection process. Finally, notaries sometimes act as so-called court commissioners, fulfilling specific tasks dele-

gated to them by courts. This aspect is sometimes discussed under the label of “de-judicialization,” even though the notion is problematic because notaries are, as *ex-ante*-judges, part of the judiciary broadly understood.

VI. Pacification

Maybe the most central shared characteristic between notaries and judges is that both institutions contribute to the pacification of society.

1. The Preventive Administration of Justice

The judge settles existing disputes by deciding about their outcome in an authoritative way *ex post*. She thereby avoids private revenge and endless counter-revenge. The notary acts to prevent conflicts from arising in the first place *ex ante*. She does so by ensuring that the real preferences of the parties are enacted, protecting the weaker party, especially consumers. She also makes sure that preferences are enacted – to the extent possible – in an unambiguous way and that they are contained in a document which will proof all central aspects of the transaction. In that way, notaries significantly reduce the reasons for litigation, i.e. the determination of legal rights and duties *ex post*. Finally, notaries avoid conflict arising from the unwillingness or the inability to perform unambiguous contractual duties because authentic instruments are, as previously mentioned, titles for foreclosure.

2. Mediation

The legislature also takes into account the pacificating potential of notarial intervention in other contexts. For instance, in Bavaria, individuals seeking to sue each other for neighbor disputes or for insults, they previously need to see a notary in her capacity as mediator. In these settings, the notary acts like a judge at a phase in litigation when the parties want to reach a settlement.

VII. CONCLUSION

To sum up: when approaching the institution of notaries in a functional comparative way, they are best described as *ex-ante*-judges. Their neutrality, their independence, their supervision, the exercise of public power and the goal of pacifying society all contribute to this characterization of notaries. They are highly qualified transactional experts, which are closer to judges than to attorneys or common law notary publics in the way they perform their duties. It is precisely their judge-like professional status which allows legal systems to leverage the economic advantages of this ancient legal institution.





NOT. DR. CRISTINA N. ARMELLA¹

ARGENTINA



Cristina Armella was the President of the UINL for the 2021-2023 term. She is a notary in the Province of Buenos Aires, Argentina, and Professor of "Civil and Commercial Contracts" and "Notarial, Registry and Real Estate" at the Law School of the University of Buenos Aires. Former Rector of the University of Buenos Aires, and past President of the American Notarial Academy of the UINL American Affairs Commission.

THE NOTARY AS AN ALTERNATIVE TO THE JUDGE IN NON-CONTENTIOUS MATTERS

I. Action Plan of the UINL President, Not. Lionel Galliez (2023-2025)

The International Union of Notaries (UINL) together with the Notary Association of Puerto Rico has convened the "Second Dialogue between Legal Systems of Civil Law and Anglo-Saxon Law" continuing with the project of the current UINL President, French Notary Lionel Galliez, which began with the meeting in London, England, on September 26, 2023, organized jointly with the "Society of Scrivener Notaries", which was held in the historic hall of the "Apothecaries Company", with the participation of high representatives of civil law and common law notarial organizations.

¹ Notary Cristina N. Armella is the Honorary President of the UINL, holds a Doctorate in Notarial Law from the Argentine Notarial University, is a Consulting Professor at the Faculty of Law of the University of Buenos Aires, a Full Member of the National Notary Academy of the Argentine Republic, a notary, teacher, academic, researcher, author, consultant, and legislative advisor, with extensive activity in both national and international spheres.

The rationale behind this project lies in enabling notaries practicing under different legal systems to deepen their mutual understanding, as, regardless of the applicable legal regime, they all recognize the same purpose, which is to consolidate the value of legal certainty that is universal, although there are some States whose governments do not respect it.²

In London, the theme was *"the added value of the notary's intervention in private and commercial transactions, in particular the evidentiary value of the notarial document and its probative value in the different jurisdictions."*

In San Juan, Puerto Rico, on December 5, 2024, we addressed the theme of "Notary or Lawyer: Do their functions compete or complement each other in non-contentious matters? The added value of notarial intervention," which has given us the opportunity to discuss the roles of the notary and the lawyer and even consider the notary as an extrajudicial magistrate.

It is noteworthy that the scenario provided by the Notary Association of Puerto Rico³ was the most appropriate. Firstly, because as a country, Puerto Rico is a free associated state to the United States. Thus, Puerto Ricans born within that territory have U.S. nationality. However, due to their Hispanic origins (from the colonization of the Kingdom of Spain from the 15th century), the legal system that governs is civil law, to which Anglo-Saxon law was subsequently added, especially by the application of the "leading case" or jurisprudential precedent of the United States given the political changes that occurred. To all this is added that the notaries of that country have material competence to practice notarial and legal practice simultaneously, concurrently and non-exclusively, as happens in other countries, exceptionally, whose notaries are also members of the UINL.⁴

Among other speakers from America and Europe, we had the invaluable perspective of two distinguished professors, Peter L. Murray from Harvard Law School, USA, and Rolf Sturmer from the University of Freiburg, Switzerland, and the experience of two lawyer notaries, Notary Lorena Flores Estrada from Guatemala, the first female President of the Guatemalan Institute of Notarial Law, and Notary Dennis Martínez Colon from Puerto Rico, Vice President of

² The reader is advised that whenever the term 'notary' is used, it should be considered to include not only male notaries but also female notaries, with equal opportunities. (This is specified as in Spanish, gender nouns are pluralised in the masculine case)

³ I highlight the professionalism and efficiency in the organization of the event by the President of the College of Notaries of Puerto Rico, Notary Arsenio Comas Rodón; the Executive Director, Notary Virmarily Pacheco Rivera, and the General Counselors of the UINL, Dennis Martínez Colon, Vice President of the UINL for North America, Central America, and the Caribbean, and Notary Manuel Pérez Caballer, Secretary of the Commission for American Affairs of the UINL.

⁴ In South America, only Uruguay; in Central America: Honduras, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, and Costa Rica; and in the Caribbean: Dominican Republic and Puerto Rico.

the UINL for North, Central, and Caribbean America. For my part, I shared a panel with the Administrative Director of the Courts of Puerto Rico, Sigfrido Steidel Figueroa, and with the Vice President of the UINL for Europe and President of the Federal Chamber of Notaries of Germany, Professor Jens Bornmann, who were in charge of analyzing the theme of the notary as an extrajudicial magistrate.

II. Collaboration Agreement between the International Union of Notaries (UINL) and the International Union of Magistrates (UIM-IAJ)⁵

For the purposes of analyzing the theme that was indicated to us, I found it very opportune to start with a piece of recent history of our UINL and its connection with the UIM. It is noteworthy that the UINL maintains institutional relations with other world, continental, and regional organizations such as the United Nations and its agencies, UNWOMEN, UNICEF, FAO, with the OAS (Organization of American States), with the European Union, with ALADI, among many others.

A. The linked international organizations

The International Union of Notaries (UINL) is a non-governmental international organization whose origin is recognized on the occasion of the First International Congress of Notaries that was held in Buenos Aires, Argentine Republic, in October 1948, establishing the international day of the notary on October 2 of each year.

Currently, it comprises ninety-two member notariats⁶, which operate in countries across five continents (America, Africa, Europe, Asia, and Oceania), all governed by the principles and foundations of the Latin-type notariat.⁷ The legal systems prevailing in these countries are civil law, and in cases where legal systems recognized other sources, they had to adapt their regulations to comply with the principles of Latinity applied to notarial law. As we stated, its President is Not. Galliez (2023-2025).

⁵He acronym changes depending on whether it's considered in Spanish *Unión Internacional de Magistrados* or in English *International Association of Judges*

⁶At the Lisbon Assembly, on November 9, 2024, the notary profession of Burundi, from East Africa, was incorporated, thus reaching the number of ninety-two member notariats.

⁷The principles and foundations of the Latin-type notary system, as well as the Statutes and Regulations of the UINL, can be consulted on the website 'uinl.org'.

The International Union of Magistrates (UIM-IAJ) "was founded in Salzburg, Austria, in 1953. The UIM is a professional and apolitical international organization that brings together national associations of judges, and not individual judges,"⁸ currently comprising ninety-two members, and its main objective is the safeguarding of the independence of judicial authorities. "The independence of the judiciary is an essential requirement of the judicial function and is a guarantee of respect for human rights and freedom."⁹

Its current President, elected in Taipei in 2023, is Dr. Duro Sessa, Judge of Croatia, and its Secretary-General is Dr. Giacomo Oberto, Judge of Turin, who has served six consecutive terms at the head of the institution.

These two international organizations, one in the realm of the global notariat and the other linked to the realm of justice, recognize common purposes governed by the defense of human rights, and that is why there is a long-standing institutional link between them that has culminated in the celebration of a COLLABORATION AGREEMENT, signed in Brasilia, Federative Republic of Brazil, on November 9, 2023, on the occasion of the institutional meetings of the UINL, especially within the framework of the annual assembly of member notariats.

B. Objectives of the agreement¹⁰

The main purpose of the agreement is to achieve the objectives of good administration of justice and decongestion of courts through joint work, aimed at transferring non-contentious competences currently in the judicial sphere to national notariats.¹¹

We analyze the four most significant objectives.

1. *"Continue exchanging information on their activities and reflections on the subject of DEJUDICIALIZATION, understood as the movement aimed at relieving the courts of a series of non-contentious tasks and providing greater efficiency to the administration of justice..."*

The central theme of the agreement is "dejudicialization," widely studied by the global notariat. The jurisdictional activity at the national level is over-

⁸ Consult in their webpage: <https://www.iaj-uim.org>.

⁹ Idem 8

¹⁰ The full text of the agreement can be consulted in Annex I of this same work, at the end.

¹¹ I advise the reader that in this contribution I do not address anything about the technological tools and even artificial intelligence that are being implemented both in the administration of justice and in the practice of notaries, since this does not modify the foundational considerations of the conclusion. Although such tools are efficient in both areas, they do not change the essence of what has been related.

whelmed with controversial cases that need the activity of judges in a timely manner so that they can resolve conflicts and go through appellate reviews in search of the definitive solution of giving each one their own, doing justice in the specific case. At the same time, the observer can assert that there are issues attributed to the material competences of judges but which, in their own essence, are not contentious.

If all that mass of tasks were transferred to notarial activity, the lightening of the number of judicial cases to be attended would decrease and make it possible for justice, with the same amount of human and economic resources, to show itself as more effective and efficient. For this to be possible, a profuse exchange of information between these international organizations is required, which have knowledge of the comparative law of each State and the laws that regulate this matter, plus the organization of national Justice and its statistics. All this allows us to reflect and project solutions with reliable databases.

2. *"Work together to develop recommendations aimed at public authorities, in order to prevent and reduce the excessive workload of the courts;..."*

The research of working groups, the teams that make up the thematic commissions, the contributions presented to the International Congresses, both of the UINL and the UIM, form a rich study material that makes it possible to delineate projects aimed at modifying national legislations. However, it is necessary to warn that such results, from one or another organization, lack binding force for the States whose local notarial and/or judicial organizations integrate them.

Therefore, the only way that exists in order to influence the necessary legislative changes is the conviction that these international organizations, together with the competent local organizations, can define the powers of the States, mainly with the Legislative Power and/or the Executive Power, according to their specific areas of attribution of powers.

Easing the "excessive workload" of the courts implies that public policies in the area of justice are being devised to precisely delimit which case should be dealt with by the judge who will apply the law and administer justice, and which case can be dealt with by another legal professional in charge of a public function, such as the notary.

3. *"Propose solutions to public authorities to address court congestion, in particular defining the tasks and matters that could be subject to a transfer of competences between the judge and the notary, or a division of competences between the professions;"*

Research, study, debates and conclusions cannot be merely theoretical. A detailed analysis of the assumptions or cases that make up a collective, a universe, as an object of study, in a given time and space is necessary. For this reason, the theory that is applied to the problem in the abstract and even with a universal character, must also be applied to the reality of each national justice system and even within the same country to different matters and jurisdictions.

What the international organizations linked through this agreement have in common is that both maintain an internal organizational chart distributed in commissions that deal with each of the continents and even more, intercontinental commissions that analyze a specific matter. This allows, with the close collaboration of its members, to have a thorough knowledge of the experience of each country on the subject in question.

The solutions that must be proposed, although they must be based on the principles and foundations of both the notariat and the administration of justice, and on the staunch defense of human rights, will not be possible to materialize if they are not suitable for the reality of a given country.

Therefore, it is essential to know the prevailing needs of everyday life and when proposing a reform, it is necessary to thoroughly analyze its weaknesses and strengths. None of this is achievable if local legal systems and judicial cases ventilated in a certain period of time are not known, plus statistics by subject, competences, number and duration of judicial processes, sentence review, among other transcendent issues.

Currently, the various work areas of the UINL are dealing with all this in a preliminary stage, which is the data collection.

4. "Study the possibilities and perspectives of collaboration between the professions, particularly in the area of DE-JUDICIALIZATION;"

Personally, I prefer to use the term "public function" and not "profession," in the understanding that the notary is a legal professional in charge of a notarial public function with competence to attest to legal acts that occur in their presence or that they personally fulfill, as well as in the verification of facts under the same circumstances. The judge is a legal professional in charge of the public function of administering justice, resolving the conflict and realizing equity in the specific case.

In the first case we speak of "preventive justice" in the second case we speak of "reparative or punitive justice."

This fourth objective encloses within itself more than a dilemma of the future, a philosophical theme.

Are we, who by vocation assume these roles within each society of our legally organized countries, capable of speaking of "dejudicialization" with conviction and displacing any other interest that is not to devise the best for the inhabitants of each of our States? Can the objectives be met?

Let us be enthusiastic.

III. Areas of de-judicialization

Since Notarial Law reached its qualification as an autonomous branch of Law, specialized studies have spoken of "voluntary jurisdiction." Quickly the authorized doctrine criticized the expression as it is integrated with two opposing concepts, the word "jurisdiction" which implies judicial activity aimed at resolving the conflict and "voluntary" which evidences its availability between individuals. Therefore, the designation of the concept migrated towards "notarial intervention in non-contentious matters."

Having made this warning, I understand that it is necessary to delimit as precisely as possible, the matter that concerns us.

A. The de-judicialization of conflicts

The notariat constitutes an alternative for citizens to resolve conflicts. The notariat proposes negotiation as a mechanism to achieve legal certainty and social peace. It is worth noting that more recently the local legislation of organization of the notariats has conferred on notaries the material competence that allows them to intervene in the alternative resolution of conflicts, such as mediation.

In these cases, the conflict exists and instead of ventilating it judicially, alternative and prior modes are recognized, aimed at achieving agreement between the parties that avoids them having to resolve that same conflict before the competent justice, which, in many cases implies an enormous economic and time effort and the deployment of a personal activity in an environment that is not friendly to the litigant.

The alternative conflict resolution areas in the hands of the notariat enjoy all the characteristics of the exercise of the notariat: professional secrecy, impar-

tiality, advice, provision of perfectly informed consent, public faith, authentic instrumentation, among many others.

B. The de-judicialization of justice

As I have been maintaining, the notariat constitutes a valid alternative to transfer non-contentious matters of judicial competence to the extrajudicial sphere.

This is the core of our interest. Detect what non-contentious issues that impact the development of the human person, of companies or of the State itself in all its manifestations, are those that are, according to local or national legislation, under the aegis of justice.

Just to mention a few, it is enough to enunciate the changes of name of human persons, the consents for the practices of assisted human reproduction techniques, the designation of supports in cases of human persons with restricted capacities, all the modalities of housing protection, the declaration of divorce in non-controversial processes, the separation of assets in cases of divorce, the processing of succession processes upon the death of the human person with or without a will, among many others. Always of course that there is no controversy and with the subsequent possibility that, in case it occurs between the interested parties, there is always the possibility of going to judicial jurisdiction.

IV. The new paradigms of the 21st century

I intend to base the figure of the notary as that of an extrajudicial magistrate. Although the assertion could be interpreted as excessive, I will start from the following interpretative parameters that are transcendent for this topic. The new paradigms of the 21st century.

I list only some and not all of what I consider the new paradigms of private law in this 21st century and that respond to the changes that have been occurring since the last part of the previous century. Those of us who dedicate ourselves to the study and research of legal sciences warn that (both in the Argentine Republic, as in many other countries, especially in the American area), we can affirm that the most transcendent has been that the constitutional principles and those of international treaties have permeated the internal law of our nations.

A. The constitutionalization of private law

The constitutional reforms that have occurred since the middle of the previous century have had as their purpose the updating of their nineteenth-century texts based especially on the Constitution of the United States of North America. We warn how the focus of interest of law turned towards the human person, who has become the center of attention of every modern legal system with the purpose of guaranteeing and protecting their human rights.

B. International human rights treaties and conventions

As of the two world wars that occurred during the 20th century, the objective was to create international organizations that could prevent and avoid armed conflicts that could reiterate the horror of those experiences.

This is how in the 1940^s the international organizations of the United Nations (UN) and in America, the Organization of American States (OAS) were created. Also in 1948 the Declaration of Human Rights was issued by the UN.

A fundamental milestone of recent history was the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties that regulates the process of elaboration, interpretation, entry into force, nullity and termination of international treaties.

The Argentine Republic is an example of this, as the last constitutional reform of 1994, in its article 75, paragraph 22, determined: "CHAPTER FOURTH. Powers of Congress.

"Article 75.- It corresponds to Congress: 22. Approve or reject treaties concluded with other nations and with international organizations and concordats with the Holy See. Treaties and concordats have higher hierarchy than laws. The American Declaration of the Rights and Duties of Man; the Universal Declaration of Human Rights; the American Convention on Human Rights; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; the International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; the Convention on the Rights of the Child; in the conditions of their validity, have constitutional hierarchy, do not repeal any article of the first part of this Constitution and must be understood as complementary to the rights and guarantees recognized by it. They may only be denounced, if applicable, by the National Executive Power, with prior approval of two thirds of

the total members of each Chamber. Other treaties and conventions on human rights, after being approved by Congress, will require the vote of two thirds of the total members of each Chamber to enjoy constitutional hierarchy.”

The richness of paragraph 22 of article 75 of the Argentine Constitution relieves us of any other comment. It is evident that at this stage of the development of legal thought, human rights acquired a special prominence.

However, the incorporation of all the principles and foundations of international conventions and treaties with constitutional hierarchy were not introduced into Argentine private law until the legislative reform occurred. And this was concretized, in part, as of August 1, 2015, with the entry into force of the Civil and Commercial Code of the Nation (Law 26.994).

C. The notarial qualification of international conventionality

From the constitutional reform of 1994 until the application of the new unified legal system in the Civil and Commercial Code of the Nation, there have been other legislative modifications that regulated matters related to human rights, especially of minorities, such as same-sex marriage (Law 26,618) or the exercise of gender identity (Law 26,743), just to give a few examples.

This delay in the consolidation of the principles and foundations of international conventional law with constitutional hierarchy produced a gap with private law, which is why judges had to qualify international conventionality in cases in which, when resolving the conflict in which that matter was ventilated, domestic law did not supply that assumption or, what is worse, its solution did not respect the constitutional mandate.

This is how international conventionality with constitutional hierarchy began to prevail over Argentine private law.

Well, I consider that this same intellectual exercise is imposed in the specific case. If the notary is required for the celebration of a unilateral, bilateral or plurilateral legal business and when qualifying its legality, he notices that the solution does not conform to the constitutional mandate, he must attend to the latter before domestic law.

Thus, the qualification of international conventionality also integrates these notarial exercise operations.

D. Access to justice and access to the notariat as a human right

Much has been said about access to justice being a fundamental human right. Every human person, without distinction of nationality, race, religion or social, economic or any other situation, has the right to go to justice, precisely to obtain justice. What does it mean? That if that human person feels their rights violated, they can go to justice in protection of them. This right is also a right recognized by international conventions and treaties, starting with the already mentioned declaration of human rights of 1948.

If we transfer this principle to the notarial sphere, without any hesitation I affirm that every human person has the human right of access to the notariat. It is possible to affirm that the exercise of the notariat consolidates the exercise of rights in normality, from before the human person is born (assisted human reproduction practices, rights of the "nasciturus") until after their death (in succession planning) and especially in states of vulnerability (children and adolescents, elderly people, people with disabilities, people subject to economic violence, people deprived of liberty for the commission of criminal offenses, people in the stage of their last illness or disabling illnesses, real estate consumers in cases of adhesion contracts, technological vulnerable). This does not mean that the human person in full development of their vital state also finds in the notarial sphere the advice, counseling and development of their capacities and skills (acquisition of goods, creation of companies, realization of ventures of all kinds). And this without distinguishing any trait, provided that it is framed in the legality of the applicable legal regime.

Therefore, "access" to the notariat and to the notarial public function by human persons is also a fundamental human right that cannot be subject to any limitation, except under extremely exceptional and well-founded reasons.

E. The notariat as a maker of preventive justice

When we affirm that the notary is a maker of preventive justice, we are signifying that in each concretion of the notarial intervention in the specific case, the conjunction of all the actions of this legal professional in charge of a public function and the fulfillment of all the obligations within the framework of this function, achieve the notarial opus, which is (in the generality of cases), the authorization of a public deed granted by the appearing party or parties. As a legal business instrumented, in its content and its container, it reaches the qualities of existing, valid and effective and registerable in the publicity registries, if applicable.

And the most transcendent is that this business thus perfected will avoid the existence of controversies in the future. That is why we affirm that it is a functional exercise that concretizes "preventive justice" in each particular case. It avoids the conflict since the documentary robustness of the public deed or the authentic act displaces the risks that implies the negotiational configuration in systems that recognize only the private form as a sufficient form for the celebration of all kinds of legal businesses.

It is enough to analyze the statistics of judicial conflict in the Anglo-Saxon system that does not recognize the authentic documentary form and makes use of alternative figures such as title insurance to alleviate the possible economic losses that the Latin-type notariat system avoids.

F. The notary as extrajudicial magistrates

This second dialogue between the civil law system and the Anglo-Saxon system gives us the possibility to expound on whether, based on everything explained and the reasons we will analyze *infra*, we are in a position to affirm that the Latin-type notary, under a pure legal regime, that is, a notarial regulation that honors the principles and foundations of the Latinity of the system, regardless of the place where it is applied, can be considered an "extrajudicial magistrate." Let's see.

V. Reasons that allow us to affirm that the notary is an extrajudicial magistrate

1. They are legal professionals

Every Latin-type notary must be a legal professional according to the curricula of local universities, accessing the degree of lawyer or law graduate.

2. They exercise a public function delegated by the State as a detachment of its sovereignty

The countries that have adopted the Latin-type notariat from the most ancestrally considered (Spain, Italy, France and Germany), to the most recent (Uzbekistan or Burundi) recognize the notarial public function as a detachment of the sovereignty of the State, delegated to a legal professional whom they invest with that quality.

3. They require a high degree of training before entering the notariat and during their exercise

The permanent training of the notariat is not only an obligation of the collegiate bodies but is a fundamental statutory principle of the UINL. Undergraduate studies must be completed to access the notariat and postgraduate studies must be completed in order to maintain the updating of the legal sciences that govern the functional exercise not only in the local sphere but also in the international one.

4. They access the notariat through a strict evaluation process

Access to the notarial function is discerned through a process of qualification of computable background, written and oral tests, personal interviews, by juries composed of members from different areas of the notariat, universities, the judiciary and even the government. Their actions must be adjusted to the law, transparent and guarantee equal opportunities for all those who wish to practice the notariat.

5. They integrate a collegiate body

Access to the notarial public function imposes on the public official to become a member and integrate the collective that groups them. The College, Association or entity to which they belong governs and supervises the registration. And in this way, he is subject from the acceptance of his position, his oath and the payment of the bond to the disciplinary power of the entity.

6. They exercise with impartiality and protect the vulnerable

Impartiality is another of the qualities of the exercise of the notariat. In no case can it benefit one of the parties to the detriment of the other. This fundamental principle is the one that bases that many legal systems that regulate the notariat as well as many substantive systems, prohibit notaries from intervening in cases in which they or their relatives (in a certain degree) and cohabitants have a particular interest.

For their part, the protection of the vulnerable, as we have already explained, places notaries in a transcendent place in society. The public policies themselves for the protection of the vulnerable implemented by the public authorities are fulfilled by the notaries themselves, such as, for example, the implementation of social plans for the award of housing.

7. They are drafters of documents

Their quality as legal professionals, the assumption of the exercise of the notarial public function, their deep knowledge of both public and private legal systems and the high degree of "expertise" they acquire, allows them to pour the negotiational structure into the scriptural texts in an accessible way not only for those who grant the public instrument but also for all those who are opposed to it.

8. They infuse the quality of public documents to the notarial documents they authorize

We will not make the distinction here between public instruments and private instruments. We only affirm that every public instrument enjoys a certain date, executive and enforceable force, maintains inseparably united its qualities of form and proof, among many other values that do not cease until the judicial sentence of ideological or material falsehood in civil or criminal court.

9. They exercise the function in an inclusive and non-discriminatory manner

The notary cannot deny their ministry. They must attend to all requirements that comply with the law, are within the scope of their material, personal, territorial and time competence and are not covered by the assumptions of legal exceptionality that allow in certain cases to reject them. We reiterate that every human person has the fundamental human right of access to the notariat for the purposes of exercising their rights in normality.

10. They consolidate the defense of human rights in the specific case

There are fundamental human rights very linked to the exercise of the notariat such as the right to decent or adequate housing, equality before the law, equality between men and women, inviolability of the domicile, sexual and reproductive rights, access to information, protection of personal data, to gender identity, protection of indigenous peoples, rights of migrants, regardless of the generation of human rights in question, which are embodied daily in notarial legal acts. Hence the essentiality of the exercise of the notarial public function in every legally organized society.

11. They guarantee to human and legal persons the exercise of their rights in normality

The human person always appears before the notary. Their appearance can be by themselves, by another and for another. And they can intervene exer-

cising the organic representation of any type of legal person. Regardless of the legitimation they invoke and justify, they will always exercise the rights in normality, within the corresponding legal framework.

12. They prevent conflict

The statistics linked to the degree of litigation of a society demonstrate that in those countries where the Latin-type notarial system and the fulfillment of its Latinity features (legal professional notary in charge of the public function, strict regulation of the exercise of the notariat, the notarial document, authentic act or public deed as notarial opus and mandatory membership) practically the trials that address assumptions of conflicts in notarial matters do not exist.

13. They respond personally in the civil, criminal, disciplinary and tax spheres

Once the notary accesses the exercise of the notarial public function, their responsibility extends to the four areas cited in a concurrent and non-exclusive manner. And except in the criminal area, in which their responsibility is personal, in the other areas they have concurrent responsibility with all the other notaries who depend on their election or supervision. The liability regime of the notariat is very strict, which is a direct consequence of the transcendence of the function it exercises and to which no other legal professional, who develops their activity in other areas, such as the judicial officials themselves or lawyers, is subject.

14. They act ethically under strict deontological norms

Ethical notarial conduct and subject to deontological norms is a matter dear to the entire notariat. National local legislations as well as documents emanating from the UINL take care to establish that the notary must avoid any conduct that attempts against the links with other colleagues, with the requesters, with their membership and even with the State itself.

15. The material notarial competence obviously given by law, can cover all types of non-contentious competences and, in addition, the alternative resolution of conflicts

The brief analysis of each of the reasons that justify our affirmation that the notary is an extrajudicial magistrate allows us to also maintain that only the law is needed to expand the notarial competence of those legal systems that still do not recognize it, in these areas:

- a) New incumbencies not yet attributed to the notariat in all territorial demarcations (marriage at the notarial seat);
- b) Non-contentious matters still under judicial competence (testamentary or intestate successions) and
- c) Alternative resolution of conflicts (mediation).

VI. CONCLUSION

Countries that plan to have an effective, efficient, fast administration of justice, with agile procedures, reduced costs and accessible to all their citizens, must make effective the dejudicialization of justice in the hands of the Latin-type notariat.



ANNEX 1

CONTRIBUTION AGREEMENT

between

THE INTERNATIONAL UNION OF NOTARIES

and

THE INTERNATIONAL UNION OF MAGISTRATES

In order to achieve the objectives of good administration of justice and decongestion of the courts

Within the framework of the Cooperation Agreement signed between the International Union of Notaries and the International Union of Magistrates, on September 29, 1994



Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

Considering that the International Union of Magistrates (UIM) and the International Union of Notaries (UINL) signed a Protocol of Agreement in Genoa, Italy, on September 29, 1994;

Considering that, by virtue of this agreement, the UIM and the UINL:

- are interested in "promoting the Rule of Law, ensuring its maintenance in the various countries where they have members and, in general, working to safeguard human rights and peace in the world";
- have "as their objective a good and correct administration of justice" and intend to "reduce the costs of this administration and make it accessible to all citizens";
- have agreed to "promote the exchange, on a regular and continuous basis, of information on their own activities as well as on topics of common interest, likewise whenever they recognize the opportunity, of documents relating to their seminars, colloquiums or congresses", and "to meet periodically to discuss topics of common interest and to organize, on the occasion of seminars, colloquiums or congresses, round tables on various topics relating to the common objectives mentioned above, as well as to ensure the proper functioning of this cooperation agreement";

Considering the current willingness of governments to decongest courts, prevent and reduce their excessive workload and streamline procedures;

Considering the nature of certain non-contentious matters, which favor the transfer of competences to another public authority, such as the notary;

Considering the status of the notary, legal professional, public notary, appointed by the State, who confers authenticity to legal acts and contracts contained in the documents he prepares, depositary of public faith, who exercises his function with impartiality and independence, guaranteeing legal certainty of their acts and participating in the good administration of justice and in the maintenance of social peace;

Noting the proximity of the professions of notary and magistrate (through their status, training, deontology, discipline, etc.), enshrined by the European Court of Human Rights, which described notaries as "magistrates of friendly justice" in the judgment *Ana Ionita v. Romania*, of March 21, 2017;

They work to improve public service, ensure the proper administration of justice and maintain social peace;

The **International Union of Notaries**, represented by its President, Lionel Galliez, and the **International Union of Magistrates**, represented by its Secretary General, Giacomo Oberto,

AGREE:

- To continue exchanging information on their activities and reflections on the subject of de-judicialization, understood as the movement aimed at relieving the courts of a series of non-contentious tasks and providing greater efficiency to the administration of justice;
- To work together to develop recommendations aimed at public authorities, in order to prevent and reduce the excessive workload of the courts;
- To propose solutions to public authorities to address court congestion, in particular defining the tasks and matters that could be subject to a transfer of competences between the judge and the notary, or a division of competences between the professions;
- To study the possibilities and perspectives of collaboration between the professions, particularly in the area of de-judicialization;

For these purposes, the representatives of both Organizations may meet periodically to discuss these topics of common interest and organize seminars, conferences, colloquiums and congresses on the subject of de-judicialization, or action plans before the public authorities.

Given in Brasilia (Brazil), on November 9, 2023.



*Lionel GALLIEZ
President of the International Union
of Notaries (UINL)*

*Giacomo OBERTO
Secretary General of the International
of Magistrates (UIM)*



17

SYNTHESIS & CLOSING

2ND DIALOGUE BETWEEN LEGAL SYSTEMS

CONCLUSIONS. BY NOT. LIONEL GALLIEZ PRESIDENT OF THE UINL

Dec 5, 2024

I will try to summarize our work in five points.

First: The notary, a central factor in preventive justice.

This day has highlighted the essential role of the notary as a guarantor of public safety and a promoter of preventive justice. As a reminder, the mission of the notary is to alleviate the burden on judges through rigorous and impartial interventions to prevent litigation. This perspective was illustrated by President Jens Bormann, who presented the notary as an institution of preventive justice that dispenses justice without the need for a trial.

Second: Diversified and complementary models.

We also explored the diversity of legal systems that constitute the purpose of this dialogue. In France, Thierry Vachon showed how notaries manage successions almost entirely, reflecting an effective historical model. In contrast, Susan Marriott described the practice in Common Law countries, where non-lawyer administrators are assisted by lawyers. In Italy, Elisa Puglielli highlighted the positive impact of notaries on the legal certainty of acts and public registries, with an almost zero rate of real estate litigation. In Puerto Rico, Annie Rivera Cruz emphasized the crucial role of the notary in crisis situations such as the restoration of titles after natural disasters.

Third: Coexistence of professions and the challenges of the lawyer-notary duality.

Several interventions showed the coexistence, sometimes complex, between the functions of lawyer and notary. This was highlighted in particular by David Willig. He described the situation in Florida, where civil law notaries, although still scarce, have a significant potential for development, especially in non-contentious matters, while Florida notaries are also lawyers. Dennis Martínez Colón clearly and honestly explained the lawyer-notary duality in Puerto Rico. I believe that this clarification exercise would be useful in each of the countries of our Union where there is a similar duality.

Fourth: Future perspectives.

The presentations also opened stimulating perspectives. Phillip Bender introduced the concept of Nudge, to rethink the traditional functions of the notary. Although innovative, this concept raises challenges of perception, especially in Europe, where it is sometimes associated with liberal paternalism. However, this reflection opened new perspectives for the notary of the future. Professor Peter Murray passionately explained the dynamics of the American system, where title companies assume responsibilities that raise questions about equitable access and legal advice.

Fifth and final point:

The foundations of the notary: independence and impartiality.

The interventions of Sigfrido Steidel and Jens Bormann recalled the fundamental values of the notary: Impartiality, public authority, pacification and the search for justice. These principles, which bring notaries closer to judges, require strong independence and strict professional ethics.

To conclude, on behalf of the International Union of Notaries, I want to express my deepest gratitude to the Notarial College of Puerto Rico for their exceptional welcome. To all our colleagues in Puerto Rico, to whom I give in turn a warm Caribbean greeting. To our coordinators, David Figueroa Márquez and Manuel Pérez Caballer for their expert role as moderators in the debates, and of course to our interpreters, indispensable for the success of our internal meetings.

Thank you all for your commitment and participation and may this spirit of collaboration continue to take care of our future work. Thank you all.





L A N G U E

FRENCH

LES ARTICLES SONT PUBLIÉS DANS LES LANGUES DANS LESQUELLES ILS ONT ÉTÉ RÉDIGÉS PAR LES AUTEURS
TRADUCTIONS FRANÇAISES RÉALISÉES AVEC INTELLIGENCE ARTIFICIELLE (IA)





NOT. ARSENIO COMAS RODÓN

PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES DE PORTO RICO



Introduction

Chers collègues,

La Deuxième Conférence sur le « Dialogue entre les systèmes juridiques » s'est tenue à San Juan, Porto Rico, les 5 et 6 décembre 2024. Elle portait sur le thème : « Notaire ou avocat – leurs fonctions sont-elles concurrentes ou complémentaires dans les affaires non contentieuses ? La valeur ajoutée de l'intervention notariale ».

Porto Rico a été choisi comme lieu de la conférence en raison de son statut de territoire associé des États-Unis et de sa juridiction mixte, où convergent deux systèmes juridiques tout en préservant le droit notarial d'origine latine. Ce choix a également été influencé par la pression à laquelle Porto Rico est soumis, en raison de son association avec les États-Unis et de sa tradition notariale profondément enracinée dans le système latin.

Les débats ont porté sur le rôle des notaires, des avocats et des juges dans l'administration de la justice, notamment dans des contextes comme celui de Porto Rico, où se mêlent les traditions juridiques européennes et américaines, ou encore celui du Québec, qui combine traditions juridiques européennes et britanniques.

L'événement a mis en lumière la valeur de l'intervention notariale dans les affaires non contentieuses telles que les transferts immobiliers et les successions, ainsi que les bénéfices qu'apportent les notaires en matière de sécurité juridique et de justice préventive. Dans ce cadre, les avantages et les inconvénients de deux modèles juridiques ont été explorés : le système basé sur l'avocat de la partie (common law) et le système du notaire public (droit civil). Les notaires y ont été présentés comme des garants de la sécurité juridique et des acteurs clés dans la prévention des litiges.

Les défis contemporains auxquels la profession notariale est confrontée ont également été abordés, notamment le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et les transactions électroniques, autant de phénomènes qui exigent de nouvelles normes et réglementations. À travers cette conférence, l'objectif était de souligner que, même dans un contexte mondialisé et numérique, la profession notariale demeure une pierre angulaire du droit international et de la sécurité juridique.

Le double rôle de notaire et d'avocat a également été mis en avant, en particulier dans des pays comme Porto Rico, où les notaires peuvent aussi exercer en tant qu'avocats - une configuration qui représente à la fois une opportunité et un défi pour la profession juridique.

La conférence s'est concentrée sur l'importance des valeurs fondamentales du notariat, telles que l'impartialité, l'indépendance et la déontologie - des valeurs également essentielles dans le système judiciaire. Ces principes renforcent non seulement la confiance du public dans la profession notariale, mais permettent aussi à celle-ci de continuer à jouer un rôle essentiel dans l'administration de la justice et la protection des plus vulnérables.

Cet événement, organisé par le Collège Notarial de Porto Rico, réaffirme l'engagement de l'Union Internationale du Notariat (UINL) en faveur de l'amélioration continue des pratiques notariales et de la coopération internationale dans la gestion de la justice.

Après le succès de la conférence de Londres et de celle de Porto Rico, une troisième conférence est prévue le 5 septembre 2025 à Édimbourg, en Écosse, sur le thème : « Le notaire, un pont entre les systèmes juridiques ».

J'espère que cette édition de la RIN sera appréciée par nos lecteurs, que nous invitons à découvrir ce contenu précieux.

Un grand merci à toutes et à tous.



Sommaire

RIN 133 | 2^{ème} Dialogue entre Systèmes Juridiques



PORTO RICO | Décembre 2024



1. DISCOURS D'OUVERTURE DU DIALOGUE

NOT. LIONEL GALLIEZ, PRÉSIDENT DE L'UINL 291



2. VUE D'ENSEMBLE DU SYSTÈME JURIDIQUE DE PORTO RICO : INTERACTION ENTRE LE SYSTÈME CIVIL ET LE SYSTÈME ANGLO-SAXON

JUGE GUSTAVO A. GELPÍ, PORTO RICO 295



3. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU THÈME : LE RÔLE DU NOTAIRE ET DE L'AVOCAT EN MATIÈRE NON CONTENTIEUSE, EN DROIT CIVIL ET EN COMMON LAW.

NOT. NIGEL READY, LONDRES 298



4. LA SUCCESSION EN DROIT CIVIL

NOT. THIERRY VACHON, FRANCE 302



5. LA SUCCESSION EN COMMON LAW

NOT. SUZANNE MARRIOTT, LONDRES 308



6. TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES EN DROIT CIVIL

NOT. ELISA PUGLIELLI, ITALIE 318



7. TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES EN DROIT ANGLO-SAXON (COMMON LAW)

DR. DAVID WILLIG, ÉTATS-UNIS 325



8. LES NOTAIRES ET LES "NUDGES" : EXPLIQUER LA NOTARISATION EN TERMES D'ÉCONOMIE COMPORTEMENTALE

DR. PHILIP M. BENDER, ALLEMAGNE 327



9. RÔLE DU NOTAIRE ET PREUVE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ APRÈS DES CATASTROPHES NATURELLES

PROF. ANNIE I. RIVERA CRUZ, LLM, PORTO RICO 333



10.1 DÉVELOPPEMENTS DANS LES TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES AUX ÉTATS-UNIS

PROF. PETER L. MURRAY, ÉTATS-UNIS 338



10.2 LA VALEUR AJOUTÉE DE L'INTERVENTION NOTARIALE

PROF. DR. DRES. H.C. ROLF STÜRNER, ALLEMAGNE 352

10.3 COMMENTAIRES COMPARATIFS PROF. PETER L. MURRAY 360

10.4 COMMENTAIRES COMPARATIFS PROF. DR. ROLF STÜRNER 366



11. LE BIJURIDISME AU CANADA : LE RÔLE DES NOTAIRES ET DES AVOCATS

PROF. NAIVI CHIKOC BARREDA, QUÉBEC, CANADA 372



12. SYSTÈMES JURIDIQUES : L'EXERCICE DES PROFESSIONS D'AVOCAT ET DE NOTAIRE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE GUATÉMALTÈQUE

NOT. LORENA FLORES, GUATEMALA 376



13. DUALITE DES FONCTIONS : LA FIGURE DE L'“AVOCAT-NOTAIRE”

NOT. DENNIS D. MARTÍNEZ COLÓN, PORTO RICO 384



14. NOTAIRES, JUGES ET AVOCATS : PROXIMITÉ DES PROFESSIONS

HON. SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA, PORTO RICO 391



15. LE NOTAIRE EN TANT QUE JUGE “EX ANTE”

PROF. NOT. JENS BORMANN, LL.M., ALLEMAGNE 400



16. LE NOTAIRE COMME ALTERNATIVE AU JUGE DANS LES AFFAIRES NON CONTENTIEUSES

PR. NOT. CRISTINA N. ARMELLA, ARGENTINE 406

17. SYNTHÈSE ET CLÔTURE | CONCLUSIONS

NOT. LIONEL GALLIEZ 424



NOT. LIONEL GALLIEZ

PRÉSIDENT DE L'UINL



Notaire à Paris et Président de l'UINL. Lionel Galliez occupe actuellement le poste de Président de l'Union Internationale du Notariat pour la législature 2023-2025.

DISCOURS D'OUVERTURE DU DIALOGUE

Monsieur le Président de la Cour suprême de Porto Rico,
Monsieur le Président du Collège Notarial de Puerto Rico, cher Arsenio,
Distingués professeurs, Distingués Présidents, Chers collègues, Chers amis,

Au nom de l'Union Internationale du Notariat, j'ai le grand plaisir d'inaugurer aujourd'hui à Porto Rico un événement qui reflète notre engagement continu en faveur du dialogue, de la réflexion et de la coopération internationale. Sous le thème « Notaire ou avocat : compétence ou complémentarité en matière non contentieuse ? », cette journée promet d'explorer les points de convergence, mais aussi les différences, entre deux professions juridiques essentielles, ainsi qu'entre deux systèmes juridiques, conformément à l'objectif de ce dialogue.

L'objectif est ambitieux, et pour se livrer à l'exercice délicat du droit comparé, mieux vaut choisir un terrain propice.

À Porto Rico, les traditions de droit civil et de common law coexistent depuis longtemps : nous sommes donc réunis dans un lieu privilégié pour un dialogue entre les deux systèmes juridiques. Un lieu idéal pour la comparaison.

Un lieu idéal pour clarifier nos idées, car comparer nous permet de distinguer et, par conséquent, de mieux définir qui nous sommes et ce que nous faisons. Un lieu idéal, enfin, pour nous enrichir des différentes solutions que chaque profession et chaque système apportent aux citoyens de nos pays.

Notre réflexion n'a de sens que si elle est utile et répond aux attentes croissantes de sécurité juridique et de justice moderne et accessible.

Le thème de ce dialogue nous montrera que, dans certains contextes, les notaires et les avocats peuvent jouer des rôles similaires.

Par exemple, les deux professions sont impliquées dans la rédaction de documents ou dans le conseil juridique, s'efforçant de protéger les droits de leurs clients.

Cependant, même dans ces cas, leurs approches sont différentes.

Le notaire, statutairement soumis à l'obligation d'impartialité, intervient pour assurer la légalité et l'équilibre entre les parties, alors que l'avocat agit souvent en tant que représentant des intérêts d'une seule partie. Cette complémentarité enrichit notre vision du droit.

S'il est important de souligner ce qui nous unit, il est tout aussi essentiel de souligner les distinctions fondamentales entre les deux professions.

Dans certaines juridictions, notamment les juridictions de common law, il n'est pas rare qu'une seule personne assume à la fois les fonctions d'avocat et de notaire.

Il faut reconnaître que le mot « notaire » englobe sous un même vocable des réalités concrètes très différentes dans le monde.

Si cet exercice simultané des deux professions peut sembler économiquement et pratiquement intéressant, il soulève des questions quant à la compatibilité de ces rôles. L'exercice conjoint de ces fonctions doit nécessairement être réglementé afin de garantir le plein respect des principes d'impartialité et de déontologie liés au rôle du notaire.

Comme vous le savez, selon les normes de l'Union internationale du notariat, les notaires et les avocats doivent demeurer des professions distinctes, avec leurs propres principes directeurs et des codes de déontologie distincts.

Cette séparation nous semble préférable afin de préserver l'impartialité et l'autorité du notaire, tout en respectant le rôle de l'avocat de représenter efficacement les intérêts de ses clients.

En maintenant cette distinction, nos professions peuvent travailler de manière complémentaire et contribuer au bon fonctionnement des systèmes juridiques.

Soumettre les notaires aux mêmes règles déontologiques que les avocats reviendrait, selon ce principe, à nier la spécificité de chacune de ces professions. Au-delà de cette position de principe, nous sommes conscients que, dans de nombreux pays, la même personne peut être avocat et notaire, et remplir ces deux fonctions avec excellence. J'admire profondément ceux d'entre vous qui relèvent ce défi au quotidien.

L'objectif de cette journée est aussi de nous permettre de comprendre : comment y parvenir, comment surmonter dans la pratique ce qui semble être une contradiction, comment synthétiser ou au moins bien juxtaposer les deux fonctions en une seule personne.

C'est à vous de nous expliquer comment on peut être à la fois avocat, défendant les intérêts particuliers de son client, et notaire, veillant à l'équilibre entre les parties aux actes qu'il authentifie.

Il y a sûrement un moyen pratique de s'engager dans cette voie sans enfreindre les obligations respectives de ces différents statuts.

Peut-être pouvons-nous conclure qu'il existe un moyen possible d'y parvenir ? Qu'il est possible d'observer alternativement des règles différentes, l'une adaptée aux avocats et l'autre aux notaires, tout en préservant l'authenticité et la proximité du notaire avec le statut de juge ?

Ou, au contraire, démontreront-ils que la superposition des deux fonctions introduit une confusion qui affaiblit l'une ou l'autre, voire les deux ?

La clarification de cette question sera, en tout état de cause, l'un des apports de notre journée de travail.

Le programme d'aujourd'hui, structuré autour de deux thèmes principaux, nous donnera l'occasion d'approfondir ces réflexions et d'en dévoiler de nombreux aspects. Ce matin, nous examinerons des études de cas issues des tra-

ditions de droit civil et de common law, avec un accent particulier sur les successions et les transactions immobilières. Cet après-midi, nous approfondirons les relations entre les professions, du point de vue de leur complémentarité et de leur rôle en matière non contentieuse.

Avant de conclure, je voudrais exprimer ma profonde gratitude au *Colegio Notarial de Puerto Rico*, pour son accueil chaleureux et son organisation impeccable, à chacun des intervenants, dont l'expérience et les réflexions enrichiront nos échanges, et, enfin, aux équipes de l'UINL pour leur dévouement et leur engagement à faire de cet événement un succès.

Je suis reconnaissant à chacun d'entre vous qui rendez ce dialogue possible.

C'est bien plus qu'un exercice académique.

C'est une occasion unique d'examiner nos pratiques, d'identifier les domaines à améliorer et de renforcer la coopération entre nos professions.

Ensemble, notaires et avocats, common law ou civil law, nous avons la responsabilité d'offrir à nos concitoyens une justice plus équitable, plus transparente et plus efficace.

Je vous remercie de votre attention et vous souhaite des échanges fructueux et inspirants tout au long de cette journée.





GUSTAVO A. GELPÍ

JUGE DE DISTRICT DES ÉTATS-UNIS POUR
LE DISTRICT DE PORTO RICO



Le juge Gelpi a été nommé membre de la Cour d'appel du premier circuit des États-Unis en octobre 2021. Il est ancien juge en chef du Tribunal de district des États-Unis pour le district de Porto Rico.

VUE D'ENSEMBLE DU SYSTÈME JURIDIQUE DE PORTO RICO :

Interaction entre le Système Civil et le Système Anglo-saxon

Je suis reconnaissant à l'Union internationale du notariat, par l'intermédiaire de son président Lionel Galliez, ainsi qu'au Colegio Notarial de Puerto Rico, hôte de cet événement, de m'avoir invité. C'est un honneur pour moi de participer à ce deuxième dialogue sur les systèmes juridiques. Lors de cet événement, les figures de l'avocat et du notaire seront discutées, en matière non contentieuse, sous l'angle des rôles complémentaires et antagonistes de ces deux fonctions. Dans cette introduction, j'ai été chargé de donner un aperçu du système juridique de Porto Rico, où interagissent des éléments de droit civil et de common law. Ce n'est pas un hasard si Porto Rico a été choisi pour accueillir cet événement, car nous sommes le point de rencontre entre les deux systèmes juridiques, qui coexistent ici en raison de la réalité sociopolitique de l'île.

Pour comprendre le cadre juridique de Porto Rico, il faut d'abord connaître un peu son histoire. Comme de nombreux pays d'Amérique espagnole, l'île a été une colonie de l'Espagne et, en 1897, elle est brièvement devenue, avec Cuba,

une province autonome d'outre-mer. La colonisation espagnole a apporté avec elle le système de droit civil espagnol, de caractère romano-germanique, implantant dans la colonie une copie du code civil espagnol, ainsi que sa législation hypothécaire et notariale, entre autres lois.

En 1898, l'Espagne et les États-Unis ont signé le traité de Paris, qui a mis fin à la guerre hispano-américaine. Les anciens territoires espagnols sont devenus des possessions des États-Unis. Dans le cas particulier de Porto Rico, l'île a d'abord eu un gouvernement militaire, puis un gouvernement civil, en tant que territoire non incorporé, sous les pouvoirs pléniers du Congrès américain, et dont le gouverneur était choisi directement par le président américain. Depuis 1917, les Portoricains nés à Porto Rico sont citoyens des États-Unis. Dès le début, le gouvernement américain a commencé à introduire son système de common law, tout en conservant des éléments du droit civil espagnol, essentiellement dans les domaines du droit privé, tels que le droit immobilier, le droit de la famille, le droit hypothécaire et le droit des successions, entre autres. Le code civil a été conservé, de même que la législation notariale, mais il convient de noter que, dans le cas particulier des notaires, une modification substantielle a été apportée, qui subsiste encore. Sous la domination espagnole, les notaires de Porto Rico exerçaient cette seule fonction, distincte de la profession juridique. En tant que territoire des États-Unis, les deux professions ont été fusionnées et il a été stipulé que les notaires devaient être des avocats. De cette manière, le concept de notaire était plus proche de celui qui existait aux États-Unis. Ainsi, depuis que Porto Rico est devenu un territoire des États-Unis, la double fonction d'avocat et de notaire existe sur l'île.

En 1952, une constitution a été établie pour le gouvernement interne du territoire, qui est similaire à celui de n'importe quel État de l'Union. Le gouvernement de Porto Rico est un système républicain divisé en trois pouvoirs, exécutif, législatif et judiciaire. Outre les tribunaux locaux, nous disposons d'un tribunal fédéral de district et faisons partie de la cour d'appel du premier circuit, basée à Boston. Les lois fédérales s'appliquent à Porto Rico comme dans les cinquante États. Porto Rico est également pleinement intégré au système bancaire et commercial des États-Unis. À l'heure actuelle, l'espagnol et l'anglais sont les seules langues officielles de Porto Rico.

Comme on peut le constater, les relations politiques de Porto Rico avec les États-Unis ont fait de l'île ce que l'on pourrait appeler une juridiction hybride, où coexistent à la fois le droit civil espagnol et la common law américaine. En même temps, les professionnels du droit à Porto Rico exercent les rôles d'avocat et de notaire de manière duale. C'est pourquoi la célébration de cet événement important sur l'île permet un échange d'expériences intéressant

entre tous les pays qui y participent, mais en même temps, elle permet à chacun d'entre vous de connaître de première main la réalité juridique de Porto Rico, où les deux systèmes juridiques interagissent, produit d'une situation politique inachevée et en évolution. En tant que juge, à la fois au niveau du tribunal de district des États-Unis pour le district de Porto Rico et actuellement à la Cour d'appel des États-Unis pour le premier circuit, j'ai été témoin de l'interaction continue entre le droit civil et la common law dans les litiges qui nous sont soumis, ce qui présente des défis différents de ceux des autres juridictions des États-Unis.

J'espère que ce deuxième dialogue entre les systèmes juridiques sera très bénéfique pour tous les participants.





NIGEL READY

NOTAIRE SCRIVENER À LONDRES



Nigel Ready MA (Cantab.), notaire scrivener, Londres, Angleterre ; conseiller général de l'UINL ; ancien maître de la Vénérable Compagnie des Scriveners ; ancien président de la Société des Notaires Scriveners ; éditeur de "Brooke's Notary" (10^e à 15^e éditions).

PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU THÈME :

Le rôle du notaire et de l'avocat en matière non contentieuse, en droit civil et en common law

Je voudrais tout d'abord remercier le Colegio Notarial de Puerto Rico et en particulier son président Arsenio Comas Rodón d'avoir accueilli ce deuxième dialogue sur les systèmes juridiques à San Juan. Edward Gardiner - président de la Société des notaires Scrivener ici présente - et moi-même savons par expérience combien de temps et d'efforts sont nécessaires pour organiser ce type d'événement international.

Comme je l'ai dit dans l'introduction, je suis notaire scrivener et on m'a demandé de dire quelques mots sur ma profession. Vous vous demandez peut-être ce que signifie le titre médiéval de notaire scripteur. Les scrivener notaries sont l'une des deux branches, faute de mieux, de la profession notariale en Angleterre et au Pays de Galles. L'autre branche - numériquement supérieure - est représentée ici aujourd'hui par Suzanne Marriott, présidente de la Société des notaires d'Angleterre et du Pays de Galles. Nous sommes environ 40 notaires scriveners qui exercent principalement dans la City of London - le quartier financier de Lon-

dres - et ailleurs dans notre capitale. Nous exerçons exclusivement en tant que notaires et, en tant que membres de l'UINL, nous visons à conformer nos pratiques et notre formation à celles des notaires latins ou de droit civil, bien que dans les contraintes d'une juridiction de droit commun.

Tous nos travaux sont de nature internationale, en grande partie dans les domaines de l'entreprise, de la banque, de l'assurance et du maritime. Notre formation, outre les matières juridiques classiques, inclut les systèmes de droit civil étrangers et la connaissance d'au moins deux langues étrangères.

Nous travaillons en étroite collaboration avec d'autres professionnels du droit pour veiller à ce que les transactions se déroulent sans heurts dans d'autres juridictions. C'est un bon exemple du rôle complémentaire que jouent les notaires aux côtés des avocats - ou solicitors, comme on les appelle au Royaume-Uni - qui apprécient l'impartialité du notaire et sa connaissance des procédures en vigueur dans d'autres pays.

Le dialogue de l'année dernière, qui s'est tenu à Londres, a pris pour *leitmotiv* une déclaration faite en 1802 par le juge anglais Lord Eldon, selon laquelle « un notaire, selon la loi des nations, a du crédit partout ». Cela a permis une large discussion sur la valeur probante de l'acte notarié.

La participation de représentants de nombreuses juridictions de common law au Dialogue de Londres a révélé un regain de vigueur dans le monde notarial anglo-saxon. La mondialisation des échanges et les mouvements de population ont tous deux été des facteurs de cette renaissance. Les notaires se sont taillé un nouveau rôle dans le cyberspace en veillant à l'intégrité des transactions effectuées par voie électronique. Les cadres réglementaires sont de plus en plus solides et les critères d'accès à la profession de plus en plus stricts. Je ne pense pas seulement à l'Angleterre et au Pays de Galles, mais aussi à des juridictions telles que Hong Kong, Singapour et certains États australiens. Dans ce dernier cas, le Collège des notaires d'Australie et de Nouvelle-Zélande fait beaucoup pour garantir des normes professionnelles élevées dans toute l'Australasie.

Outre les facteurs que j'ai mentionnés, les événements tumultueux qui ont caractérisé la situation mondiale au cours des premières décennies de ce millénaire n'ont que trop bien démontré la nécessité et la valeur d'un corps de juristes impartiaux, que ce soit dans les juridictions de droit civil ou de common law, qui peuvent agir en tant que garants de l'identité et de la capacité des personnes ainsi qu'en tant que gardiens de la prévention du financement du terrorisme et du blanchiment d'argent

Bien entendu, les notaires des systèmes de common law occupent une position très différente de celle de leurs homologues de droit civil. Aux États-Unis, par exemple, un « notary public » est généralement un citoyen ordinaire sans formation juridique qui, selon la législation de l'État, peut ou non avoir passé un simple examen.

En Angleterre et au Pays de Galles, ainsi que dans d'autres juridictions du Commonwealth, les notaires sont généralement des avocats - solicitors ou attorneys - qui se qualifient en tant que notaires en complément de leur profession principale. Peu de fonctions leur sont réservées au sein de leur propre système juridique et leur rôle principal - qui revêt néanmoins une grande importance - est d'attester et de certifier des documents afin de garantir leur recevabilité dans d'autres pays.

Dans les pays de droit civil tels que la France, l'Allemagne, l'Italie et une grande partie de l'Amérique latine - y compris bien sûr ici à Porto Rico - les notaires sont des juristes qui, bien qu'exerçant en tant que professionnels libéraux, exercent l'autorité de l'État. Les actes qu'ils délivrent sont des actes authentiques. Un acte authentique a force exécutoire : il est directement applicable de la même manière qu'une décision de justice. Dans la plupart des cas, un acte authentique a un effet équivalent à celui d'un jugement et son utilisation généralisée dans les pays de droit civil est considérée comme un mécanisme de « justice préventive », contrastant avec la situation dans les juridictions de common law où les actes authentiques sont largement inconnus et où les litiges découlant d'un document ne peuvent en fin de compte être résolus que par le biais d'une procédure judiciaire.

À cet égard, grâce à leurs actes portant la marque de l'authenticité, les notaires de droit civil soulagent les tribunaux d'un fardeau considérable. En fait, je crois que l'un des thèmes qui résonnera dans ce deuxième Dialogue est celui de l'authenticité au sens technique dans lequel ce terme est compris en droit civil, dont la probativité n'est qu'un élément.

En tant qu'avocat impartial, le notaire n'a pas seulement pour mission d'identifier les parties, mais de s'assurer qu'elles concluent une transaction ou un autre acte juridique sans contrainte et en comprenant pleinement les termes. L'impartialité est peut-être la principale caractéristique qui distingue les notaires des autres professionnels du droit. Le rôle primordial de l'avocat est de protéger les intérêts de son client, tandis que le notaire doit toujours avoir à l'esprit les intérêts de toutes les parties à une transaction, en particulier ceux des parties plus faibles ou vulnérables.

Nos discussions d'aujourd'hui porteront d'abord sur les rôles différents des notaires et des avocats dans les affaires non contentieuses, y compris les successions et les biens immobiliers, dans les systèmes de droit civil et de droit coutumier. Nous entendrons des membres éminents de la magistrature, des universitaires ainsi que des praticiens des systèmes de droit civil et de common law.

Nous examinerons ensuite les rôles du notaire et de l'avocat dans les systèmes de droit civil. Ces rôles sont-ils complémentaires ou concurrents ? En outre, dans certains systèmes, un juriste peut exercer à la fois en tant que notaire et en tant qu'avocat ou autre praticien du droit. Ces deux rôles sont-ils compatibles ? Nous comparerons également les rôles du notaire et du juge. Comme je l'ai mentionné, les actes authentiques sont exécutoires au même titre que les jugements. Le rôle du notaire peut-il dès lors être considéré comme quasi-judiciaire ?

Ce sont là des pistes passionnantes à explorer, et je laisse maintenant à notre modérateur, David Figueroa Marquez, le soin de guider nos délibérations.





THIERRY VACHON

NOTAIRE EN FRANCE



Thierry Vachon est notaire en France et secrétaire général de l'UINL pour la période 2023-2025.

LA SUCCESSION EN DROIT CIVIL

Bonjour à tous, tout d'abord, je tiens à remercier el colegio de los notarios de Puerto Rico pour la parfaite organisation de cette deuxième conférence qui se tient aujourd'hui dans le cadre du dialogue entre les systèmes juridiques.

Je remercie tout particulièrement Dennis et Arsenio pour leur accueil chaleureux dans cette magnifique ville de San Juan.

Dans le cadre de ce dialogue entre nos systèmes juridiques, et afin de comparer les rôles et les missions des différents professionnels du droit, il m'a été demandé de vous parler ce matin du rôle très particulier que joue le notaire dans le règlement des successions dans les systèmes de droit civil.

Pour ce faire, je m'appuierai plus particulièrement sur l'exemple français, que je connais naturellement très bien.

Je dois cependant préciser que ce système existe dans de nombreux pays de tradition civiliste, notamment en Europe, mais avec des variations dans le degré d'implication du notaire. Le notaire peut être plus ou moins impliqué dans le processus que je vais décrire ici, en prenant en charge tout ou partie du processus de règlement de la succession.

Je décrirai donc le rôle du notaire français dans le règlement d'une succession ; cet exemple national est en effet très intéressant, car le droit français attribue au notaire des tâches particulièrement larges et étendues, comme vous le verrez.

Pour illustrer mon propos, je présenterai successivement quatre grandes missions qui lui sont confiées :

- La détermination des héritiers,
- Etablir l'actif de la succession,
- Calculer et payer les droits de succession, et
- l'accomplissement des formalités immobilières.

Pour conclure, j'aborderai également brièvement les questions de la gestion de la trésorerie de la succession et du partage successoral, dans lesquelles le notaire de France joue également un rôle très intéressant.

1^{ère} MISSION | Déterminer les Héritiers

Le notaire joue clairement un rôle central dans ce processus, étant impliqué dans plusieurs étapes:

1^{ère} Étape - Préparation et enregistrement des testaments, avec une double mission : conseil et sauvegarde.

1.1.1 Avant le décès, le notaire est chargé de préparer et d'authentifier le testament du futur défunt lorsqu'il est rédigé sous la forme (généralement non obligatoire) d'un acte notarié. Dans la plupart des cas, le notaire est également le gardien/dépositaire des testaments rédigés sous seing privé (également appelés testaments olographes), assurant à la fois leur conservation et leur inscription dans un registre centralisé géré par les notaires de France.

1.1.2 Lors de l'ouverture de la succession (après le décès de la personne), le notaire vérifie l'existence des dernières volontés enregistrées dans ce fichier central. Il en assure l'enregistrement et, dans le cas de testaments rédigés sous seing privé (olographes), il les sauvegarde en déposant le document original dans ses archives officielles (appelées en français « Minutes » et en espagnol « Protocolo »).

1.1.3 En outre, le cas échéant, le notaire rédige l'acte constatant le choix fait par un héritier qui, selon la loi ou le testament, a la possibilité de choisir entre différents types de droits successoraux ; par exemple, en France : le conjoint survivant.

2^{ème} Étape - Rédaction de l'acte qui établit l'identité des héritiers et leurs droits

1.2.1 Après avoir vérifié la loi successorale applicable et après avoir procédé à des enquêtes juridiques et à l'analyse complète de tout testament éventuel, le notaire rédige l' « acte de notoriété » tel qu'il est réglementé par l'article 730-1 du Code civil français. Il s'agit du document principal qui établit les droits de succession en France, identifiant les héritiers et leurs droits respectifs dans la succession.

1.2.2 Cet acte doit être un acte notarié, et le notaire assumera l'entière responsabilité de sa préparation. En outre, le notaire recueille également dans cet acte les déclarations officielles faites personnellement par les héritiers identifiés, attestant par leurs déclarations devant le notaire (voire une sorte d'affidavit) qu'ils ne connaissent aucune autre personne qui pourrait avoir droit à l'héritage.

1.2.3 En vertu du Code civil français, cet acte confère aux héritiers une présomption légale de leurs droits et de leur qualité d'héritiers, présomption qui peut être contestée par des preuves contraires. En pratique, cet acte est la pierre angulaire du droit successoral qui permet un règlement complet de la succession.

Étape 3 - Enfin, à l'ouverture de la succession, ou plus tard à tout moment, le notaire rédige l'acte constatant le choix des héritiers d'accepter ou de refuser l'héritage.

En ce qui concerne cette première mission très importante, il convient de noter que le notaire français a reçu du gouvernement français la compétence exclusive d'accorder aux héritiers le certificat successoral européen, créé par la réglementation de l'UE en tant qu'instrument uniforme certifiant la qualité et les droits des héritiers sur l'ensemble du territoire de l'UE.

2^{ÈME} MISSION | Détermination de l'actif et du passif de la succession

Une fois l'acte de notoriété signé et exécuté, le notaire est chargé d'établir l'étendue de l'actif et du passif de la succession. Pour ce faire, il s'appuiera sur les informations fournies par les héritiers et consultera également les archives publiques appropriées dont il dispose.

2.1. Identifier les actifs de la succession :

- Le notaire prend contact avec les banques, les établissements de crédit ou les compagnies d'assurance pour déterminer l'étendue du patrimoine du défunt ;

- Il effectue des recherches au cadastre pour vérifier les droits immobiliers du défunt et demande une évaluation appropriée à un courtier immobilier ou à un expert officiel ;
- Le cas échéant, il fera de même auprès des registres du commerce et des sociétés ;
- Si nécessaire, il estime la valeur du mobilier et/ou des œuvres d'art inclus dans la succession, avec l'aide d'experts appropriés.

2.2. Déterminer le passif de la succession :

- Le notaire prend contact avec les créanciers connus, tels que l'administration fiscale, les organismes médicaux ou sociaux, les établissements de crédit ou les prestataires de services, afin d'identifier les éventuelles dettes de la personne décédée.

2.3. Dans des cas spécifiques : notamment en présence d'héritiers mineurs ou d'incapables majeurs, le notaire peut être amené à établir un acte d'inventaire officiel. Ce document, régi par le code des procédures civiles, identifiera et évaluera le plus précisément possible l'ensemble des actifs et des passifs de la succession et sera attesté sous serment par les héritiers comme étant véridique et exhaustif.

3^{ÈME} MISSION | Calculer et payer les droits de succession

La France disposant d'un régime d'imposition des transmissions à cause de mort, une fois l'étendue de l'actif successoral établie et le passif identifié, le notaire sera également chargé d'aider les héritiers à accomplir les formalités fiscales ; il faut noter que même si ces formalités peuvent normalement être accomplies par les héritiers eux-mêmes, le notaire sera néanmoins chargé de cette tâche dans plus de 90 % des successions.

A cet effet, sur base des recherches effectuées et, le cas échéant, de l'inventaire officiel qui a été dressé et exécuté, le notaire préparera le projet de formulaire de droits de succession, qui doit être envoyé par les héritiers à l'administration fiscale dans les délais légaux.

Dans cette déclaration fiscale, outre une description et une évaluation complètes de l'actif et du passif, les héritiers doivent spontanément calculer et payer l'impôt dû, sous peine de pénalités et d'intérêts de retard.

Ces calculs sont assez complexes et comportent un certain nombre de particularités que le notaire devra prendre en compte lors de l'établissement de ce document : par exemple, il existe des régimes fiscaux spécifiques pour les entreprises ou les commerces, les exploitations agricoles, les bois et forêts ou pour les bâtiments historiques, etc...

Dans le calcul des droits de succession, il faut également tenir compte des donations entre vifs effectuées moins de 15 ans avant le décès, et le notaire doit donc interroger les héritiers sur ce dernier point et, le cas échéant, effectuer des recherches appropriées.

Enfin, le notaire informera les héritiers des différentes possibilités de paiement des droits de succession et, en fonction de leurs choix, fera également les demandes correspondantes de demandes spécifiques, telles que le paiement échelonné, le paiement différé, le paiement en nature, etc...

Et bien entendu, dans le cadre de son devoir de conseil et de son obligation générale de vigilance, le notaire doit informer les héritiers de toutes ces démarches et de toutes les responsabilités et risques, dès qu'il est sollicité pour régler la succession.

4^{ÈME} MISSION | Formalités immobilières

En France, et en vertu de l'article 710-1 du Code civil, toutes les mutations immobilières doivent être constatées par un acte notarié avant d'être inscrites sur les registres fonciers.

Les mutations à cause de mort n'échappent pas à cette règle.

Depuis 1955, la loi française rend obligatoire, après chaque décès, l'établissement d'un acte notarié destiné uniquement à constater la transmission des droits immobiliers, du défunt aux héritiers ou légataires.

Cet acte, appelé par la loi « Attestation de Propriété Immobilière », est également une obligation pour le notaire de la succession, chargé d'enregistrer cet acte, préparé sur la base de l'Acte de Notoriété et, le cas échéant, de tous les testaments spécifiques (comme par exemple pour les legs particuliers).

Cet acte, qui peut même être rédigé par le notaire seul, sans la signature des héritiers, doit en principe être exécuté dans les 10 mois du décès, et a pour but principal de mettre à jour les registres fonciers afin d'en améliorer l'exactitude, et, comme souvent en France, de faciliter la perception des impôts basés sur la propriété immobilière.

Pour conclure ce trop bref aperçu de l'activité du notaire français dans le cadre du règlement des successions, je souhaiterais faire deux remarques complémentaires : la première concerne la gestion des fonds successoraux et la seconde le rôle du notaire dans le partage de l'actif successoral.

Tout d'abord, en ce qui concerne la gestion des fonds successoraux, il est important de souligner que, compte tenu : la réglementation très stricte concernant la conservation des fonds des clients, qui doivent être déposés sur un compte réglementé ouvert dans une banque publique, la Caisse des Dépôts et Consignations, et l'existence d'un fonds de garantie, organisé par la loi et destiné à protéger les clients contre tout risque de détournement de leurs fonds par le notaire, d'un montant illimité.

les notaires jouent également un rôle particulier et très apprécié dans les successions, en collectant et en transférant tout ou partie des fonds dus aux héritiers, afin d'assurer le paiement des dettes de la succession, le paiement des droits de succession, et finalement d'assurer la répartition entre les héritiers conformément à leurs droits.

Enfin, en ce qui concerne le partage des biens de la succession, et sans entrer ici dans le détail de la procédure, je dois rappeler que le droit français organise entièrement ce processus de partage autour de la fonction du notaire.

Le notaire est chargé non seulement d'établir le détail de l'actif et du passif de la succession pour constituer la masse à partager, mais aussi de déterminer les droits des héritiers, et de leur proposer une répartition de ces droits en fonction des demandes exprimées ou, à défaut d'accord, par une attribution aléatoire au moyen d'un tirage au sort.

Ce n'est qu'en cas de désaccord sur un point précis, et uniquement sur ce point de litige, que les héritiers peuvent saisir le juge, qui n'est habilité qu'à trancher ce litige, avant de renvoyer les parties devant le notaire pour poursuivre la procédure jusqu'à son terme.

Il est à noter qu'il s'agit là non seulement d'un exemple de mission très étendue du notaire dans une matière non contentieuse, puisque la quasi-totalité des opérations se déroulent devant lui seul, mais aussi d'une illustration très intéressante de la coopération possible entre les fonctions de notaire et de juge, ce dernier voyant sa mission exclusivement limitée à sa fonction essentielle : trancher les litiges.

J'espère que cette présentation nous aidera à nourrir nos discussions et nos débats d'aujourd'hui, notamment en ce qui concerne la mission très spécifique du notaire de droit civil, professionnel indépendant combinant une mission de conseiller juridique avec certaines prérogatives et devoirs d'une autorité publique.

Je vous remercie de votre attention.





SUZANNE MARRIOTT

NOTAIRE À LONDRES



Suzanne Marriott est avocate et notaire en Angleterre, exerçant dans la Cité de Londres en tant que spécialiste en droit fiscal et patrimonial dans sa pratique privée. Elle est experte en planification fiscale des héritages et successions, testaments et procédures de légalisation internationales transfrontalières, ainsi qu'en fiducies et fondations. Elle travaille chez Charles Russell Speechlys, un cabinet d'avocats international. Elle est présidente de la Société des Notaires d'Angleterre et du Pays de Galles.

 Charles Russell
Speechlys

LA SUCCESSION EN COMMON LAW

Je m'appelle Suzanne Marriott et je suis présidente de la Société des notaires d'Angleterre et du Pays de Galles.

Je suis une avocate qualifiée qui exerce en tant que Solicitor dans la City de Londres au sein d'un cabinet d'avocats international appelé Charles Russell Speechlys. Je suis avocate spécialisée dans les questions fiscales et fiduciaires, notamment les testaments internationaux, les successions, les fiducies, la capacité mentale et le droit de l'art, et je suis également notaire.

L'Angleterre et le Pays de Galles comptent 748 notaires. Nous ne sommes pas un notaire de common law - nous sommes une profession de droit civil qui opère dans une juridiction de common law.

La fonction de notaire est la même qu'en Europe (ils l'ont introduite en Angleterre et nous n'avons pas modifié son rôle ou sa fonction depuis son arrivée), la différence réside dans la manière dont le système juridique emploie le notaire.

Jusqu'au milieu des années 1800, l'Angleterre et le Pays de Galles disposaient d'une branche du droit et d'une pratique de droit civil et utilisaient des notaires, des preuves écrites et la procédure civile européenne. L'approche purement de common law est nouvelle, mais les notaires sont restés les mêmes tout au long de cette période.

Ce n'est pas que les notaires n'aient pas de rôle à jouer au niveau national, mais plutôt que notre juridiction obligatoire est limitée (protêts de lettres de change et de navires, et dans la procédure civile employée par la Cour de chevalerie, qui est un tribunal de droit civil dans notre système de common law), et que nous avons une juridiction largement volontaire qui peut être utilisée par les citoyens pour bénéficier de l'enregistrement d'accords par acte notarié, comme ils peuvent le faire dans toutes les juridictions - c'est-à-dire la force probante (la présomption probante que les actes notariés sont valides et exacts jusqu'à ce que le contraire soit prouvé).

Les scripteurs ne sont pas un autre type de « notaire », il n'y a qu'un seul type de notaire. Ce sont des notaires qui ont adhéré à une organisation privée qui organise des examens internes sur les langues étrangères et le droit étranger. Cependant, ils ne reçoivent aucune formation supplémentaire et n'ont aucune qualification supplémentaire en droit anglais - tous les notaires ont la même (bonne) formation.

J'ai indiqué sur la diapositive ce que je vais aborder aujourd'hui : la validité des testaments, le rôle des exécuteurs testamentaires et des bénéficiaires, la liberté testamentaire, les registres testamentaires, les libéralités, les héritiers, les successions non testamentaires, les trusts et la fiscalité. Cet exposé est basé sur le droit anglais, et les juridictions de common law sont basées sur le droit anglais, de sorte que leurs règles sont très similaires. Les juridictions de common law sont des systèmes juridiques qui élaborent des lois basées sur des décisions de justice et des précédents, plutôt que sur des lois ou des codes. Le système de common law a vu le jour en Angleterre au Moyen Âge et est aujourd'hui utilisé dans 40 pays, dont le Royaume-Uni, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Inde, l'Irlande, le Pakistan, l'Afrique du Sud, Hong Kong et de nombreux pays et îles du Commonwealth tels que la Barbade, les Bermudes, les Bahamas et le Belize.

Glossaire

Je vais expliquer les termes clés que nous utilisons dans le domaine des successions

Le testateur/la testatrice est l'auteur du testament.

L'exécuteur testamentaire et l'exécutrice testamentaire sont les représentants de la succession lorsqu'il y a un testament.

L'administrateur est le représentant en l'absence de testament

Le représentant personnel est utilisé pour couvrir à la fois l'exécuteur et l'administrateur.

Le légataire est une personne à qui le testament laisse un don défini d'une somme d'argent.

Le bénéficiaire est une personne à qui l'on laisse une part du reste de la succession.

Je vais maintenant parler des testaments de common law.

Qu'est-ce qu'un testament, à quoi ressemble-t-il ? Il est généralement rédigé par un avocat, mais il peut être écrit à la main à condition d'être exécuté par deux témoins indépendants. Il désigne les exécuteurs testamentaires, les souhaits funéraires, le sort des biens personnels, les legs d'argent et d'objets spécifiques, puis le reliquat du reste de la succession. Il peut couvrir des biens spécifiques tels que les animaux de compagnie et ceux qui bénéficient d'un allègement fiscal, tels que les actifs commerciaux et les terres agricoles, bien qu'au Royaume-Uni ces allègements soient limités.

Il est encore plus important de structurer ces actifs dans le testament lui-même. Certains testaments comportent des rubriques. Les deux témoins ne doivent pas être des bénéficiaires.

Les codicilles ajoutent des mises à jour qui modifient le testament lorsque vous souhaitez y apporter de petites modifications.

Capacité testamentaire

Traditionnellement, le test de la capacité testamentaire est inscrit dans l'affaire *Banks v Goodfellow* 1870 :

La capacité mentale requise pour rédiger un testament.

Cela signifie qu'ils doivent :

Comprendre ce qu'ils font

Comprendre l'étendue des biens qu'ils donnent dans le testament.

Être en mesure de comprendre et d'apprécier les revendications auxquelles ils doivent donner suite.

Il ne doit pas non plus y avoir de trouble mental empoisonnant leurs affections, pervertissant leur sens du bien ou empêchant l'exercice de leurs facultés naturelles, et il ne doit y avoir aucune illusion délirante influençant leur volonté dans la disposition de leurs biens.

Mais, plus récemment, avec l'introduction des pouvoirs durables (« Lasting Powers of Attorney »), les tribunaux ont été tiraillés entre le test contenu dans

la **Mental Capacity Act 2005** (Loi de 2005 sur les capacités mentales). Nous devons maintenant équilibrer les deux. Dans l'affaire très récente **Baker v. Hewston** (2023), le juge a commenté que, bien que la **Mental Capacity Act** ne s'applique PAS aux affaires de succession, ses éléments étaient cohérents avec le droit commun et pouvaient être intégrés dans celui-ci. Même si les deux tests s'appliquent dans des domaines différents, cela conduirait à un résultat impraticable, illogique ou incohérent s'il existait de réelles différences entre eux. S'ils étaient substantiellement différents, il pourrait y avoir des décisions divergentes concernant la capacité du même testateur pour le même testament dans des tribunaux différents et, en théorie, si un testateur manquait de capacité selon le droit commun mais pas selon la **Mental Capacity Act 2005**, aucun testament valide ne pourrait être exécuté. Le contexte législatif de la **Mental Capacity Act 2005** et les rapports de la Commission juridique qui ont conduit à son adoption ont démontré qu'elle était censée être alignée sur le droit commun.

Passons maintenant au rôle de l'exécuteur testamentaire.

Un exécuteur testamentaire est celui qui "met de l'ordre" (*sorter out*). Son rôle est profondément ancré dans le concept de fiducies, qui sous-tendent une grande partie des travaux de succession en droit commun. C'est la notion qu'une personne est chargée de gérer de l'argent et des biens au profit d'autrui. Un exécuteur testamentaire a pour tâche de prouver le testament, d'enquêter sur les actifs, de payer tout impôt sur les successions qui pourrait être dû, de rassembler les actifs, de régler les dettes éventuelles et, enfin, une fois qu'il estime que le travail est terminé, il peut distribuer la succession conformément au testament.

L'exécuteur doit-il accomplir cette tâche ? Le rôle d'exécuteur testamentaire peut être une tâche lourde ; doit-il donc obligatoirement l'assumer ? J'utiliserai le pronom "il", mais j'entends bien sûr "il", "elle" ou "iel". Il n'est pas obligé de le faire, mais il DOIT prendre une décision au début : soit il accepte de remplir ce rôle, soit il renonce, soit il se réserve le pouvoir d'accepter cette tâche à une date ultérieure s'il décide plus tard de l'assumer.

Il ne peut pas se retirer une fois qu'il a interféré et pris des mesures actives pour administrer la succession.

Cela contraste directement avec le rôle de fiduciaire. Un fiduciaire peut se retirer s'il le souhaite.

Ainsi, selon le droit anglais, lors de l'administration des successions, nous nous tournons vers l'exécuteur testamentaire pour obtenir des instructions. On pourrait dire que les bénéficiaires sont inférieurs à l'exécuteur.

L'administrateur

Toute personne ayant droit à une part de la succession en cas d'intestat est en droit de demander une **Grant of Letters of Administration** (lettres d'administration). Un bénéficiaire peut obtenir une **Grant of Probate** (acte de probate) lorsqu'il n'y a pas d'exécuteur testamentaire, et un exécuteur peut nommer un mandataire.

Les bénéficiaires

Alors, quelle est la place des bénéficiaires ? Évidemment, ils doivent hériter, mais quelle est leur importance ? Ils ont le droit de s'assurer que l'administration de la succession est correctement réalisée par l'exécuteur testamentaire. S'ils sont mécontents de la manière dont l'exécuteur a géré l'administration de la succession, les bénéficiaires ont un recours et peuvent engager une action contre un exécuteur. Heureusement, cela reste rare, mais cela représente une grande partie de mon travail, notamment dans les successions mondiales complexes.

Liberté testamentaire et contestations des testaments

1 J'ai abordé la question de la capacité mentale. Par défaut, la liberté testamentaire prévaut. Notre système fonctionne sur cette base, mais il existe un filet de sécurité, permettant aux personnes mécontentes de tenter de contester le testament si elles estiment qu'elles auraient dû être prises en charge ou si le testateur n'avait pas la compréhension nécessaire. Regardons cela de plus près.

J'ai abordé la question de la capacité mentale et du test. En tant que praticiens, nous avons la responsabilité de vérifier, dans la mesure du possible, que la personne devant nous comprend la nature du document. Généralement, nous avons deux rendez-vous en face-à-face : le premier pour recueillir des informations et prendre des instructions. Je trouve que les testateurs sont très disposés à discuter de leur situation financière et familiale, ce qui m'aide à bien comprendre ce qu'ils veulent faire et pourquoi. Je prends des notes détaillées lors de cette réunion et j'enregistre mes observations sur la capacité de la personne. Le testament est ensuite rédigé et souvent envoyé sous forme de brouillon au testateur. Le deuxième rendez-vous sert à examiner le testament, à s'assurer que tout est en ordre et conforme aux souhaits du testateur, avant qu'il ne soit signé devant deux témoins.

Les choses peuvent mal tourner, et parfois cela arrive : les testaments sont contestés. Si quelqu'un estime que le testateur ne comprenait pas, il peut contester le testament. Cela signifie qu'il peut empêcher que le testament soit prouvé en déposant une **caveat** au registre des successions. Cela peut être résolu entre les parties ou se terminer devant un tribunal.

En aparté, il y a la notion d'influence indue. Cela pourrait prendre la forme d'une personne qui "force" le testateur à rédiger un testament ou d'une approche progressive où il est affirmé que quelqu'un a "empoisonné l'esprit" du testateur, ce qui a conduit à la rédaction du testament. Il est difficile de faire valoir cette réclamation car il manque souvent des preuves.

Enfin, supposons que le testament soit entièrement valide et que le testateur ait eu une pleine capacité mentale. Le dernier recours serait que quelqu'un intente une action APRÈS que la *Grant* ait été délivrée. Une réclamation peut être faite en vertu de la *Provision for Family and Dependents Act 1975* (Loi de 1975 sur les dispositions pour la famille et les personnes à charge), communément appelée *1975 Act*. Les conjoints peuvent demander un recours financier, largement en ligne avec ce qu'ils recevraient en cas de divorce. Les enfants peuvent faire valoir une réclamation basée sur leurs besoins financiers – les tribunaux tendent désormais à privilégier les réclamations morales. Enfin, les concubins ont un droit légitime de réclamation. Cependant, le testateur doit être domicilié au Royaume-Uni pour qu'une réclamation puisse aboutir.

Passons maintenant à la manière dont un testament est localisé. Il n'existe pas de registre officiel des testaments au Royaume-Uni, mais généralement, les testaments sont préparés par des avocats et conservés dans ce cabinet. Il incombe au testateur de faire savoir où se trouve le testament.

1 Vous pouvez demander à ce que votre testament soit déposé auprès du *Probate Registry*, le coût est de 22 £. Ou bien, vous pouvez utiliser des entreprises privées qui proposent un service de recherche de testaments. Certains pays de common law disposent de registres de testaments, comme l'État de Victoria en Australie. La Colombie-Britannique offre un service de localisation uniquement. En Nouvelle-Zélande et en Irlande, le registre est volontaire, donc il s'agit davantage de localiser le testament plutôt que d'y avoir accès directement.

Les problèmes surviennent avec les testaments faits maison et conservés chez soi.

Passons au processus d'administration de la succession.

Comment nous identifions les actifs, recueillons les informations et quels documents/informations sont nécessaires pour demander la *Grant*.

Enquêter sur les actifs et les passifs et dresser une liste est très important. Ces chiffres sont nécessaires pour calculer si un impôt est dû, et une valeur globale de la succession est requise pour la demande de *Grant of Probate*.

Autres éléments à considérer :

le testateur a-t-il fait des donations au cours des sept dernières années ?

A-t-il donné quelque chose ?

Demander la **Grant**. La demande de **Grant** est très méthodique, et la demande doit suivre le processus. Tout d'abord, certaines successions doivent déposer la déclaration d'impôt sur les successions auprès du HMRC (**Her Majesty's Revenue and Customs**). Certaines successions sont exemptées de cette obligation : les successions de faible valeur, celles qui sont entièrement transmises au conjoint survivant, au partenaire civil ou à des œuvres de bienfaisance (jusqu'à une certaine valeur). Certaines successions doivent toutefois soumettre la déclaration au HMRC même si aucun impôt n'est dû. Une fois la déclaration soumise au HMRC et l'impôt payé, le HMRC délivrera à l'exécuteur ou à l'administrateur une lettre de reçu avec un code. Ce code permet à l'exécuteur ou à l'administrateur de préparer les documents nécessaires pour demander la **Grant**.

La diapositive suivante est un exemple de **Grant of Probate** et la suivante, un exemple de **Grant of Representation**.

Il s'agit du certificat officiel qui prouve le testament et le titre de l'exécuteur testamentaire. C'est la preuve que cette personne est autorisée à gérer la succession. Cela permet d'encaisser les actifs et pour l'exécuteur de transférer le titre d'un bien immobilier à lui-même ou à une autre personne.

Letters of Administration dans le cas où il n'y a pas de testament.

*Grant of Letters of Administration with the Will annexed** dans les cas où il y a un testament, mais où une autre personne que l'exécuteur l'a prouvé.

Grants pour une utilisation ailleurs. Dans le cadre du processus de demande, nous pouvons demander des copies du **grant** pour une utilisation dans d'autres juridictions. Celles-ci sont généralement appelées copies exemplifiées. Les **grants** sont délivrés sur un papier spécial, avec un sceau de la cour et une signature imprimée. Il est important de noter que le **grant** peut être reconnu grâce à un hologramme sur le papier. Une copie exemplifiée comprend une signature manuscrite du registraire de district. Nous pouvons également demander une copie exemplifiée du testament. Une copie du testament n'est plus envoyée avec le **grant**.

Parfois, un **grant** n'est pas nécessaire lorsque la succession est détenue en commun ou si elle est de faible valeur.

Quels documents pourraient-ils attendre de nous ? S'attendent-ils à voir un *grant* ou accepteraient-ils un certificat notarié pour administrer les actifs détenus dans leur juridiction ?

Les bénéficiaires - Comment localisons-nous les héritiers ?

En général, nous sommes contactés par un membre de la famille du défunt, qui sait que nous détenons le testament, et nous pouvons commencer le processus d'administration. Ils nous fournissent des détails sur les bénéficiaires. Lors de la rédaction des testaments, nous identifions généralement les personnes en expliquant leur relation avec le testateur et en indiquant leur nom complet. Cela correspond à la relation de cette personne à la date de la rédaction du testament. Ainsi, si une personne est identifiée comme "ma belle-sœur" et qu'au moment du décès, elle ne l'est plus, le legs restera valable. Elle peut alors être identifiée normalement. Il est de la responsabilité de l'exécuteur de s'assurer que les bonnes personnes sont payées. La plupart du temps, ce processus est simple.

Mais que faisons-nous dans des situations plus complexes, comme des enfants séparés ou des parents éloignés ? Il n'y a pas de méthode définie pour localiser de tels bénéficiaires. Voici quelques exemples : nous pouvons commencer par examiner les informations disponibles dans le domaine public. Si nos recherches n'aboutissent pas, nous pouvons engager une société de généalogistes. En Angleterre, il est possible de changer de nom, mais il y aura toujours une trace écrite reliant le nom de naissance et le nouveau nom via un acte de changement de nom. Les alias peuvent être plus compliqués à suivre. Je recommande de souscrire une assurance au cas où tous les bénéficiaires n'auraient pas été identifiés et réapparaîtraient après la distribution des actifs.

Passons maintenant aux cas où il n'y a pas de testament valide et où les règles d'intestat s'appliquent :

Bien que chaque juridiction de *common law* ait ses propres règles, les principes sont basés sur le droit anglais. Y a-t-il des enfants survivants ? Si ce n'est pas le cas, tout revient au conjoint ou au partenaire civil. Il n'existe pas de concept de "conjoint de fait", donc s'il n'y a pas de mariage ou de partenariat civil, cette personne ne reçoit rien et devra faire une demande par voie judiciaire. S'il y a des enfants ou d'autres descendants éloignés, la succession est répartie *per stirpes*. Au Royaume-Uni, le conjoint ne reçoit que les biens personnels, un legs de 322 000 £ et la moitié du reste de la succession. Les enfants reçoivent l'autre moitié, détenue en fiducie s'ils sont mineurs, et il y aura des droits de succession à payer.

Toute personne ayant droit à la succession ab intestat a le droit de demander un *grant*.

Que se passe-t-il s'il n'y a pas de conjoint ou d'enfants ? Dans ce cas, la succession revient aux parents, ensuite aux frères et sœurs, à leurs enfants, aux grands-parents, aux oncles et tantes. Mais que se passe-t-il s'il ne reste plus personne ?

Bona Vacantia (ce qui signifie "biens sans propriétaire") – La Couronne hérite et le gouvernement utilise ces biens pour le bien public.

Enfin, examinons une particularité des pays de *common law*, le rôle des trusts:

Les trusts sont un concept étranger dans les juridictions de droit civil.

Qu'est-ce qu'un titre légal ? Le titre inscrit sur un registre public prouve la propriété légale, et il n'est pas nécessaire d'aller au-delà de ce titre légal.

Mais qu'est-ce qu'un titre équitable ? Ce sont les véritables propriétaires ayant droit au bénéfice des actifs. Parfois, les titres légal et équitable coïncident, parfois non. Cependant, les preuves de propriété équitable sont conservées de manière privée.

Exemples :

Biens immobiliers : Pas plus de quatre personnes ne peuvent apparaître sur le titre.

Successions : Les successions sont des trusts classiques où l'exécuteur détient la succession en fiducie pour les bénéficiaires.

Trusts pour mineurs : Les actifs sont détenus pour eux jusqu'à un âge spécifié, généralement 21, 25 ou 30 ans.

Trusts plus complexes : Fréquents dans les testaments de personnes remariées, comme les trusts d'intérêt viager, similaires à l'usufruit.

Trust discrétionnaire : Une forme courante que j'utilise souvent dans les testaments. Une liste de bénéficiaires est nommée, mais ils n'ont aucun droit absolu sur les actifs. Tout dépend de la discrétion de l'exécuteur, qui devient alors le fiduciaire. Généralement, une lettre de souhaits du testateur donne des indications au fiduciaire sur la distribution des actifs. Les trusts discrétionnaires sont une méthode flexible de protection des actifs et de planification fiscale.

Aspects internationaux :

Pour les biens immobiliers, la loi applicable est celle du lieu où se trouve l'actif.

Pour les biens mobiliers, la loi applicable est celle du domicile du défunt.

Le droit anglais accepte la doctrine du *renvoi total* pour les successions. Souvent, nos clients ont des actifs partout dans le monde, et un trust dans un testament peut être utilisé pour détenir des biens exclus de l'impôt au Royaume-Uni.

Le rôle du notaire/avocat dans la pratique des successions :

La pratique des successions est une activité réservée, ce qui signifie qu'il est illégal de mener une telle activité sans l'autorisation d'un régulateur approuvé.

Vous pouvez rencontrer un notaire, un avocat ou un assistant juridique travaillant sur une affaire de succession, éventuellement assisté par un parajuriste.

Seul un notaire est spécifiquement formé à l'authentification des documents destinés à être utilisés dans des juridictions étrangères. Bien qu'un avocat connaisse la loi, il est peu probable qu'il comprenne ce qui est nécessaire pour que les documents soient reconnus dans un autre pays. Par conséquent, lorsqu'une succession contient des actifs à l'étranger, un notaire sera nécessaire pour authentifier le testament, le *Grant of Probate* et traiter les actifs à l'étranger.

La caractéristique principale des successions au Royaume-Uni est l'impôt sur les successions:

Notre nouveau gouvernement a récemment modifié certains allègements fiscaux pour les actifs commerciaux et les terres agricoles afin de les rendre moins généreux. Cependant, les règles restent essentiellement les mêmes. Nous avons des exonérations fiscales pour les conjoints et une somme exonérée d'impôt de 325 000 £ par succession, ainsi qu'un allègement supplémentaire pour la maison familiale transmise aux enfants lorsque la succession est inférieure à 2 millions de livres. Nos règles sur le domicile changent en avril prochain, de sorte que pour les non-domiciliés, un impôt sera prélevé sur les actifs mondiaux lorsqu'ils deviennent résidents au Royaume-Uni pendant 10 ans.





ELISA PUGLIELLI

NOTAIRE À ROME, ITALIE



Elisa Puglielli est notaire de droit civil à Rome, Italie, et conseillère générale de l'UINL.

TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES EN DROIT CIVIL

Le BESOIN D'UN CONTRÔLE PUBLIC est le principe et la pierre angulaire du système de transfert de biens immobiliers et de leur publicité dans les systèmes de droit civil, comme celui de l'Italie, où opère le notariat latin.

Il s'agit d'un système visant à minimiser les risques afin de garantir la sécurité juridique et la certitude des droits dans les transactions immobilières, grâce à un contrôle EX ANTE.

Ce contrôle est confié au notaire, qui est un OFFICIER PUBLIC, ainsi qu'un professionnel TIERS par rapport aux parties.

La DOUBLE FONCTION D'OFFICIER PUBLIC ET DE PROFESSIONNEL permet de combiner le potentiel des deux rôles :

- celui d'impartialité et de foi publique découlant de la délégation de l'État ;
- celui d'efficacité propre au professionnel qui organise son activité par ses propres moyens.

Il découle de la FONCTION PUBLIQUE déléguée par l'État que :

- le notaire, tout comme le juge, doit être sélectionné à l'issue d'un examen d'État extrêmement complexe ;
- les notaires doivent être répartis de manière homogène sur le territoire (le nombre de notaires est limité, comme celui des juges) ;

- le notaire engage sa responsabilité civile, pénale et disciplinaire non seulement envers ses clients, mais aussi envers l'État. C'est pourquoi il est soumis à des contrôles périodiques du Ministère de la Justice tous les deux ans ;
- le notaire agit au nom de la République Italienne, car l'acte public est un bien qui appartient à l'État ;
- étant donné que les actes publics appartiennent à l'État, chaque notaire est tenu d'en assurer la conservation, et, après sa retraite, ils sont conservés par l'État dans les archives notariales. La traçabilité éternelle des actes est précieuse tant pour la sécurité juridique que pour la reconstitution de l'histoire et de la culture d'un pays.

La fonction publique du notaire est liée à l'efficacité probante et exécutoire particulière des actes qu'il rédige et authentifie : le notaire attribue foi publique aux documents qu'il établit, ce qui signifie que les **ACTES NOTARIAUX ET LEUR CONTENU SONT RECONNUS ET PROTÉGÉS JUSQU'À PREUVE DU CONTRAIRE** par les systèmes de droit civil, dans lesquels la preuve écrite constitue **LA MEILLEURE PREUVE DANS LES PROCÉDURES JUDICIAIRES**.

Célèbre juriste italien, Carnelutti, en 1950.

Le notaire :

1) EFFECTUE UN CONTRÔLE :

- de l'origine des déclarations et des signatures ;
- de la légalité, c'est-à-dire de la "faisabilité juridique" de la transaction, qui s'étend à son fond ;
- du respect de la volonté des parties dans la transaction ;

2) Assume un rôle de **CONSEIL IMPARTIAL** en tant que tiers.

Les principales activités que le notaire doit accomplir dans les transactions immobilières, en prenant l'exemple du notaire italien, peuvent être résumées comme suit. Le notaire :

1. Vérifie l'identité personnelle des parties impliquées dans l'acte et leur capacité à le réaliser.

Le contrôle de l'identité des parties par le notaire vise à PRÉVENIR LE RISQUE DE VOL D'IDENTITÉ.

2. Adapte la volonté des parties aux règles impératives du droit.
3. Vérifie la propriété du droit transféré par le cédant ;
4. Vérifie l'absence de hypothèques, de privilèges, de saisies ou d'autres formalités préjudiciables ;
5. Informe les parties de leurs droits et obligations et des garanties auxquelles elles ont droit ou auxquelles elles sont tenues de donner (par exemple, en ce qui concerne la régularité de la construction et la conformité cadastrale) ; recueille les déclarations prescrites par la loi à cet égard, en les mentionnant dans l'acte ;
6. Identifie le régime fiscal relatif au cas concret et vérifie l'existence des conditions nécessaires pour tout avantage fiscal ; il propose des solutions d'économies fiscales conformes à la loi ; il paie à l'Agence des Revenus les taxes dues, qu'il collecte auprès de la partie tenue de les payer ;
7. Vérifie le respect des règles contre le blanchiment d'argent et la traçabilité des paiements (y compris pour les commissions payées en tant qu'intermédiation aux agences immobilières) ;
8. Enregistre ses actes au Registre Immobilier, au Cadastre (le registre foncier à fonction fiscale) et au Registre de l'Agence des Revenus (bureau des impôts).

Le rôle du notaire dans les transactions immobilières est également INEXTRICABLEMENT LIÉ À LA FONCTION DES REGISTRES IMMOBILIERS et au SYSTÈME DE PUBLICITÉ.

Les actes ou jugements sont enregistrés dans les registres immobiliers, en prenant l'exemple italien, lorsqu'ils :

- constituent des droits réels (par exemple, l'acte établissant un droit d'usufruit ou le jugement reconnaissant l'usucapion) ;
- transfèrent des droits réels (par exemple, les actes d'achat ou d'échange) ;
- constituent ou divisent une communauté de droits réels (par exemple, l'acte de partage) ;

- constituent des droits de sûreté immobilière (par exemple, une hypothèque garantissant un prêt) ;
- initient des procédures d'exécution ou d'insolvabilité (par exemple, une saisie).

LA PUBLICITÉ IMMOBILIÈRE permet donc de donner UNE PUBLICITÉ À TOUS LES ÉVÉNEMENTS IMMOBILIERS et peut être de trois types différents :

- PUBLICITÉ CONSTITUTIVE (comme pour les hypothèques) lorsque l'enregistrement détermine le moment de la constitution/création du droit ;
- PUBLICITÉ DÉCLARATIVE, lorsque l'enregistrement détermine l'opposabilité de la transaction envers les tiers (par exemple, en Italie, le transfert de propriété est effectif entre les parties au contrat par la simple signature d'un acte de vente écrit ; en revanche, pour que le transfert de propriété soit effectif envers les tiers, l'enregistrement dans les registres immobiliers est nécessaire) ;
- AVIS lorsque l'enregistrement rend la transaction connue des tiers.

Dans le système des transactions immobilières, il est nécessaire que les résultats des registres immobiliers AIENT LE DEGRÉ MAXIMAL DE CERTITUDE et soient fiables non seulement quant à l'origine (et donc à l'identification par la loi des titres d'acquisition), mais aussi quant au contenu de la transaction et au statut juridique de la propriété.

Afin de répondre à l'exigence que l'inscription des actes dans les registres immobiliers se fasse avec la garantie de la certitude juridique maximale, la loi prévoit que seuls les actes publics ou les actes privés authentifiés (par un fonctionnaire public) aient accès aux registres immobiliers.

Prenons un exemple simple et pratique de la façon dont un notaire italien procède lorsqu'il est chargé de la rédaction d'un acte de vente :

- il vérifie l'identité personnelle des parties par connaissance personnelle, vérification de leurs documents d'identité et des résultats des registres publics de l'état civil (acte de naissance, acte de mariage, etc.) et des procurations ou autorisations judiciaires délivrées ;
- il vérifie le titre de propriété ;
- il effectue des recherches dans les registres immobiliers et au cadastre ;
- il acquiert toute la documentation nécessaire concernant le statut juridique de l'immobilier ;

- il fait remettre au vendeur la documentation technique justificative (concernant la régularité de la construction) ;
- il acquiert une copie des modalités de paiement du prix (virements bancaires ou chèques) ;
- il reçoit les sommes destinées à être déposées (par exemple, le prix ou les sommes que les parties ont établies comme pénalité en cas de retard dans la livraison) ; le dépôt est effectué sur un compte dédié (différent du compte professionnel que le notaire doit avoir par la loi, qui ne produit pas d'intérêts en sa faveur, qui ne tombe pas dans l'héritage et qui ne peut pas être saisi par les créanciers du notaire) ;
- il coopère avec les agences immobilières pour acquérir les documents en possession des parties ;
- il vérifie que les parties remplissent les conditions pour demander des avantages fiscaux, et calcule et perçoit les taxes relatives à l'acte.

Après la rédaction de l'acte, LE NOTAIRE effectue une SEULE DÉCLARATION TÉLÉMATIQUE et l'envoi, pour enregistrement, avec la copie certifiée et signée numériquement de l'acte à :

- l'AGENCE DES REVENUS, en payant les taxes simultanément ;
- les REGISTRES IMMOBILIERS ;
- le CADASTRE (Registre Foncier). La fonction du cadastre est d'identifier la propriété avec des données sans ambiguïté, ainsi que d'attribuer une valeur à la propriété aux fins du paiement des taxes.

Il est reconnu que dans notre système, L'INSCRIPTION ET L'ENREGISTREMENT DANS TOUS LES REGISTRES SUSMENTIONNÉS PEUVENT AVOIR LIEU DANS UN DÉLAI DE UN À DEUX JOURS.

Le SYSTÈME DE PUBLICITÉ IMMOBILIÈRE en Italie repose sur la règle de la CONTINUITÉ DE L'ENREGISTREMENT (selon laquelle un enregistrement contre une personne concernant la propriété d'un bien immobilier doit être précédé par un enregistrement en faveur de la même personne, concernant le même bien immobilier), et est, pour presque tout le territoire italien, basé sur une approche personnelle (c'est-à-dire qu'il repose sur les noms des personnes transférant et acquérant des droits réels sur des biens immobiliers), tandis que dans certaines zones (les territoires qui faisaient autrefois partie

de l'Empire Austro-Hongrois), il existe un système basé sur l'immobilier (c'est-à-dire basé sur l'immobilier et non sur les personnes succédant à sa propriété).

Il est du devoir professionnel du notaire d'effectuer la vérification auprès des registres immobiliers compétents, en les mettant à jour jusqu'à une date aussi proche que possible de celle de la signature de l'acte : grâce aux moyens technologiques modernes, les notaires peuvent effectuer ces vérifications depuis leurs bureaux, électroniquement, avec autant de mise à jour que possible.

L'INTERVENTION NOTARIALE, qui, comme nous l'avons dit, contribue également à la FIABILITÉ DES REGISTRES IMMOBILIERS, remplit une FONCTION DE JUSTICE PRÉVENTIVE qui contribue à la réduction des litiges.

DANS LES TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES, LES LITIGES CONCERNENT ENVIRON 50 CAS SUR PLUS DE 1 700 000 ANNUELS, soit 0,0029 % DES TRANSACTIONS.

Il ne faut également pas négliger que la prévention des litiges par un contrôle de légalité en amont et la fiabilité des registres publics (immobiliers et commerciaux) représentent un élément décisif dans la compétitivité de l'économie d'un pays : les investisseurs étrangers ont un plus grand intérêt à investir dans un pays où la circulation des biens immobiliers et commerciaux et la financement des transactions sont garanties, et où les litiges sont réduits ou, si un litige survient, sont résolus rapidement. D'où aussi l'importance du processus de jurisprudence auquel le notariat contribue.

Étant donné qu'il n'est souvent pas viable pour les citoyens les plus faibles d'aller en justice, en raison de la durée et donc des coûts qu'ils doivent supporter, il est évident que la sécurité « a priori » garantie par l'intervention notariale protège précisément les plus faibles (alors que celle « a posteriori » est un luxe réservé à ceux qui ont plus de moyens).

LES ACCIDENTS RARES SONT ENTIÈREMENT REMBOURSÉS PAR L'ASSURANCE OBLIGATOIRE DE LA CATÉGORIE ; les cas non couverts par la police de responsabilité sont remboursés par un fonds de garantie spécial mis en place par la catégorie.

Il convient de préciser que L'ASSURANCE DES NOTAIRES REMBOURSE LA VALEUR RÉELLE TOTALE DE LA PROPRIÉTÉ (par exemple, d'une maison qui a été hypothéquée), contrairement à l'assurance de titre dans les pays anglo-américains, qui, quant à elle, ne rembourse que le montant maximal assuré, qui, dans la plupart des cas, correspond à la somme prêtée par la banque au moment de l'achat de la maison.

Prenons l'exemple d'une maison achetée en 2020 pour un prix déclaré de 150.000 euros et assurée pour ce même montant, correspondant à l'hypothèque ; si, par exemple, en 2024, lorsque la maison a une valeur marchande de 220.000 euros, il est découvert qu'il y avait une hypothèque, qui n'a pas été réalisée lors de la vente, l'assurance de titre ne rembourserait que les 150.000 euros d'origine, tandis que l'assurance professionnelle du notaire rembourserait jusqu'à 220.000 euros.

D'un point de vue économique, l'assurance de titre est une solution inefficace pour le consommateur, car non seulement elle ne garantit pas les droits de propriété, mais elle ne compense même pas, en termes de dommages, les pertes subies.

La garantie de certitude des transactions immobilières par l'intervention notariale dans les pays de droit civil comme l'Italie est également assurée par les contrôles auxquels sont soumis les notaires.

La RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE peut entraîner une suspension ou, dans les cas les plus graves, un licenciement.

De plus, dans le domaine des actes immobiliers, LE NOTAIRE QUI RECUEILLE ET PAYE LES TAXES À L'ÉTAT, SANS AUCUN AVANTAGE ÉCONOMIQUE POUR LUI-MÊME, EST PERSONNELLEMENT ET DIRECTEMENT RESPONSABLE DES IMPÔTS LIÉS À L'ACTE, MÊME SI LE CLIENT NE LES A PAS PAYÉS. Et contrairement à un travailleur indépendant ordinaire, une appropriation éventuelle des taxes par le notaire ne constitue pas une simple infraction civile, mais un crime passible du droit pénal en tant que « détournement » précisément en raison de la nature de fonctionnaire public.

D'où la raison pour laquelle le Conseil national des notaires s'est donné une discipline particulièrement favorable aux citoyens, en obligeant les notaires :

- à souscrire une assurance obligatoire pour compenser tout dommage pécuniaire causé à des tiers ;
- à mettre en place un Fonds de garantie pour protéger contre les dommages résultant de la responsabilité pénale.





DAVID S. WILLIG

AVOCAT NOTAIRE AMÉRICAIN
MEMBRE DU BARREAU DE PARIS ET DE FLORIDE



David Willig est un avocat international qualifié aux États-Unis et en Europe. Il est membre du Barreau de Paris et de Floride et est autorisé à exercer devant tous les tribunaux fédéraux de Floride ainsi que dans d'autres États. Il est également notaire en Floride.

TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES EN COMMON LAW

1. Introduction. Approche : le rôle du professionnel juridique

Généralement, un professionnel juridique intervient dans les transactions immobilières, bien que cela ne soit pas obligatoire. En Floride, le notaire civil ne détient pas le monopole de ces transactions.

2. Contrats et documentation

A. Le contrat de vente

La révision du contrat est généralement effectuée par un professionnel juridique, bien qu'elle soit souvent réalisée également par un agent immobilier. L'intervention d'un avocat dès le début peut être utile pour la rédaction du contrat.

Il existe de nombreux modèles de contrats pour diverses opérations immobilières, développés en collaboration entre l'Ordre des avocats de Floride et l'Association des agents immobiliers de Floride (contrats FARBAR).

Dépôt en garantie : Le montant du dépôt en garantie est défini dans le contrat de vente et peut être placé sur un compte fiduciaire d'un avocat ou sur un compte de dépôt en garantie d'un agent de titres.

B. Inspections

Le contrat de vente peut inclure une clause permettant à l'acheteur d'effectuer des inspections avant l'achat.

C. Financement

Il est nécessaire de satisfaire toute condition suspensive liée au financement, comme l'obtention d'un prêt hypothécaire et l'évaluation de la propriété.

3. Examen du titre et clôture

A. Examen du titre :

Le titre de propriété est examiné afin de s'assurer qu'il n'existe aucun privilège, charge ou autre problème juridique.

B. Assurance titre :

Il est courant en Amérique du Nord de souscrire une assurance titre de propriété.

C. Clôture de la vente :

Tous les documents nécessaires sont examinés et signés pour finaliser la transaction. Aujourd'hui, de nombreuses démarches peuvent être effectuées électroniquement. Les frais de clôture, incluant les taxes, les honoraires juridiques et d'autres dépenses précisées dans le contrat de vente, sont payés à ce moment-là.

D. Remise de l'acte

L'acte de propriété est enregistré afin de rendre publique la transmission de la propriété.





PHILIP M. BENDER

CANDIDAT NOTAIRE, CHAMBRE FÉDÉRALE
DES NOTAIRES D'ALLEMAGNE



Philip M. Bender, docteur en droit, est candidat notaire en Bavière. Il travaille actuellement en tant que membre de la direction de la Chambre fédérale des notaires d'Allemagne. Son livre sur les limites du droit personnalisé a été récompensé, entre autres distinctions, comme livre juridique de l'année 2024.

LES NOTAIRES ET LES "NUDGES" : Expliquer la notariation en termes d'économie comportementale

I. Introduction

Les juristes et économistes tendent à louer le règne de l'autonomie privée. Les exigences de forme obligatoires sont souvent perçues comme limitant indûment cette autonomie et augmentant les coûts des transactions. Les notaires de droit civil, qui gèrent la rédaction et la procédure contractuelle dans des domaines économiques importants, pourraient facilement être mal compris comme des vestiges anachroniques d'une époque révolue. En réalité, les notaires existent depuis des millénaires, car ils contribuent à une allocation efficace des biens dans la société. Jusqu'à présent, l'efficacité de l'intervention notariale a été étudiée en termes de droit et d'économie néoclassiques, soulignant les avantages d'un acteur neutre et fiable. Dans ce qui suit, je vais, pour la première fois, m'appuyer sur les enseignements de l'économie comportementale pour mieux expliquer la logique de l'intervention notariale dans les transactions juridiques.

II. De l'économie néoclassique à l'économie comportementale

Pour commencer, je vais brièvement exposer les défis posés par l'économie comportementale à l'économie néoclassique.

1. Hypothèses néoclassiques : *L'Homo Oeconomicus*

L'économie néoclassique suppose que les individus ont des préférences exogènes, non influencées par leur environnement, qu'ils sont pleinement informés et qu'ils agissent selon les principes de la théorie de l'utilité espérée. Selon cette approche, lorsqu'ils choisissent entre différentes options, les individus évaluent l'ampleur et la probabilité de satisfaction de leurs préférences, et choisissent l'option qui maximise leur utilité. La théorie économique néoclassique soutient donc que le comportement observé correspond à ce que les individus souhaitent réellement. Ces hypothèses sont résumées dans l'idée de *l'homo oeconomicus*. C'est uniquement parce que l'économie néoclassique considère les humains comme rationnels en termes économiques qu'elle peut conclure que le contrat favorise une allocation pareto-efficiente des actifs, ces derniers finissant par être détenus par les individus qui leur attribuent la plus grande valeur.

2. Défis comportementaux : Asymétries d'information et divers biais

Ces hypothèses ont été continuellement remises en question. L'économie institutionnelle a déjà souligné que les individus ne sont pas toujours pleinement informés. Ils manquent d'informations essentielles ou sont confrontés à une surcharge d'informations. Cela entraîne des asymétries d'information et un pouvoir de négociation inégal entre les parties contractantes, un aspect que je décris ailleurs comme une information limitée.

Les enseignements de l'économie comportementale suggèrent que les préférences sont en réalité endogènes, influencées par l'environnement des individus. Par conséquent, les effets de cadrage et la formation des préférences doivent être pris en compte. En outre, l'économie comportementale souligne que les individus ne maximisent pas toujours leur richesse personnelle (auto-intérêt limité), qu'ils surestiment les bénéfices à court terme tout en sous-estimant les coûts à long terme (volonté limitée) et qu'ils n'agissent pas toujours de manière rationnelle selon les hypothèses de la théorie de l'utilité espérée (rationalité limitée). En effet, ils sont soumis à une variété de biais qui entraînent une mauvaise perception des probabilités ou des coûts et bénéfices impliqués. Par exemple, les individus se surestiment (biais de surconfiance) ainsi que la probabilité des résultats positifs (biais d'optimisme). Leur décision de

contracter est également influencée par leur sympathie envers l'offrant (biais de sympathie). Ces biais sont particulièrement marqués chez les consommateurs. Cependant, des recherches empiriques ont montré qu'ils sont omniprésents.

III. Réduction des biais par les notaires

Une leçon à tirer de ces enseignements comportementaux est la suivante : un ordre juridique ne doit pas seulement offrir une infrastructure juridique que les parties peuvent utiliser, mais il doit aussi s'assurer que les individus soient incités à agir conformément à leurs véritables préférences. Cette constatation ne nécessite pas de recourir à un paternalisme classique, basé sur des interdictions et des dispositions obligatoires. À la place, une variété d'outils regroupés sous le concept de « paternalisme doux » (Sunstein) peuvent être utilisés. L'un de ces outils est l'exigence d'une authentification notariale. Les notaires agissent comme des institutions de réduction des biais, à l'instar des agences de protection des consommateurs. Ils égalisent les conditions et veillent à ce que les véritables préférences, non biaisées, soient mises en œuvre sur la base d'informations pertinentes. En termes simples, ils comblent le fossé entre les hypothèses néoclassiques et le comportement réel. Les notaires accomplissent cela pour au moins trois raisons différentes.

1. Élément temporel : réflexion différée

L'intervention notariale offre une période de réflexion différée qui permet aux individus de reconsidérer leurs choix initiaux. Bien que les rendez-vous notariaux soient rapidement accessibles, la conclusion du contrat ne peut pas avoir lieu immédiatement. Souvent, les individus consultent un notaire une première fois pour obtenir des conseils, puis une seconde fois pour finaliser l'accord. Dans les cas de protection des consommateurs, la période de réflexion est explicitement mentionnée dans la loi. Par exemple, selon la loi allemande sur l'authentification, article 17 § 2a, les consommateurs doivent recevoir un projet de l'acte juridique au moins 14 jours avant la signature de l'accord. Cela leur laisse suffisamment de temps pour repenser leur élan initial, qui pourrait avoir été influencé par un biais de sympathie envers le vendeur. Bien sûr, cette décélération engendre des coûts de transaction. Cependant, lorsqu'elle permet la mise en œuvre des véritables préférences, ces coûts deviennent des bénéfices de transaction.

2. Élément spatial : espace sécurisé

L'intervention notariale garantit également que la conclusion du contrat se déroule dans un espace protégé et sécurisé. Chez eux, les individus sont sou-

vent pris au dépourvu et n'activent pas leur sens des affaires. Dans les bureaux du vendeur, les individus sont soumis à l'environnement de cadrage spécifique de l'autre partie. Une publicité bien placée et l'utilisation délibérée des biais de sympathie et des effets de cadrage peuvent pousser les individus à conclure des contrats qu'ils ne souhaitent pas réellement. Lorsque l'authentification notariale est requise, les parties doivent se rendre dans le bureau du notaire, un terrain neutre semblable à l'ancien forum du marché. Le notaire veille également à ce qu'aucune pression psychologique ou physique induite ne soit exercée sur l'une des parties.

Dans un cadre commercial, l'authentification en ligne est souvent une option. La procédure d'authentification en ligne offre également certains avantages spatiaux : chaque partie peut se retirer dans un lieu sûr pour décider de se connecter à la plateforme notariale, qui respecte les normes les plus strictes en matière de protection des données. Cependant, le notaire n'a pas le contrôle de ce qui se passe « derrière l'écran », ce qui explique pourquoi toutes les transactions juridiques ne sont pas également adaptées à l'authentification en ligne.

3. Élément substantiel : Conseils sur mesure

Enfin, les notaires expliquent les clauses défavorables à la partie concernée et soulignent les risques potentiels. Le conseil notarial est sur mesure, évitant la surcharge d'informations. Il met en évidence les aspects juridiques pertinents et se rapproche ainsi de l'hypothèse néoclassique de l'information parfaite. De plus, leur intervention fournit la base de registres fiables, contribuant encore à rapprocher les individus de l'hypothèse d'une information complète.

Lorsque le notaire perçoit qu'une partie présente un biais d'optimisme quant aux risques d'une certaine charge, il soulignera ce fait. Lorsque les parties ont tendance à négliger les effets à long terme, le notaire illustrera leurs risques potentiels. Le conseil personnalisé du notaire sur les questions juridiques permet de corriger les biais individuels, assurant ainsi que l'autonomie privée puisse véritablement prospérer et conduire à une allocation des biens efficace au sens de Pareto.

IV. Modelage des préférences par les notaires

Permettre une allocation efficace des biens au sein de la société est un objectif important du droit. Cependant, ce n'est pas le seul. Dans une tradition républicaine, le droit exprime également des valeurs sociétales. En prenant en compte l'endogénéité des préférences, le droit est un outil permettant de mode-

ler les préférences individuelles et de créer des vertus civiques. Dans cette démarche de modelage des préférences civiques, le notaire est également un acteur clé. Je souhaite illustrer ce point en ce qui concerne les règles par défaut.

1. Valeurs sociétales et règles par défaut

Selon l'économie néoclassique et la théorie des contrats contingents complets, les règles par défaut doivent imiter ce que les parties auraient voulu afin d'éviter les coûts de transaction créés par le fait que les parties optent pour l'exclusion.

Cependant, en plus du fait que les exclusions peuvent avoir des avantages significatifs, car elles forcent les gens à révéler leurs préférences, les règles par défaut peuvent être conceptualisées de manière différente : elles représentent des valeurs sociétales. L'ordre juridique allemand décrit cela comme la fonction de modèle (*Leitbildfunktion*) des règles par défaut. Aux États-Unis, une littérature croissante, menée par Sunstein, perçoit les règles par défaut comme des nudges qui peuvent être utilisés pour mettre en œuvre des considérations politiques. En fin de compte, l'idée est que les règles par défaut n'influencent pas seulement notre comportement en nous dissuadant de nous en écarter en raison des coûts de transaction qu'un tel écart entraîne. Au lieu de cela, les règles par défaut, selon la fonction expressive ou communicative du droit, façonneraient nos préférences selon les valeurs qu'elles impliquent.

2. Les notaires et le biais du *statu quo*

Cependant, la fonction expressive du droit a été remise en question par le fait que souvent, les gens ne connaissent pas le contenu de la loi. En effet, si les gens ne connaissent pas la solution par défaut, cette solution peut difficilement influencer leurs valeurs respectives.

Le notaire résout ce problème. Avant de discuter des différentes manières de se soustraire, le notaire explique les règles juridiques par défaut. En particulier, les individus sans préférences clairement définies sont ouverts et réceptifs à la solution fournie par le législateur. Même si l'option de se soustraire ne serait pas difficile à envisager grâce aux conseils professionnels du notaire, les gens sont soumis au biais du *statu quo* basé sur les valeurs. En ce sens, les notaires accomplissent une mission démocratique et civique importante. Ils interviennent dans les boucles de rétroaction des gens et fournissent un terrain commun de réflexion – d'autant plus important à l'ère des réseaux sociaux où les algorithmes ne font que confirmer les propres préférences de chacun. Les notaires sont des agents de nudging pour mettre en œuvre les valeurs jugées justes et favoriser la cohésion sociétale.

V. CONCLUSION

En conclusion, l'économie comportementale peut expliquer les avantages de la notariation de deux manières importantes. Premièrement, les notaires corrigent les biais des préférences individuelles. En ce sens, ils garantissent que les véritables préférences sont mises en œuvre et contribuent à une allocation des biens efficace au sens de Pareto. Deuxièmement, les notaires façonnent les goûts des individus à la lumière des vertus civiques mises en œuvre dans les procédures démocratiques. En ce sens, ils assurent la cohésion sociale. En résumé : le nudge du droit devient efficace au moment de la notariation.





PROF. ANNIE I. RIVERA CRUZ

PORTO RICO



Notaire et avocate avec plus de dix ans d'expérience dans le domaine juridique. Elle s'intéresse particulièrement à l'étude de sujets tels que le droit au logement, les droits de propriété, les obligations et contrats, les droits humains et le travail avec les communautés.

RÔLE DU NOTAIRE ET PREUVE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ APRÈS DES CATASTROPHES NATURELLES

Je remercie l'Union Internationale du Notariat Latin pour l'invitation, ainsi que le Collège Notarial de Porto Rico. Je suis très honorée d'être ici avec vous, entourée de professeurs et de collègues si distingués. Je prendrai quelques minutes pour partager avec vous quelques réflexions sur le rôle du notaire et la preuve des droits de propriété après des catastrophes naturelles.

Doña Ana, une femme de 55 ans, femme au foyer et responsable de sa mère âgée, a perdu sa maison située dans un village au centre de l'île à cause des vents de l'ouragan Maria. Dans les jours qui ont suivi, elle a réparé sommairement sa propriété et a sollicité l'aide de diverses agences gouvernementales pour reconstruire sa maison. Lorsqu'elle s'est adressée à ces agences, elles lui ont demandé des preuves de sa propriété. En consultant le registre foncier, elle a découvert que sa maison était encore enregistrée au nom de l'ancien propriétaire et qu'elle avait perdu la copie de l'acte notarié pendant l'événement climatique. Elle n'avait donc aucun moyen de prouver sa propriété. Ainsi commence un long

chemin pour que la réalité factuelle concorde avec la réalité juridique. La reconstruction de sa maison n'a commencé que cinq ans plus tard, et elle attend toujours la remise de sa maison par les autorités gouvernementales.

Notre belle île de Porto Rico présente quelques particularités importantes qu'il est nécessaire de mentionner pour donner un contexte à ces réflexions :

Premièrement : Porto Rico, comme il a été mentionné à plusieurs reprises ce matin, est un pays de tradition mixte. Sur notre petite île, le droit anglo-saxon et le droit civil se sont combinés dans le cadre des processus de colonisation espagnole et américaine. En d'autres termes, « la transculturation juridique, produit de la confusion entre notre tradition ibéro-américaine et la relation coloniale avec les États-Unis, a profondément affecté le développement juridique porto-ricain, créant quelque chose de distinct des tendances d'origine ». Cette transculturation juridique nous permet d'établir des ponts et des liens entre les deux traditions.

Deuxièmement : Porto Rico, cette belle île des Caraïbes, est située précisément dans ce que l'on appelle le corridor des ouragans dans l'océan Atlantique. Chaque année, de mai à novembre, se déroule la saison des ouragans, avec tout le désarroi qu'elle entraîne pour des milliers de familles affectées par les ouragans Irma et Maria en 2017. Beaucoup d'entre elles attendent encore qu'on leur rende justice et que la reconstruction de leurs maisons soit achevée, ou, malheureusement dans de nombreux cas, qu'elle commence enfin.

Troisièmement : bien que nous ayons une juridiction dont la source de droit est mixte, la pratique du notariat a survécu aux processus de colonisation et d'américanisation, bien qu'avec certaines variations. Porto Rico conserve encore aujourd'hui la tradition du notariat latin et dispose d'un registre foncier qui, bien que constitutif pour certaines figures juridiques, conserve dans la majorité des cas un caractère déclaratif, offrant ainsi une sécurité juridique aux transactions qui y sont enregistrées.

Étant donné que Porto Rico est de tradition civiliste, parmi les multiples formes d'acquisition de propriété, on trouve la tradition. Dans notre système juridique, il est reconnu que la tradition ne se limite pas à l'acquisition d'un bien immobilier par un acte authentique, mais qu'elle inclut également la remise matérielle du bien. Cet élément a pour effet juridique que, pour que les familles puissent obtenir une preuve documentaire de l'acte juridique, elles sont souvent contraintes de s'adresser aux tribunaux ou de ratifier cet acte devant notaire afin qu'il soit consigné dans un instrument public.

Au 27 novembre 2020, à Porto Rico, la transmission ou la modification de biens immobiliers nécessitait l'autorisation d'un instrument public. Cependant, selon notre nouveau Code civil, un écrit suffit désormais à titre de preuve du contrat juridique. Pourtant, un décalage subsiste : pour qu'un contrat juridique ait accès au Registre foncier, il doit être formalisé par un acte authentique ou par un document judiciaire. Par ailleurs, la loi notariale interdit aux notaires de constater des déclarations sous serment visant à transférer un bien immobilier. Ainsi, pour que les familles bénéficient d'une protection et d'une sécurité juridique, le rôle du notaire reste essentiel.

Comme dans le cas de doña Ana, selon la FEMA (Agence fédérale de gestion des catastrophes), environ soixante pour cent (60 %) des 1 100 000 demandes d'aide économique liées aux événements climatiques ont été rejetées pour inéligibilité. Bien qu'il y ait eu de nombreux autres facteurs, l'une des principales raisons était que les demandeurs n'étaient pas en mesure de prouver qu'ils étaient propriétaires de leur maison et/ou du terrain pour lequel les dommages étaient réclamés. Ce taux élevé de refus a laissé de nombreuses familles sans l'aide d'urgence en logement dont elles avaient désespérément besoin, entraînant ainsi une augmentation des besoins en logement non satisfaits.

Dans ce contexte, la preuve de propriété est devenue l'un des axes centraux du débat à Porto Rico concernant l'aide aux familles en cas de catastrophe, les processus de reconstruction et le droit à un logement digne. Dans la majorité des cas, cette preuve de propriété demandée par les programmes se réfère à la copie certifiée d'un instrument public autorisé par un notaire. Le problème résidait dans le fait que les familles ne possédaient pas cette preuve de propriété, car le document avait été perdu lors de l'événement climatique, égaré avec le temps, ou que la relation avec la terre et le domicile n'avait pas été légalisée faute de moyens économiques. Cela a engendré une crise sans précédent dans le pays, entraînant non seulement la spéculation immobilière liée au désastre, mais aussi une augmentation des coûts du logement, des déplacements et une grande insécurité juridique où le notaire a joué un rôle crucial dans la gestion de la crise.

Avec beaucoup de fierté, je dois dire que des centaines d'avocates et de notaires, avec très peu de ressources, ont rejoint diverses communautés pour offrir une assistance aux familles qui avaient besoin de prouver leur titre de propriété. Face au vide laissé par le gouvernement, des organisations comme le Collège Notarial de Porto Rico et le Resiliency Law Center ont répondu en mettant en place des programmes de Titularité. Ces programmes, qui sont toujours en vigueur sur l'île, consistent à fournir une assistance juridique gratuite aux familles victimes d'événements climatiques, vulnérables et à faibles

revenus, pour formaliser ou obtenir une preuve de leur titre de propriété. Déclarations d'héritiers, actes de cession, droits de superficie, entre autres, sont autant d'actes juridiques que les notaires réalisent, offrant ainsi aux familles non seulement une sécurité juridique, mais aussi un accès à la justice sociale et, surtout, le droit à un logement digne.

Cependant, cette réponse des notaires face à l'urgence provoquée par des catastrophes socio-climatiques ne se limite pas à Porto Rico. Il est important de mentionner les mesures prises par le Collège Notarial de Castille - La Manche après les événements liés à la Dana dans la communauté de Valence, en Espagne. Depuis notre île, nous exprimons toute notre solidarité à la communauté valencienne et aux personnes touchées. Les actions entreprises par le Collège Notarial de Castille reflètent également cette phrase si significative : « seul le peuple sauve le peuple ». L'établissement de services gratuits pour les personnes affectées, tels que la rédaction d'actes de protocolisation et de notoriété, la mise en place d'un service gratuit de recherche, d'expédition et de délivrance des copies physiques des actes notariés, ainsi que l'utilisation du siège du Collège Notarial pour les notaires qui en auraient besoin, démontre le rôle essentiel du notaire, non seulement pendant l'urgence, mais aussi dans le processus de rétablissement après le désastre.

À Porto Rico, face au défi évident posé par le manque de preuve de propriété, une loi a été adoptée : la Loi pour Accélérer les Processus de Délivrance des Titres de Propriété dans le cadre du Programme d'Autorisation des Titres, affilié au Département du Logement, promulguée le 23 décembre 2022. Cette loi vise à assouplir les processus juridiques pour que les familles puissent obtenir un titre de propriété, tout en élargissant les compétences notariales des professionnels de la notariat à Porto Rico pour traiter dans leurs études notariales :

- a) La Déclaration de Domaine ;
- b) La Reprise d'une Chaîne de Titres Interrompue ;
- c) L'Action Déclaratoire d'Usucapion.

Bien que cette loi ait constitué une avancée, sa portée est restée limitée aux personnes inscrites dans un programme gouvernemental. Il est donc nécessaire d'étendre cette législation à l'ensemble du pays. De même, il est indispensable d'établir des mécanismes qui permettent aux victimes de catastrophes d'accéder plus facilement aux copies certifiées de leurs actes, qu'ils soient entre les mains des notaires ou que la garde de ces actes soit assurée par le Bureau d'Inspection Notariale.

CONCLUSIONS

Il est indispensable de prendre conscience du rôle essentiel du notaire dans la protection des droits et la fourniture de sécurité juridique face aux catastrophes naturelles. En période d'incertitude, comme lors d'une catastrophe socio-naturelle, la sécurité juridique et la certitude offertes par l'exercice notarial sont fondamentales, non seulement pour le pays, mais aussi pour la paix et la sécurité des familles touchées. Il reste encore du chemin à parcourir. À Porto Rico, il est urgent de numériser les registres notariaux pour mieux faire face aux catastrophes. Il est également nécessaire de concevoir un plan d'action permettant d'assister rapidement et efficacement les familles en cas de sinistre, en tenant compte du fait que les événements climatiques deviendront de plus en plus fréquents et violents dans les années à venir.

Dans ce cadre, l'invitation serait adressée à l'Union afin qu'elle adopte des mesures visant à standardiser la réponse des notaires face aux catastrophes. Il est également important de considérer que les notaires eux-mêmes peuvent être victimes de ces sinistres, comme ce fut le cas à Porto Rico.

Il est urgent de renforcer et d'élargir la formation des notaires afin qu'ils disposent des outils nécessaires pour se rendre dans les communautés et offrir leurs services aux populations vulnérables. Le notaire apporte une certitude dans des moments d'incertitude extrême. L'accès à un notaire peut représenter pour une famille bien plus qu'une sécurité juridique : il peut signifier l'accès à un toit et à un logement digne. Rappelons-nous que pour doña Ana, cela a signifié obtenir une maison pour recommencer une nouvelle vie.





PROF. PETER L. MURRAY
ÉCOLE DE DROIT DE HARVARD, ÉTATS-UNIS



Au fil des ans, Peter Murray a travaillé de manière approfondie en droit comparé, avec une attention particulière à la procédure civile en Allemagne et en Europe. Consultant auprès du Comité consultatif des règles de preuve du Maine depuis 1973. Professeur Fulbright Senior à l'Université de Fribourg, Allemagne, en 1998. Professeur invité en droit de la pratique à l'École de Droit de Harvard de 1996 à 2009. Ancien directeur académique du Harvard Legal Aid Bureau.

DÉVELOPPEMENTS DANS LES TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES AUX ÉTATS-UNIS

Dirigeants distingués de la Chambre des Notaires de Porto Rico, collègues et participants à ce deuxième Dialogue entre Systèmes Juridiques, merci de m'avoir invité, ainsi que mon ami et collègue, le Professeur Dr. Rolf Stuerner, à discuter avec vous des attributs et des mérites comparés de la mise en œuvre des transactions juridiques selon le système notarial ou le droit commun, en particulier celles concernant les transactions immobilières en Europe et aux États-Unis. Mes remarques commenceront par une description de la manière dont les transactions immobilières sont gérées dans le système de "common law" aux États-Unis et le rôle croissant des ressources neutres dans certains types de ces transactions, avec une mention particulière sur la façon dont les professionnels neutres, sous forme de médiateurs, jouent un rôle de plus en plus important dans les litiges civils.

Le Professeur Dr. Stuerner continuera avec une description et une discussion du rôle et de la fonction des notaires dans les transactions juridiques en Alle-

magne et dans l'Union Européenne. Il abordera également certains développements récents concernant le rôle des notaires au sein de l'U.E. et de ses États membres.

Nous poursuivrons nos présentations initiales avec un troisième segment partagé, où mes remarques se concentreront sur la comparaison des coûts, de la qualité des fonctions, et d'autres attributs du système de droit commun américain par rapport au système notarial de droit civil dans la gestion des transactions immobilières. Le Professeur Dr. Stuermer conclura avec quelques observations sur la manière dont les juristes portoricains peuvent maintenir un système notarial de haute qualité où les avocats peuvent également exercer en tant que notaires.

La tradition juridique de common law

Contrairement à la majeure partie de l'Europe, ainsi qu'à l'Amérique centrale et du Sud, qui partagent une tradition juridique largement basée sur le droit romain, les États-Unis, en tant qu'ancienne colonie de Grande-Bretagne, appartiennent au "Monde de la Common Law." La Grande-Bretagne, en tant que nation insulaire, a développé au Moyen Âge un système juridique qui, bien qu'influencé par le droit romain, présente à bien des égards des caractéristiques propres, avec des racines dans le droit coutumier et les traditions locales du Nord de l'Europe des temps anciens.

Dans le cadre de la "common law" anglaise, les transactions immobilières étaient en grande partie des affaires privées, réalisées entre propriétaires fonciers sans participation manifeste de la souveraineté. Il n'y avait pas besoin de "document public" pour effectuer le transfert de propriété foncière. Les parties pouvaient contracter entre elles et transférer des biens immobiliers par acte écrit sans intervention ou officiation obligatoire d'un fonctionnaire public ou notaire public. Les parties pouvaient être assistées par des conseillers juridiques et représentées par des avocats, tant dans les procédures judiciaires contestées que dans les négociations privées, mais le rôle des avocats était auxiliaire et servait principalement les intérêts respectifs de leurs clients.

Droit transactionnel basé sur les parties

Les différents États des États-Unis, en tant que colonies de la Grande-Bretagne, ont importé le droit commun anglais aux XVII^e et XVIII^e siècles et l'ont maintenu après leur indépendance à la fin du XVIII^e siècle. Bien que nous

parlions du droit transactionnel des États-Unis dans cette présentation, le droit privé relève largement des lois des divers États américains, tels que New York, le Massachusetts et le Maine. Ainsi, lorsqu'on parle de droit américain, il s'agit d'une généralisation des lois diverses et variées des 50 États individuels.

Le modèle du droit transactionnel aux États-Unis repose sur les parties individuelles, chacune conseillée et représentée par son propre avocat lorsque nécessaire, qui traitent directement entre elles pour créer des contrats et réaliser des transactions légales. Ce modèle est fondé sur la théorie selon laquelle l'interaction directe des intérêts conseillés individuellement générera des transactions équitables, et que les parties, ou leurs conseillers partisans agissant de manière collaborative, seront capables de créer la documentation nécessaire pour les réaliser.

Ce modèle transactionnel diffère du modèle du contentieux, car dans ce dernier, il y a aussi une interaction directe et compétitive entre les parties, généralement chacune représentée par un avocat, mais cette fois en présence d'un décideur neutre, qui prendra ensuite une décision sur le problème en litige.

Le modèle du droit commun basé sur les parties présuppose que les parties à la transaction disposent d'un pouvoir de négociation plus ou moins égal et que chacune a accès à une assistance juridique de qualité comparable pour les conseiller et participer à la création de la documentation de la transaction. Si l'une des parties n'est pas conseillée par un avocat, ou si l'avocat d'une partie est moins compétent que celui de l'autre partie, il existe un risque que cette partie soit submergée par les ressources supérieures de l'autre partie. Un tel déséquilibre produit de mauvaises transactions.

Une transaction traditionnelle d'achat et de vente immobilière aux États-Unis

Nous pouvons prendre comme exemple d'une transaction immobilière courante aux États-Unis l'achat et la vente d'une maison individuelle. Les participants à cette transaction sont généralement le vendeur de la propriété, l'acheteur, et une banque ou une institution financière qui prêtera de l'argent à l'acheteur pour effectuer l'achat, ce prêt étant garanti par une hypothèque sur la propriété achetée.

Dans le modèle classique du droit commun, chacune de ces parties à la transaction aurait la possibilité d'avoir son propre avocat pour la conseiller et participer à la documentation de la transaction. Les avocats respectifs conseilleraient leurs clients et les représenteraient dans les négociations entre eux.

Une fois qu'un « accord » a été conclu, les avocats collaboreraient pour rédiger les documents nécessaires à la finalisation du transfert et à l'établissement du prêt et de l'hypothèque. Un avocat préparerait un projet d'acte, par exemple, et le soumettrait aux parties opposées, qui feraient ensuite des commentaires et suggéreraient des révisions, lesquelles seraient négociées jusqu'à ce qu'un projet final, satisfaisant toutes les parties, soit convenu. Ce projet final serait ensuite signé par les parties. Il n'y a aucune exigence pour que les documents soient signés en présence d'un fonctionnaire ou que ce dernier ait une quelconque implication dans leur préparation.

Systèmes de titre foncier aux États-Unis

Les différents États des États-Unis disposent de systèmes très archaïques pour déterminer le titre de propriété des biens immobiliers. Aucun État n'a mis en place un système complet permettant l'enregistrement de la propriété immobilière comme c'est le cas dans la plupart des pays européens et du Nouveau Monde. Dès les années 1890, des efforts ont été faits pour établir un tel système dans plusieurs États, mais en fin de compte, ces efforts ont échoué. Dans quelques États, notamment le Massachusetts, il est possible d'enregistrer la propriété d'un terrain, mais ce processus est coûteux et seulement environ 10 % des terres sont enregistrées.

En l'absence d'enregistrement, les actes et les hypothèques affectant le titre des biens immobiliers sont simplement enregistrés séquentiellement dans un registre public et indexés de manière à ce que les gens puissent les retrouver, généralement sous les noms des parties. Lorsqu'on souhaite déterminer la propriété d'un bien immobilier, on consulte ces registres, de nos jours électroniquement, et on cherche sous le nom de la partie revendiquant la propriété. Si l'examineur trouve un instrument enregistré transférant la parcelle décrite à cette personne par un propriétaire précédent, l'examineur recherche dans les indices sous le nom du propriétaire précédent pour vérifier s'il existe un instrument enregistré transférant la parcelle décrite à cette personne. Et ainsi de suite, remontant dans le temps jusqu'à ce que l'examineur trouve des enregistrements montrant que des personnes ont transféré cette parcelle comme si elles en étaient propriétaires pendant une certaine période. Dans la plupart des États, cette période est de 60 ans, à condition qu'aucun des instruments enregistrés dans la « chaîne » de titre ne présente d'irrégularité ou n'indique un intérêt en suspens.

Après cet examen, l'examineur de titre remet au potentiel acheteur ou créancier hypothécaire un « rapport de titre » indiquant que la chaîne de titre est intacte et qu'il est probable que le propriétaire détient un titre valable.

Cela ne garantit que l'exactitude de la recherche, et non une garantie réelle du titre. Il peut exister un intérêt en suspens non enregistré qui pourrait affecter le titre. Mais cela a été suffisant aux États-Unis pendant longtemps.

Avantages de ce modèle

Le modèle américain de transfert de propriété direct par les parties avec leurs avocats présente certains avantages dans la culture juridique des États-Unis. Tout d'abord, chaque partie peut obtenir des conseils d'un professionnel du droit responsable uniquement envers cette partie. Cela peut permettre de traiter des questions juridiques qui pourraient autrement être négligées. Deuxièmement, si une partie n'a pas besoin de conseils juridiques professionnels, ou si les circonstances de la transaction (comme une transmission familiale, par exemple) indiquent que de tels conseils ne sont pas nécessaires, la partie n'a pas à payer pour une aide professionnelle. L'autonomie des parties individuelles est maximisée.

De même, le système d'enregistrement obsolète des actes de propriété américain présente l'avantage d'être relativement peu coûteux à maintenir. Et dans la plupart des cas, lorsque la question du titre n'est pas réellement contestée, il fournit des résultats satisfaisants.

Inconvénients de ce modèle

Le modèle américain des transactions immobilières présente certains inconvénients qui, en un sens, reflètent ses avantages. Tout d'abord, si toutes les parties doivent être sur un pied d'égalité en ce qui concerne les conseils et la représentation, chaque partie doit engager son propre avocat. Cela peut entraîner un chevauchement et une duplication des ressources juridiques. L'intérêt de l'acheteur et de la banque en tant qu'hypothécaire est en partie le même et en partie différent. Le fait pour chacun d'eux de devoir payer son propre avocat peut être coûteux.

D'autre part, comme indiqué ci-dessus, si une partie renonce à son propre avocat, elle ne peut pas compter sur les avocats des autres parties pour protéger ses intérêts, ni même pour l'informer des pièges possibles dans la transaction. Ainsi, si l'acheteur d'une maison compte sur l'avocat de la banque (qu'il doit généralement payer pour obtenir le prêt hypothécaire) dans une transaction d'achat de maison, il ne peut pas s'attendre à ce que cet avocat défende ses intérêts, surtout s'ils sont en contradiction avec les intérêts apparents de la banque.

Relation des rôles des avocats transactionnels avec le contentieux civil du droit commun

Les rôles partisans des avocats américains dans le droit transactionnel sont quelque peu parallèles à ceux des parties et de leurs avocats dans le contentieux civil. Le système contradictoire du contentieux civil met en avant le travail des parties et des avocats qui s'opposent dans la présentation de l'affaire, contrairement au travail du juge qui apprend et décide de l'affaire. Ainsi, non seulement l'identification des preuves, mais aussi leur présentation complète relève des avocats des parties. Cela signifie que le résultat d'un contentieux aux États-Unis peut dépendre en grande partie de la compétence et de l'habileté des avocats des parties. Une partie disposant de ressources solides et d'un avocat compétent et énergique a parfois plus de chances qu'une partie avec un avocat indifférent ou lent. La théorie est que les meilleurs résultats en termes de révélation de la vérité résulteront du choc des points de vue partisans opposés, et que le décideur devrait interférer le moins possible dans la présentation des parties.

Récemment, un mouvement vers une plus grande intervention des neutres dans les transactions immobilières a vu le jour

De nombreuses transactions immobilières, en particulier les achats de maisons et les financements, sont désormais traitées par des « sociétés de titres » neutres. Les parties individuelles n'ont pas leur propre représentation légale. Les sociétés de titres, des entreprises de services professionnels, s'occupent de toute la paperasse, de la recherche de titre, de la documentation et de l'enregistrement au cours d'un achat, d'une vente et d'un financement immobilier plus ou moins normaux. Les sociétés de titres sont rémunérées par des frais pour leurs services d'examen du titre, de rédaction des instruments, de gestion de la signature des documents et de l'enregistrement des instruments de transfert, ainsi que par des commissions généreuses sur la vente d'une assurance titre. Plus de détails à ce sujet ci-dessous.

On peut dire que le remplacement du modèle classique de l'avocat de partie par le modèle de la société de titres neutre et habilitée suit les développements dans le contentieux civil, où la médiation détermine désormais la majorité des affaires civiles. Si le temps le permet, ce dernier sujet pourra être abordé un peu plus bas.

Formes traditionnelles de financement immobilier résidentiel

Pendant longtemps, la forme de transaction immobilière la plus courante aux États-Unis a été l'achat et la vente d'une maison individuelle ou d'une petite maison multifamiliale. Ces achats étaient généralement financés par des banques locales et des associations d'épargne et de crédit utilisant les fonds déposés ainsi que des prêts d'agences fédérales de prêts ou d'autres banques. Ces banques locales s'appuyaient sur les avis juridiques sur les titres de propriété et la documentation transactionnelle des avocats locaux, souvent situés à la fois dans la localité de la banque et dans celle de la propriété concernée. Les hypothèques étaient généralement conservées par la banque qui les avait originées.

Les pratiques liées à la clôture des transactions immobilières étaient quelque peu localisées. Souvent, l'avocat de la banque était le seul avocat impliqué. Bien que ces arrangements n'aient pas été adversariaux, il ne faut pas penser que les autres parties, le vendeur et l'acheteur, étaient sous l'illusion que l'avocat de la banque les représentait ou prenait particulièrement en compte leurs intérêts. Ainsi, bien que l'avocat de la banque rédigeait souvent l'acte à signer par le vendeur, et qu'il facturait même le vendeur pour cela, il était généralement évident que l'avocat de la banque agissait en tant que conseiller de la banque. Dans ce contexte, l'acheteur était souvent sans représentation juridique, bien que l'acheteur payait généralement pour la recherche de titre et pour les autres frais de l'avocat de la banque. Dans les zones rurales, du moins, un sens de responsabilité locale tendait à empêcher l'avocat de la banque de profiter de sa connaissance particulière pour causer un préjudice grave à l'acheteur.

Changements basés sur le marché secondaire des hypothèques immobilières

À partir des dernières années du 20^e siècle et jusqu'à la crise financière de 2008, les banques américaines ont cherché à tirer parti de leurs activités de prêts immobiliers en émettant des prêts hypothécaires, puis en vendant ces prêts garantis pour les regrouper dans des fonds de créances hypothécaires titrisées. Cela offrait aux banques de la liquidité pour émettre davantage de prêts et leur permettait d'accéder à divers frais liés à l'émission de prêts, ainsi qu'à la valeur de l'accord sur le taux d'intérêt que la banque avait conclu avec l'emprunteur pour le prêt global. Ce marché des hypothèques était un marché national, ce qui nécessitait une certaine uniformité des hypothèques vendues

en termes de forme et de qualité des garanties. Les normes locales de titre et les avis des avocats locaux sur la qualité du titre du créancier hypothécaire ne suffisaient pas. En l'absence d'un système de titre fiable et uniforme, les entreprises financières qui syndiquaient et titrisaient les hypothèques résidentielles avaient besoin de quelque chose pour les protéger contre les défaillances ou les charges imprévues sur le titre de la garantie.

C'est là qu'intervient l'assurance titre. Les compagnies d'assurance étaient prêtes à émettre des polices garantissant la qualité du titre d'une parcelle de terrain donnée et à indemniser les dommages causés par l'échec du titre. Cela offrait une protection idéale et uniforme pour les créanciers hypothécaires contre les risques liés à l'intégrité de leur garantie, risques qui n'étaient pas couverts par le simple système d'enregistrement des titres. Si un problème de titre causait des dommages au créancier hypothécaire, la police d'assurance titre permettait de réparer financièrement ce dommage.

L'assurance titre s'est avérée extrêmement lucrative pour les entreprises émettrices de polices. Dans la plupart des États, le ratio de pertes sur les assurances titres est d'environ 3 % des primes collectées. Bien que le système simple d'enregistrement des actes aux États-Unis ne soit en aucun cas aussi fiable que le système d'enregistrement des titres dans de nombreux autres pays, la plupart des titres de propriété pour les résidences ordinaires et les propriétés commerciales sont valides.

La rentabilité de l'assurance titre s'explique en partie par le fait que l'assurance titre est généralement émise sur un marché captif, par opposition à un marché libre. L'emprunteur hypothécaire se voit simplement dire qu'il doit avoir une assurance titre pour protéger le créancier hypothécaire et qu'il peut l'obtenir auprès d'une compagnie désignée par la banque ou la société de titres en charge de la clôture du prêt. Bien que l'assurance titre soit fréquemment la plus grande dépense unique lors de la clôture d'un prêt hypothécaire résidentiel, elle représente généralement un petit pourcentage du prêt hypothécaire et est supportable dans les circonstances.

Il convient de noter que l'assurance titre ne protège que contre les pertes financières dues à un échec du titre. Elle ne garantit pas le titre de la propriété d'aucune manière. Ainsi, si le titre échoue complètement, l'assurance remboursera les pertes financières engagées, mais le propriétaire/emprunteur ne récupérera pas la propriété de la terre.

Les gros bénéfices générés par l'assurance titre et le fait que le marché de cette assurance ne soit pas un marché libre, mais plutôt contrôlé par les avocats et

les sociétés de titres qui effectuent les transactions de prêts hypothécaires immobiliers, ont conduit à une sorte de "compétition inversée" entre les compagnies d'assurance pour inciter ces sociétés de titres et avocats à placer leur assurance titre auprès d'elles. Les taux de commission sont fixés au niveau le plus élevé permis par la loi de l'État où la société de titres opère — dans certains États, ces commissions peuvent atteindre 70 à 80 % des primes payées. Bien que cette forme de rémunération supplémentaire soit connue de certains clients, la plupart des acheteurs immobiliers paient leurs primes d'assurance titre dans une ignorance totale du fait qu' jusqu'à 80 % de cette prime est reversée à la société de titres ou à l'avocat qui gère la clôture.

L'accès au marché secondaire a considérablement augmenté l'activité hypothécaire

À mesure que les taux d'intérêt des prêts hypothécaires diminuaient à travers les États-Unis, l'activité a augmenté et les propriétaires ont refinancé leurs hypothèques encore et encore pour profiter des taux plus bas ou des promotions spéciales proposées par les fournisseurs de prêts hypothécaires. Bien que de nombreuses banques aient continué à émettre des prêts hypothécaires résidentiels, des "sociétés hypothécaires" non bancaires ont également vu le jour. Ces entités émettaient des prêts hypothécaires résidentiels qu'elles vendaient ensuite à des sociétés de services financiers qui "regroupaient" les prêts hypothécaires et les vendaient sur le marché secondaire sous forme de titres adossés à des créances hypothécaires à des investisseurs de tous types. Les pratiques des sociétés hypothécaires largement non réglementées, consistant à accorder des prêts hypothécaires à des emprunteurs non qualifiés, et les pratiques des regroupateurs de prêts hypothécaires consistant à "améliorer" les portefeuilles de prêts marginaux ont contribué de manière significative à ce qu'on a appelé la Grande Récession de 2008.

Pour faire face à l'augmentation du volume des activités hypothécaires, les avocats ont fondé des « sociétés de titres ». Traditionnellement, les transactions d'achat et de vente immobilières étaient « clôturées », c'est-à-dire complétées et documentées, par l'avocat de l'une des parties, dans son bureau ou dans celui de la banque. L'augmentation du volume des transactions et l'émergence des prêteurs hypothécaires non bancaires ont conduit à la création des « sociétés de titres ». L'activité des sociétés de titres consiste à finaliser les transactions immobilières et à vendre des assurances de titre.

Actuellement, les parties à un contrat de vente et d'achat d'une maison négocié par un courtier ne se rendent plus chez l'avocat de l'une des parties, ni

même chez l'avocat de la banque pour finaliser le transfert de titre et l'enregistrement des documents. Maintenant, elles se rendent probablement chez une société de titres, souvent recommandée par le courtier immobilier, qui s'occupera de la documentation du transfert et de l'hypothèque, le cas échéant, et délivrera également une police d'assurance de titre. La clôture finale, au cours de laquelle les documents sont signés et l'argent est versé, se déroulera au bureau de la société de titres. La société de titres enverra les instruments signés au registre des actes pour enregistrement.

Comment les sociétés de titres sont-elles rémunérées pour leurs services ? En général, elles perçoivent des « frais de clôture » relativement modestes de la part de l'une ou l'autre des parties. Une source plus importante de leur rémunération provient des commissions généreuses sur l'assurance de titre souscrite.

Les sociétés de titres en tant que neutres de facto

Les sociétés de titres gèrent une transaction de transfert immobilier et d'hypothèque pour toutes les parties. Du moins en théorie, elles devraient être neutres dans leurs relations avec toutes les parties. Elles n'ont aucune obligation légale de conseiller une partie en particulier et ne donnent généralement aucun conseil.

À l'origine, les sociétés de titres étaient détenues par des avocats et comptaient généralement au moins un avocat parmi leur personnel. La rédaction des instruments juridiques et la recherche des titres fonciers étaient considérées comme la pratique du droit, réservée dans la plupart des États aux avocats agréés. Plus récemment, cette exigence a été assouplie. Les sociétés de titres peuvent être détenues par n'importe qui. Elles sont généralement composées de paraprofessionnels, et non de juristes pleinement formés. Parfois, elles sont affiliées de manière informelle à des entreprises d'origine hypothécaire.

En ce qui concerne la plupart des ventes de terrains résidentielles ordinaires et des transactions financières, le rôle de l'avocat de la partie, travaillant en collaboration avec l'avocat de la partie adverse, a été repris par une société de titres neutre qui s'occupe de tout elle-même.

Peu ou pas de réglementation des sociétés de titres

Bien que les sociétés de titres effectuent des tâches qui étaient auparavant (et sont toujours) réalisées par des avocats, dans la plupart des États, les sociétés de titres ne sont pas régulées en termes de qualifications des emplo-

yés, de qualité ou même du coût de leurs services. Cependant, il n'y a pas de consensus général sur les obligations juridiques qu'une société de titres doit envers ses clients.

Par exemple, il n'est pas clair si une société de titres doit informer un acheteur de problèmes juridiques concernant la transaction ou le titre de propriété. Une société de titres doit-elle conseiller l'acheteur sur d'éventuels problèmes avec le titre de propriété qui ne nuiraient pas à la couverture par l'assurance de titre ? En général, le vendeur est payé et n'a pas besoin de conseils. Cependant, l'acheteur et la banque qui finance l'achat vivront sur la propriété et pourraient être affectés par un défaut de titre, une restriction gouvernementale sur l'utilisation ou une revendication latente défavorable. Si ces problèmes affectent la volonté d'une compagnie d'assurance de titre d'émettre une police, ils doivent être soulevés et traités. Cependant, si l'assureur accepte de « couvrir » le défaut, la société de titres doit-elle divulguer ce défaut ?

Dans certains États, les compagnies d'assurance de titre étaient prêtes à émettre des polices sans exiger un examen complet du titre de la propriété assurée. Pour elles, le risque de défaut était considéré comme suffisamment faible pour que la probabilité accrue d'un risque couvert soit inférieure au coût de l'examen. Le problème était que l'assurance de titre ne garantit pas le titre de la propriété. Elle rembourse simplement les pertes monétaires causées par une défaillance du titre de la propriété. L'absence d'examen du titre mettait ainsi en péril la propriété réelle du terrain par le propriétaire, et non seulement l'argent de la compagnie d'assurance. Maintenant, les compagnies d'assurance de titre sont tenues d'examiner le titre de la propriété lorsqu'elles émettent une police.

Réglementation suite

Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de réglementation des transactions immobilières aux États-Unis. De nombreux aspects des transactions immobilières sont régulés par la législation des États, par la législation fédérale, ou par les deux. Dans la plupart des cas, il s'agit de divulgations obligatoires. L'idée est que si les faits sont divulgués à l'acheteur, au débiteur hypothécaire ou à toute autre partie concernée, cette partie peut agir pour se protéger dans les circonstances.

Les réglementations typiques relatives aux transactions immobilières incluent des divulgations obligatoires de la part du vendeur concernant l'état de la propriété, la présence potentielle de pétrole, d'amiante ou d'autres contaminants. Les prêteurs sont tenus de faire des divulgations complètes concernant les

conditions de l'endettement et toute hypothèque pour garantir cet endettement. Les courtiers immobiliers doivent divulguer tous les éléments importants de leur relation avec le client dans un contrat écrit. Ces réglementations exigent souvent la production de formulaires papier détaillés qui doivent être préparés, examinés et signés dans le cadre des clôtures immobilières.

En effet, les primes et commissions pour la vente d'assurances de titre sont également soumises à la réglementation de l'autorité de régulation des assurances de chaque État. Cette réglementation n'a pas empêché que les primes soient fixées à un niveau permettant à la société de titres ou à l'avocat de percevoir une commission de vente de l'ordre de 70 à 80 % de la prime.

Bilan - Les sociétés de titres en tant que neutres

Actuellement, dans la plupart des États-Unis, voire dans tous, le domaine de la transmission et de l'aliénation de biens immobiliers résidentiels est dominé par les sociétés de titres. Le modèle classique, avec des avocats représentant les deux parties et travaillant de manière collaborative pour finaliser la transaction, fonctionne encore dans les transactions commerciales et institutionnelles plus importantes. Cependant, en termes de nombre de transactions, le modèle des sociétés de titres prédomine clairement.

Les sociétés de titres possèdent souvent une expertise pratique dans les transactions immobilières et les divers formulaires et règlements qui doivent être remplis lors d'une clôture immobilière résidentielle. Les grandes sociétés de titres conservent leurs propres fichiers de cessions qu'elles peuvent consulter pour les transmissions répétées de la même propriété au fil du temps. Elles sont relativement efficaces pour effectuer des clôtures simples de biens immobiliers résidentiels.

D'autre part, les parties prenantes d'une transaction impliquant une société de titres ne savent pas si elles peuvent compter sur ces sociétés pour défendre leurs intérêts particuliers. L'intérêt de la société de titres est de conclure la transaction et d'émettre la police d'assurance de titre. Tout ce qui pourrait compromettre une clôture n'est pas dans l'intérêt de la société de titres.

Enfin, il est clair que l'exploitation des sociétés de titres, et la dépendance aux instruments enregistrés et à l'assurance de titre plutôt qu'à l'enregistrement foncier positif, peut être une activité très lucrative. Cela peut se faire au détriment des parties les plus faibles dans la transaction, notamment les acheteurs et les débiteurs hypothécaires.

Résolution des litiges de transaction

Parfois, au cours d'une transaction immobilière, des malentendus ou même des litiges peuvent surgir entre les parties qui n'étaient pas évidents auparavant. Dans le cas des transactions immobilières non résidentielles menées par des avocats, la seule option est la négociation entre les parties. Il n'y a pas de médiateur en place pour guider ou faciliter ces discussions. Si la négociation réussit, les avocats peuvent réviser la documentation pour résoudre le litige. Si la négociation échoue, la transaction peut « échouer » ou entrer en contentieux.

Le système judiciaire américain a connu une forte croissance des rôles des médiateurs neutres pour amener les parties en conflit à trouver des solutions de compromis à leurs différends. Actuellement, la plupart des affaires civiles sont résolues avant le procès, généralement avec l'aide de médiateurs. Dans la plupart des États, la médiation est obligatoire avant qu'une affaire civile ne soit fixée pour un procès. Ce développement a permis d'importantes économies en termes de coûts et de temps de résolution des conflits.

Comme mentionné précédemment, les transactions immobilières résidentielles aux États-Unis sont généralement complétées avec l'aide des sociétés de titres. Ces agences jouent-elles le rôle de médiateurs pour aider à la résolution des différends qui peuvent surgir au cours de la finalisation de la transaction ? La réponse est « non ». Le personnel des sociétés de titres n'est pas formé pour jouer le rôle de médiateur. Un agent de clôture d'une société de titres peut distribuer des formulaires et s'assurer qu'ils sont correctement remplis et signés, mais il lui manque la stature nécessaire pour exercer une influence médiative. Le résultat est que si un différend survient et que les parties ne parviennent pas à le résoudre elles-mêmes, la transaction échouera ou un contentieux suivra.

L'état actuel des transactions immobilières aux États-Unis

Les transactions immobilières commerciales aux États-Unis continuent de suivre le modèle classique, avec des parties individuelles conseillées et représentées par leurs propres avocats, négociant et collaborant sur la documentation. Les transactions immobilières résidentielles sont devenues en grande partie l'apanage des sociétés de titres qui sont, du moins en théorie, neutres. Cette utilisation des neutres permet de réaliser des économies de ressources par rapport au modèle classique dans lequel au moins deux avocats sont impliqués. Cependant, le rôle et les responsabilités précis de la société de titres vis-à-vis des différentes parties ne sont pas bien définis.

La faiblesse des systèmes d'enregistrement des actes dans les différents États et la nécessité d'une forme unique de protection des créanciers hypothécaires contre les défauts de titre ont conduit à l'utilisation de l'assurance de titre coûteuse dans pratiquement toutes les transactions immobilières aux États-Unis, qu'elles soient commerciales ou résidentielles. Cette situation affecte négativement le coût des transferts de titres aux États-Unis par rapport aux coûts dans des pays disposant de meilleurs systèmes d'enregistrement foncier.

Comment tout cela se compare-t-il à la manière dont les transactions immobilières sont menées par des notaires dans les juridictions de droit civil ? Cela sera abordé un peu plus tard après avoir entendu le professeur Dr. Stuermer.





PROF. DR. DRES. H.C. ROLF STÜRNER

UNIVERSITÉ DE FRIBOURG, ALLEMAGNE



Le Prof. Dr. Rolf Stürner de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg a reçu le Prix d'État de la recherche pour ses recherches fondamentales dans le développement de nouveaux principes procéduraux internationaux.

LA VALEUR AJOUTÉE DE L'INTERVENTION NOTARIALE

Observations comparatives

1. Justice préventive et réparatrice

Toutes les cultures juridiques modernes sont composées d'un mélange d'institutions juridiques destinées à permettre aux citoyens lésés par des violations ou des infractions à l'ordre juridique de demander réparation (institutions de justice réparatrice), et d'institutions juridiques conçues pour prévenir ces violations avant qu'elles ne surviennent (institutions de justice préventive).

De nombreuses formes de régulation peuvent être considérées comme des institutions de droit préventif. Par exemple, l'exigence que les avocats soient agréés et possèdent des qualifications minimales en matière de caractère et d'éducation vise à prévenir les préjudices qui résulteraient de l'intervention de personnes non qualifiées ou malhonnêtes tentant de conseiller et de représenter leurs concitoyens dans des affaires juridiques.

En revanche, des institutions juridiques telles que les procédures judiciaires et arbitrales ou les processus de médiation concernant des litiges juridiques existants permettant aux parties lésées par des violations légales de demander réparation monétaire peuvent être considérées comme des institutions de justice réparatrice.

2. Équilibrer les éléments de justice réparatrice et préventive

La composition précise du mélange d'institutions juridiques préventives et réparatrices varie en fonction des problèmes à traiter et des valeurs de la culture juridique. Cependant, parfois, les mesures préventives conçues pour prévenir les préjudices peuvent également restreindre indûment la liberté des citoyens concernés de faire ce qui n'est pas nuisible, ou peuvent rendre ces actions indûment coûteuses. Lorsqu'ils déterminent si un risque particulier de préjudice peut être efficacement abordé par des mesures de justice préventive, les législateurs doivent équilibrer l'efficacité de la mesure pour prévenir le préjudice avec le coût de la mesure, tant en termes de coûts de transaction accrus que de restrictions sur la liberté d'action.

3. La valeur de la certitude et de la prévisibilité dans la tradition continentale

Les cultures juridiques continentales, en particulier l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse, l'Espagne ainsi que certains pays d'Europe de l'Est et même des pays ibéro-américains, accordent une grande importance à la certitude et à la prévisibilité ainsi qu'à l'évitement des litiges et des disputes inutiles.

Le concept de justice préventive pourrait être intégré dans la conception et le fonctionnement de nombreuses institutions juridiques. Parmi celles-ci figurent les registres publics tels que les registres fonciers et les registres commerciaux, qui sont conçus pour fournir un haut degré de certitude en matière de titre foncier et, en partie, également en ce qui concerne la capacité juridique des sociétés. Les citoyens peuvent se fier à la régularité de ces registres dans les transactions juridiques les plus importantes, bien que la portée et le degré de leur fiabilité varient en ce que la protection de la priorité est beaucoup plus courante que toute garantie de l'existence juridique des droits et des capacités juridiques documentés en tant que tels.

Bien que les transactions en droit immobilier et en droit des sociétés soient généralement considérées comme des transactions de « droit privé », il existe un intérêt public important à veiller à ce qu'elles soient exécutées de manière

équitable, appropriée et compétente. Il en va de même pour les testaments ou les contrats de mariage en ce qui concerne les terrains ou d'autres actifs précieux. Les questions immobilières concernent la répartition de la surface terrestre sur laquelle chacun vit. La création d'entités artificielles à vie perpétuelle, capables de détenir des biens et de fonctionner à bien des égards comme des personnes physiques, affecte également les tiers et le public en général de manière très directe.

C'est cette combinaison de protection simultanée des intérêts privés et publics qui a contribué de manière essentielle à la survie du notariat lors des périodes révolutionnaires en Europe, où de nombreuses institutions traditionnelles des époques pré-révolutionnaires ont été démantelées. Par exemple, le parlement révolutionnaire français considérait qu'il était une évidence que « la société a besoin de personnes qui certifient les contrats, des fonctionnaires qui confirment leur véracité... et leur impriment ce caractère d'authenticité sans lequel le droit ne peut les reconnaître... et que l'intérêt commun exige en outre que des hommes bien expérimentés soient disponibles pour éclairer leurs concitoyens et les préserver de ces erreurs catastrophiques qui détruisent le bien-être et le bonheur individuels et attaquent ainsi l'ordre et le bien-être publics ». L'argument selon lequel il n'était pas nécessaire d'avoir des notaires en plus des avocats qui pouvaient s'occuper des intérêts privés des citoyens n'a pas trouvé l'accord de cette assemblée. Sa compréhension de l'ordre public et du bien-être ne reposait pas sur la conviction que la liberté individuelle pour la recherche du bonheur personnel seul pourrait garantir l'ordre public et le bien-être. L'idée était que les êtres humains vivant ensemble dans la liberté et la richesse ont besoin de compromis raisonnables et bien réfléchis sous l'État de droit, non seulement pour résoudre les différends juridiques existants, mais aussi avant qu'ils ne surviennent. L'idée serait de les résoudre par des formes de médiation basées sur les droits, réalisées par des professionnels juridiques indépendants dotés d'une sorte d'autorité publique douce, permettant ainsi aux citoyens de respecter la nécessité d'accords juridiquement équilibrés dans leur vie quotidienne.

4. Le notaire comme tiers neutre ou, en droit anglo-saxon, un « avocat pour la situation »

Le rôle attribué aux notaires en tant que médiateurs basés sur les droits montre clairement que les notaires appelés à authentifier une transaction ne doivent pas représenter un client de la manière dont un avocat le ferait.

Le devoir du notaire n'est pas dirigé vers un participant quelconque à la transaction, il s'étend plutôt à tous les participants. La responsabilité du notaire est

de s'assurer qu'une transaction est effectuée légalement selon la volonté et la compréhension éclairées de tous les participants. La neutralité et l'indépendance devraient être des éléments vitaux du rôle et de la fonction du notaire. Les notaires ne devraient pas être autorisés à agir comme des courtiers ou des intermédiaires financiers pour les transactions qu'ils authentifient. Ils ne devraient également pas être autorisés à former des partenariats ou des associations avec d'autres types de praticiens professionnels tels que des comptables, des conseillers fiscaux ou même des avocats sans prendre de garanties spéciales dans l'intérêt de leur neutralité.

5. Quelques caractéristiques importantes d'une profession notariale qui répond aux exigences de valeur ajoutée

5.1. La signification de l'authentification notariale

Le rôle du notaire en droit civil devrait être conceptuellement associé au « document authentique », à la transaction ou à l'acte juridique. En droit civil, le concept d'« authenticité » va au-delà de la notion de véracité physique d'un document ou d'un acte juridique particulier, où cela s'arrête fréquemment aux États-Unis et dans d'autres pays de common law.

Les documents authentiques en droit civil ont la valeur probante des documents publics et sont considérés comme des instruments exécutoires, notamment pour les créances monétaires résultant de contrats authentifiés. Les notaires ne devraient donc pas être autorisés à authentifier des contrats ou d'autres instruments juridiques contenant des clauses ou des termes injustes, jugés nuls ou inefficaces selon la jurisprudence des juridictions suprêmes. En particulier dans les cultures juridiques où les tribunaux exercent une forme de supervision sur la conformité des termes contractuels, l'authentification par notaire devrait contribuer à une transposition rapide et fiable de cette jurisprudence dans les formes utilisées par les praticiens. En cas de doute, les notaires devraient clarifier l'état de la discussion juridique et consigner leurs instructions des parties dans le document authentique si les parties insistent sur l'authentification.

5.2. Obligation légale d'exercer leurs fonctions

Les notaires doivent être légalement tenus d'exercer leurs fonctions officielles selon un principe d'« ordre de taxi », et ne peuvent refuser d'authentifier des documents, actes ou transactions que la loi exige en forme authentique uniquement pour des raisons économiques ou de préférence personnelle.

5.3. Une structure tarifaire équilibrée et légalement déterminée

Une caractéristique importante de cette compréhension du notariat comme institution de justice préventive est la réglementation légale des honoraires. Les honoraires des notaires devraient être régis par une liste ou un barème légalement déterminé. En général, les honoraires ne devraient pas être librement négociés entre les parties et le notaire. Cela ne signifie pas que les législateurs ne peuvent pas prévoir une marge permettant au notaire de déterminer le montant exact en fonction des circonstances du cas et, en particulier, en fonction de la charge de travail générée. La conception des dispositions relatives aux coûts ne devrait pas conduire à des négociations indues, ouvertes ou dissimulées, sur des concessions du notaire concernant le contenu des documents authentiques. Le droit ne devrait pas être traité comme un commerce, bien que le célèbre juge de la Cour suprême Blackmun ait un jour soutenu que « la croyance selon laquelle les avocats sont en quelque sorte ‘au-dessus’ du commerce est devenue un anachronisme », ouvrant ainsi une nouvelle ère d’une compréhension plus économisée des professions juridiques.

5.4. Le notariat en tant que profession juridique aux attributs publics et privés

Le statut et le rôle d’un notaire dans les systèmes de droit civil sont considérés comme relevant à la fois d’un caractère officiel et professionnel. En conséquence, une sorte de concurrence modérée devrait caractériser la coexistence professionnelle des notaires, les motivant à un service public satisfaisant les souhaits et les besoins des citoyens.

5.5. Les notaires en tant que consultants ou avocats ?

Dans certains systèmes de droit civil, les notaires sont reconnus comme des spécialistes dans les branches du droit dans lesquelles ils interviennent pour créer des documents et des transactions authentiques. Les parties bien informées consultent parfois ces notaires pour des transactions particulièrement complexes. Les notaires peuvent alors être consultés pour des conseils juridiques sans être nécessairement sollicités pour créer des documents ou authentifier des transactions spécifiques.

Les notaires jouissant d’une grande réputation pour leur expertise spécialisée peuvent générer des revenus significatifs grâce à ces consultations, dont les honoraires ne sont pas réglementés de la même manière que ceux liés à l’authentification des transactions.

Ce second domaine d’activités notariales, qui a une longue tradition incontestée, pourrait être considéré comme un premier pas vers un mélange de fonctions notariales et d’avocat. En effet, certains pays de droit civil, comme

l'Allemagne dans certains de ses États (« Länder »), permettent aux avocats de servir en tant que notaires et de s'associer au sein de cabinets ou d'autres types de firmes juridiques.

Cependant, il faut considérer que, dans l'intérêt de l'impartialité et de la neutralité, une séparation claire des rôles est une exigence indispensable de la fonction notariale, et que des règles d'incompatibilité et de transparence devraient protéger les participants aux procédures d'authentification contre les mauvaises surprises, ainsi que la profession notariale contre une perte de confiance publique dans leur neutralité et leur indépendance.

6. Le notariat civil moderne et l'Union Européenne

6.1 L'état du notariat au début des Communautés européennes

Selon l'exemple modernisé français, dans la plupart des cultures juridiques continentales, le notariat a évolué en une profession libérale faisant partie de la juridiction gracieuse avec des caractéristiques organisationnelles spécifiques. Inévitablement, des différences et des variations nationales se sont développées au fil des siècles.

Ainsi, l'idée d'un système plus ou moins uniforme de juridiction gracieuse ou d'un système notarial uniforme au sein des Communautés européennes puis de l'Union européenne serait trompeuse et ne refléterait pas la réalité.

6.2. L'Union européenne et les professions libérales traditionnelles

L'Union européenne et ses prédécesseurs, les Communautés européennes, ont été à l'origine principalement des tentatives d'établir un marché européen commun basé sur des libertés de marché telles que la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux entre tous les États membres. La théorie sous-jacente de la structure originale de l'Union européenne reposait sur l'idée d'une société de marché concurrentielle, où les libertés individuelles du marché pour maximiser les profits constituaient la clé du progrès technique, économique et social. Selon cette conception de la société humaine, dans de nombreux domaines de la vie économique et sociale, l'intervention législative devait être l'exception, nécessitant une justification stricte fondée sur des considérations urgentes d'intérêt public. Une vague de dérégulation a commencé à transformer les professions libérales, et en particulier les professions juridiques, en entrepreneurs orientés vers le marché, exerçant leurs activités à l'échelle européenne voire mondiale, au sein de cabinets ou méga-cabinets, libres d'une grande partie des anciennes réglementations.

Le notariat, en tant que profession libérale avec un réseau dense de réglementations, a de plus en plus attiré l'attention de la Commission européenne et de ses intentions de dérégulation.

6.3. La conception originale de la Commission européenne concernant le notariat

En 2007, la Commission européenne a formulé une déclaration sur les limitations de la concurrence, exprimant une position fondamentale remarquablement agressive : « *La Commission n'accepte pas... l'affirmation selon laquelle les activités notariales constituent l'exercice d'une autorité publique... La Commission considère que les activités notariales relèvent des articles économiques du traité CE, y compris les règles de concurrence et de marché intérieur de la CE. Par conséquent, la profession notariale ne devrait pas être traitée différemment des autres professions.* »

6.4. La décision de la CJUE de 2011 sur les exigences de nationalité pour la fonction notariale

Par la suite, la Commission a déposé un recours auprès de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) contre l'Allemagne et d'autres États membres qui autorisaient uniquement leurs propres citoyens à postuler pour des charges notariales, en se basant sur l'idée que la fonction notariale relevait de l'exercice d'une autorité publique, échappant aux articles économiques des traités CE. La CJUE a déterminé que l'authentification notariale relevait, dans une certaine mesure, des articles économiques des traités CE. Cependant, elle a reconnu que l'intérêt public dans une administration adéquate de la justice préventive pouvait justifier des restrictions aux libertés de prestation de services et d'établissement dans l'UE. Ces restrictions pourraient inclure les procédures de nomination, la limitation du nombre de notaires et leur compétence territoriale, ainsi que les règles relatives à leur rémunération, leur indépendance, leur incompatibilité avec d'autres fonctions et leur protection contre la révocation.

6.5. Confirmation récente du monopole d'authentification des notaires par la CJUE

Plus récemment, en 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la décision d'un tribunal autrichien excluant les avocats étrangers de l'authentification des signatures sur des documents à soumettre au bureau du registre foncier pour un enregistrement. La Cour a jugé que le monopole des notaires pour l'authentification des documents en vue de l'enregistrement au registre foncier est justifié par l'intérêt public dans la fiabilité totale et absolue du registre foncier.

6.6. Doutes persistants et nécessité pour les notaires de rester vigilants dans la défense de leur position

Malgré cette situation apparemment en amélioration concernant le droit de l'Union européenne, les notariats européens n'ont aucune raison de se montrer complaisants.

Premièrement, les attaques juridiques passées de la Commission contre le notariat n'ont pas été sans effet dans certains pays importants de l'UE tels que les Pays-Bas, le Portugal, la Pologne, l'Italie et, enfin, la France. Tous ces pays ont pris soit des mesures majeures (Pays-Bas, Portugal, Pologne), soit des mesures mineures (Italie, France) en faveur de la dérégulation et d'un marché plus concurrentiel de l'« authentification », mettant ainsi progressivement en péril la conception d'une administration indépendante de la justice préventive.

La pratique française permettant des procédures d'authentification contradictoires, où chaque participant dispose de son propre conseiller notarial, déroge à l'idée d'un tiers neutre responsable de la légalité et de la conclusion consensuelle basée sur une médiation notariale transparente et fondée sur le droit en cas d'intérêts divergents concernant les détails du contenu d'un contrat. Cette voie pourrait s'avérer être une transition vers des négociations précontractuelles soutenues par des conseils juridiques spécialisés fournis par des avocats.

Deuxièmement, la Commission européenne a souvent mis l'accent sur une exécution simple et rapide des transactions de masse ou des transactions de routine grâce à l'utilisation de registres numérisés et de systèmes de communication électronique, ainsi qu'un accès direct au contenu des registres. Cela est souvent combiné à des propositions pour des transactions immobilières ou de droit des sociétés en mode « faites-le vous-même », avec l'aide de modèles, de formulaires et de simples formes d'intelligence artificielle contrôlante proposées par des fournisseurs ou des plateformes en ligne.

Troisièmement et enfin, la Commission européenne n'est pas la seule à avoir sous-estimé la fonction notariale dans le monde moderne. Les anciens rapports « Doing Business » de la Banque mondiale et les rapports de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont critiqué sévèrement les interventions notariales dans le libre marché des services juridiques.

Certaines de ces préoccupations pourraient désormais être examinées plus en détail par Peter Murray.





PROF. PETER L. MURRAY
COMMENTAIRES COMPARATIFS

Cette partie de notre présentation se concentrera sur les comparaisons entre les performances des systèmes notariaux et ceux de common law dans les transactions immobilières, ainsi que sur la voie à suivre pour maintenir un système notarial de haute qualité à Porto Rico face aux défis posés par les systèmes de marché libre aux États-Unis.

Quel modèle de transaction immobilière sert mieux le public ?

Le transfert de biens immobiliers et l'utilisation de biens immobiliers comme garantie d'endettement sont des transactions fondamentales en droit privé, essentielles dans tous les systèmes juridiques. Ces types de transactions sont courantes non seulement parmi les hommes d'affaires, mais elles sont également importantes pour de nombreux citoyens qui, au cours de leur vie, achètent ou vendent leur maison. Il est juste et approprié que tout système permettant ces transactions fasse l'objet d'une comparaison rigoureuse avec d'autres systèmes utilisés dans le monde moderne.

Les personnes qui achètent et vendent des biens immobiliers sont-elles mieux servies par un modèle basé sur les parties et les avocats, ou par un système de notaires publics, responsables envers toutes les parties, ayant des responsabilités publiques et soumis à une réglementation significative ?

Entre 2004 et 2010, le professeur Stuerner et moi avons entrepris certaines études sur les pratiques et les coûts des transactions immobilières dans diverses juridictions notariales européennes et dans les juridictions de common law des États-Unis et de la Grande-Bretagne. Les juridictions notariales européennes étudiées comprenaient l'Allemagne, la France et l'Estonie. La Suède, où les biens immobiliers sont transférés sans la participation ni d'avocats ni de notaires, a également été incluse dans l'étude. Les résultats de ces études ont été publiés dans le petit livre intitulé **The Civil Law Notary, Neutral Lawyer for the Situation**.

Notre enquête nous a également sensibilisés au fait que le rôle, la fonction et l'institution du notaire de droit civil ont été remis en question ces dernières

années sous l'impulsion de l'idéologie du marché libre venue des États-Unis. Au moment de notre étude, la fonction notariale était déjà mise en question au sein de l'Union européenne. Depuis, nous avons abordé cette problématique auprès de la Banque mondiale. Aujourd'hui, il semble que les défenseurs du marché libre pourraient remettre en question la valeur de l'implication notariale ici à Porto Rico.

Axes de comparaison de performance

Un critère important pour comparer les systèmes juridiques et les institutions légales est le coût que les participants doivent supporter pour leur fonctionnement. Un autre critère est la qualité des conseils et la certitude des résultats juridiques fournis par le système. Un troisième aspect à considérer est la capacité du système à fournir des services complets en relation avec la transaction, tels que l'obtention de consentements réglementaires et la libération des dettes antérieures.

Une question cruciale dans le contexte juridique actuel est de savoir comment un système notarial peut établir sa légitimité et sa valeur sur le plan politique, en particulier à la lumière de l'enthousiasme actuel pour les institutions et pratiques de marché libre. Comment les avocats-notaires de Porto Rico peuvent-ils structurer leur institution pour fournir les divers attributs de l'implication notariale dans le cadre de leurs professions d'avocats ?

Dans cette partie du programme, mon rôle sera de discuter des coûts comparatifs, de la qualité des conseils et de l'exhaustivité des services entre l'approche notariale et celle de la common law. Le professeur Stürner abordera la question de la viabilité politique des institutions notariales et comment le notariat portoricain peut être défendu contre les critiques du marché libre.

Coût – Quel système tend à produire des coûts plus faibles pour les participants ?

Comparer les coûts supportés par les participants dans les systèmes de common law et les systèmes notariaux est quelque peu complexe en raison de la manière différente dont les coûts sont imposés.

Dans le système de common law, les principaux moteurs de coûts sont :

1. Les honoraires des avocats, généralement basés sur un taux horaire ou par transaction.
2. Les frais des compagnies de titres dans les transactions immobilières résidentielles, également horaires ou par transaction.
3. Le coût de l'assurance-titres, exigée par les prêteurs et devenue habituelle

dans pratiquement toutes les transactions. Le coût de l'assurance-titres est partiellement basé sur la valeur de la propriété assurée.

Pour cette présentation, nous nous concentrerons sur des comparaisons avec le système notarial allemand, qui ressemble largement au système espagnol, bien connu de nombreux participants ici présents. Dans le système allemand, les notaires documentent toutes les transactions immobilières et sont rémunérés selon des honoraires fixes largement basés sur la valeur de la transaction. Les systèmes américains que nous examinons pour la comparaison sont ceux de New York, un grand État métropolitain, et du Maine, un petit État rural.

En général, nous avons constaté que les systèmes notariaux avec des honoraires réglementés basés sur la valeur des transactions ont tendance à être moins coûteux pour les participants que les systèmes de common law dans les transactions immobilières de petite ou moyenne taille.

Les coûts dans les transactions de common law ont tendance à varier en fonction du nombre et du type de parties ayant des avocats distincts et de l'achat ou non d'une assurance-titres. Comme indiqué précédemment, dans toutes les transactions immobilières résidentielles impliquant un prêteur, une assurance-titres sera exigée à un coût significatif pour l'acheteur/emprunteur.

Les systèmes notariaux, comme celui de l'Allemagne, avec un registre foncier fiable, impliquent généralement des honoraires réglementés basés sur la valeur de la transaction pour tous les services liés à celle-ci. Cela conduit à une prévisibilité des coûts de transaction et à un haut degré de certitude concernant le titre de la parcelle transférée.

Exemple: Achat et vente d'une maison pour un prix d'achat de 250 000 euros

Notre étude comparative de 2006 incluait des estimations des coûts pour toutes les parties dans plusieurs transactions immobilières hypothétiques. Les informations ont été obtenues à partir de barèmes d'honoraires publiés et d'enquêtes auprès de professionnels qualifiés concernant des frais et coûts non publiés.

En Allemagne, une juridiction notariale avec des honoraires strictement réglementés, le coût total de transaction des parties pour effectuer une transaction hypothétique d'achat et de vente d'une résidence au prix de 250 000 euros serait d'environ 1 100 euros. Cela correspond principalement aux honoraires légaux d'un seul notaire pour effectuer la transaction.

Dans le Maine, un petit État américain, le coût de transaction inclurait des « frais de clôture » pour un avocat ou une société de titres, ainsi que le coût

de l'assurance-titres achetée par l'acheteur, soit environ 1 250 euros. À New York, un grand État américain, le modèle à deux avocats n'a pas été remplacé par les sociétés de titres. Le coût inclurait les honoraires de deux avocats ainsi que le coût de l'assurance-titres, soit 1 614 euros. Ainsi, pour l'achat et la vente d'une maison à 250 000 euros, la transaction notariale en Allemagne se ferait à un coût global sensiblement inférieur à celui d'une transaction de common law à New York et à un coût légèrement inférieur à celui applicable même dans un État rural comme le Maine. L'inflation a depuis sans doute augmenté tous ces chiffres, mais nous pensons que les relations entre eux restent les mêmes.

Notre étude incluait plusieurs transactions hypothétiques avec des valeurs de transaction variables. Pour les petites transactions, les honoraires notariaux basés sur la valeur avaient tendance à être inférieurs aux frais fixes ou horaires combinés à l'assurance-titres dans les transactions américaines. Pour les transactions plus importantes, les honoraires horaires augmentaient généralement plus lentement que les honoraires notariaux basés sur la valeur.

La conclusion de notre étude est que, dans une juridiction notariale correctement réglementée, les coûts de transaction ne sont pas plus élevés que dans les juridictions de common law ; dans de nombreux cas, particulièrement pour les transactions de faible valeur, ils ont tendance à être légèrement inférieurs.

La disponibilité de conseils indépendants pour les participants à la transaction

Une autre caractéristique importante de tout système pour effectuer des transactions immobilières est la disponibilité de conseils juridiques solides et indépendants pour les parties impliquées. En particulier, les parties à des transactions immobilières résidentielles, très nombreuses, sont généralement peu informées en matière immobilière et juridique et ignorent souvent ce qu'elles ne savent pas dans ce contexte.

Dans la transaction immobilière classique américaine, une partie ne reçoit des conseils indépendants que si elle engage son propre avocat. Dans les transactions commerciales plus importantes, toutes les parties ont généralement leurs propres avocats indépendants. À New York, il est habituel qu'au moins deux avocats participent à une transaction, bien que parfois une partie renonce à l'aide de son avocat pour la clôture. Tout cela a tendance à augmenter les coûts.

Pour les petites transactions, les avocats indépendants sont plus l'exception que la règle. Il pourrait y avoir un seul avocat, représentant la banque de financement, qui clôture la transaction et rédige les documents pour toutes les parties. Plus souvent, la transaction serait clôturée par une société de titres.

Bien que ces sociétés soient très efficaces pour gérer la multitude de formulaires requis pour une transaction immobilière résidentielle, elles ne sont pas en mesure de conseiller les participants sur le sens ou les conséquences de la transaction et ne le font pas.

Avec le modèle notarial, une partie peut attendre et recevoir une explication indépendante de la transaction, ainsi que des conseils sur ses impacts ou les options disponibles, de la part du notaire unique qui documente la transaction. Les notaires sont tenus de fournir des conseils neutres et utiles dans le cadre de leur rôle de documentation et d'exécution de la transaction. Nos observations des pratiques notariales en Allemagne et dans d'autres pays notariaux confirment que cette fonction est effectivement remplie.

Récemment, avec l'essor de la médiation dans les litiges civils, une attention particulière a été accordée au rôle quasi-médiateur des notaires dans la documentation des transactions. Souvent, un notaire peut dissiper des malentendus apparents avant qu'ils ne deviennent des conflits sérieux. De la même manière, lorsque des problèmes non résolus apparaissent entre les parties, le notaire peut agir comme médiateur pour les aider à parvenir à une résolution. Cette fonction peut s'avérer précieuse et n'est pas disponible dans le modèle de société de titres ou même dans un modèle avec un avocat unique dans le système de common law.

Formulaires en ligne pour les transactions immobilières ?

De nos jours, avec de plus en plus d'activités se déplaçant en ligne et l'utilisation généralisée de formulaires en ligne pour toutes sortes de transactions juridiques, devrions-nous envisager une option en ligne comme une concurrence pour les avocats, les compagnies de titres et les notaires dans la réalisation des transactions immobilières ?

Les transferts immobiliers sont généralement des transactions complexes et de grande valeur relative. Bien que les potentiels de diverses formes d'intelligence artificielle ne soient pas encore totalement connus, et que la polyvalence des interfaces en ligne n'ait pas encore atteint son apogée, nous n'avons jusqu'à présent observé aucune apparition réelle de cette fonctionnalité aux États-Unis ou en Europe.

Presque chaque transaction immobilière présente une particularité ou soulève des questions importantes pour les parties concernées. De plus, les personnes qui achètent ou vendent des biens immobiliers, en particulier leurs maisons, semblent rechercher une certaine sécurité personnelle en sachant que la transac-

tion a été correctement effectuée. Les gens seraient-ils à l'aise avec une mention de ce type sur un écran d'ordinateur anonyme ?

Même si ce n'est pas légalement requis, on pourrait s'attendre à ce que le marché libre exige une forme d'intervention personnelle par un professionnel qualifié pour gérer les particularités de la transaction, répondre aux questions et garantir que la transaction a été correctement menée.

Les clés de la valeur ajoutée par l'intervention notariale

Notre étude comparative de la performance notariale dans le contexte des transactions immobilières nous a fourni des éclairages sur les éléments clés qui produisent une valeur ajoutée grâce à l'intervention notariale.

Le premier de ces éléments est une réglementation adaptée des notaires en termes de compétences, d'indépendance et d'éthique. À titre de comparaison, les compagnies de titres, qui réalisent la plupart des clôtures de transactions immobilières résidentielles, ne sont pas réglementées, ont des rôles peu clairs et ne sont ni tenues ni qualifiées pour fournir des conseils fiables. Nous avons constaté que les notaires doivent éviter les conflits d'intérêts potentiels liés à leur rôle de courtiers immobiliers ou de fournisseurs d'assurance titre.

L'avantage des notaires en termes de coûts pour les transactions de moindre valeur, là où un système économique est le plus important, semble dépendre d'une régulation efficace des honoraires, qui peut imposer une sorte de subvention croisée des transactions plus petites par les transactions plus grandes.

Il a été observé que des pays comme les Pays-Bas, qui ont déréglementé les honoraires notariaux, ont vu les frais augmenter pour les transactions plus petites et diminuer relativement pour les plus grandes en fonction du pouvoir de négociation relatif.

Enfin, un système efficace et économique de transfert immobilier nécessite un registre foncier de haute qualité, maintenu par des organes du système judiciaire. Une grande partie du désavantage en termes de coûts du système de common law tel qu'il est pratiqué aux États-Unis peut être attribuée à l'obligation d'acheter une assurance titre coûteuse. Cela n'est pas requis dans des juridictions comme l'Allemagne, qui maintiennent des registres fonciers de haute qualité, accessibles efficacement par les notaires lors de la réalisation des transactions immobilières.





PROF. DR. ROLF STÜRNER
COMMENTAIRES COMPARATIFS

Défendre le notariat-avocat de Porto Rico face aux arguments issus de la conception américaine des libertés de marché.

1. La situation actuelle du notariat à Porto Rico

Le notariat de Porto Rico semble être sous une pression similaire à celle connue par le notariat européen, et en particulier allemand. L'argument avancé est qu'il n'y aurait pas besoin d'une intervention publique et d'une réglementation de la phase de négociation précontractuelle et de la phase de conclusion des contrats liés aux biens immobiliers, au mariage ou aux successions. Par conséquent, ce type de réglementation obligatoire serait considéré comme une restriction injustifiée à la liberté de conclure des contrats et à la liberté d'exercer des activités professionnelles selon ses propres choix.

C'est le même argument utilisé par la Commission européenne pour contester les compétences notariales comme des restrictions injustifiées au droit d'offrir des services juridiques selon des règles professionnelles généralement applicables, sans être exclu de certains types de services en l'absence de raisons impérieuses liées au bien commun. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas suivi cette argumentation. La Cour a reconnu que, dans l'intérêt de la fiabilité et de l'exactitude, en particulier pour les transactions immobilières incluant des sûretés sur les biens fonciers, l'intervention publique par des notaires pouvait être justifiée. Ce résultat n'est peut-être pas contraignant, mais il est au moins raisonnable. Le législateur n'est pas empêché par le droit constitutionnel d'établir des compétences notariales spéciales, bien qu'il n'existe pas de garantie constitutionnelle de l'existence du notariat comme c'est le cas au Brésil.

Il ne semble cependant pas probable que des juridictions supérieures telles que la Cour suprême de Porto Rico ou la Cour suprême des États-Unis statuent différemment. Dans ce contexte, la décision de la législature de Porto Rico de prévoir des notaires-avocats plutôt qu'une profession notariale complètement séparée peut être utile pour lever les doutes constitutionnels restants.

Chaque avocat a la possibilité de devenir notaire-avocat après une qualification spéciale supplémentaire validée par un examen. Il n'y a pas de limitation du nombre de notaires-avocats ni de limitation à un nombre déterminé de districts locaux, ce qui exclurait les avocats de cette qualification notariale spéciale. L'exigence d'une qualification spéciale pour les activités notariales des avocats n'est qu'une intervention mineure dans les libertés professionnelles et ne crée pas un "monopole fermé", comme cela pourrait être craint dans le cas d'un notariat complètement séparé de la profession d'avocat.

Certes, il est possible que la conception américaine des libertés de marché soit beaucoup plus rigide que celle de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a permis, en principe, des limites numériques et des restrictions spatiales. En tout état de cause, la conception juridique privilégiée par Porto Rico semble être une solution judicieuse permettant de préserver une ancienne institution juridique traditionnelle tout en respectant les exigences essentielles de la culture et de la constitution juridiques des États-Unis.

2. Convaincre la législature et les citoyens de la raison et de l'utilité du notariat

Être une institution en harmonie avec la constitution ne signifie pas que les législateurs doivent préserver une institution traditionnelle qui n'est pas considérée comme utile et raisonnable par la majorité des membres élus du parlement et des citoyens. Il est toujours nécessaire de convaincre le public que le travail du notaire est utile et nécessaire dans l'intérêt du bien public et des citoyens individuels.

Le notariat ne devrait donc pas donner l'impression de rejeter les moyens modernes de communication, tels que la visioconférence et la communication numérique. Au contraire, il devrait promouvoir activement les techniques de communication modernes et mettre en place des archives électroniques pour tous les documents notariaux et testaments, afin de faciliter l'accès légitime à l'information pour tous les autres notaires, les tribunaux et les autorités compétentes.

Selon mes informations, le notariat de Porto Rico est pleinement conscient de la nécessité d'installer et d'utiliser des outils modernes de communication et de stockage de données. En Allemagne, le notariat a été un véritable moteur de ce développement, en coopération notamment avec l'Espagne et l'Italie, et cette ouverture vers l'avenir a renforcé sa position politique aux yeux du gouvernement national, des parlements et même de la Commission européenne.

3. Problèmes particuliers dus au manque de stricte séparation des rôles

3.1. Obligations de confidentialité

Sur le continent européen, la lutte contre l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent est facilitée par la numérisation des données notariales. Comme les avocats, les notaires doivent être conscients des conflits entre leurs obligations de confidentialité et leurs devoirs publics concernant le stockage des données. Ils doivent remplir leurs obligations légales de fournir des informations, en particulier dans les cas d'évasion fiscale ou de blanchiment d'argent.

Cependant, ils ne devraient pas être obligés de manière générale d'informer activement les autorités de la simple possibilité de blanchiment d'argent ou d'évasion fiscale. Ils devraient coopérer avec l'autorité compétente sur demande dans les cas de poursuite pénale. Tout comme les avocats, ils ne devraient jamais participer activement à des activités criminelles.

La frontière à tracer est difficile et exigeante, tant pour les avocats que pour les notaires. D'un côté, les avocats sont appelés "officiers du système juridique" dans le code de déontologie de l'Association du Barreau des États-Unis (US Bar Association). De l'autre côté, les textes et leurs commentaires précisent que l'obligation de confidentialité des avocats et leur droit de faire valoir leurs privilèges doivent généralement prévaloir en cas de conflit. Pour les notaires exerçant une fonction publique, l'équilibre entre des devoirs contradictoires peut ne pas toujours être exactement le même que pour les avocats.

Il existe un large éventail d'opinions qui diffèrent dans les détails. Dans de nombreuses cultures juridiques, il appartient à l'autorité de supervision de décider de la portée de la coopération des notaires avec d'autres autorités publiques. La mémoire d'un notaire-avocat sur la question de savoir si des informations confidentielles ont été données dans le cadre d'une fonction notariale ou dans le cadre d'une communication avocat-client peut ne pas toujours être claire. Cela ne se produit pas dans les cultures juridiques où les deux professions sont strictement incompatibles.

3.2. Neutralité et impartialité des notaires-avocats

En Allemagne, comme dans certaines autres cultures européennes continentales, les avocats sont autorisés à être membres d'un partenariat ou d'une société où d'autres membres peuvent être non seulement des avocats, mais aussi des commissaires aux comptes, des comptables, des conseillers fiscaux ou d'autres professions libérales si la supervision professionnelle et les devoirs sont comparables à ceux des avocats. Je ne sais pas si ce type de coopération

est possible à Porto Rico ou s'il existe des interdictions ou restrictions strictes comme dans la plupart des États américains.

Les notaires-avocats allemands sont autorisés à rejoindre des partenariats ou des sociétés qui incluent des professions libérales ayant un lien spécial avec le système juridique, comme les avocats en brevets, les conseillers fiscaux, les commissaires aux comptes ou les comptables. Les mêmes règles s'appliquent aux partenariats ou sociétés qui permettent l'exercice complet des professions et aux cas où le seul but de l'entité est l'organisation commune d'un bureau.

Une question sérieuse avec ces organisations concerne la répartition des bénéfices communs qui incluent les revenus du travail notarial. La mise en commun des bénéfices peut ne pas être conforme à l'indépendance et à la neutralité notariales et peut permettre à d'autres membres de l'entité juridique d'exercer une influence sur le travail des notaires si la pratique notariale n'est pas conforme à la politique commerciale du cabinet d'avocats. Cela pourrait se produire si un certain type de clients, par exemple des clients associés à des groupes de gauche, n'étaient pas les bienvenus comme clients des avocats et que ces derniers faisaient pression sur le notaire pour éviter les services notariaux pour ce type de citoyens. Selon l'opinion dominante, ces risques indirects d'influence, bien que peu probables, n'ont pas été considérés comme une raison convaincante pour interdire les revenus communs, et le législateur a suivi ce point de vue libéral.

Un problème récurrent pour les notaires-avocats est l'authentification de documents lorsqu'un membre du partenariat ou de la société a effectué des travaux préparatoires ou a représenté les parties au document dans une procédure judiciaire antérieure concernant la question à réguler dans le document notarial. Si un membre du cabinet d'avocats a été précédemment impliqué dans la même affaire, il est strictement interdit au notaire-avocat d'authentifier. Le législateur allemand a étendu cette incompatibilité aux avocats membres d'un cabinet interconnecté.

D'une part, l'existence de grands cabinets comptant des milliers d'avocats et l'extension aux avocats de cabinets interconnectés impliquent beaucoup de travail organisationnel pour le cabinet d'avocats et ses membres responsables. D'autre part, la restriction de l'incompatibilité à la même affaire donne beaucoup de marge de manœuvre au cabinet d'avocats, car même une relation continue entre l'avocat et le client n'empêche pas le notaire-avocat d'authentifier des documents qui ne se rapportent pas à une affaire dans laquelle l'avocat membre a fait des travaux préparatoires. Le cabinet d'avocats est tenu de tenir des listes sur le travail des avocats et leurs clients, et il appartient au notaire de demander, au début de la procédure d'authentification, les éventuelles incompatibilités.

Si deux cabinets d'avocats conviennent que leurs notaires-avocats authentifient tous les cas d'incompatibilité du cabinet partenaire, et inversement, des questions peuvent également se poser quant à savoir si l'impartialité complète des notaires-avocats peut être prise pour acquise. Selon l'opinion dominante, cela devrait être considéré comme une manière correcte de gérer efficacement les problèmes de capacité d'authentification tout en respectant les règles d'impartialité et d'indépendance.

4. Il convient de noter que le notariat-avocat peut accroître les problèmes de neutralité et d'impartialité

Cependant, il faut également tenir compte du fait que le notariat de Porto Rico est une île au sein de l'océan juridique des États-Unis, sans aucun notaire de tradition latine. Une certaine adaptation à la culture juridique américaine pourrait être nécessaire pour assurer la survie des notaires dans ce contexte. Il est néanmoins regrettable que la culture juridique américaine reconnaisse l'effet bénéfique des processus médiatifs lorsque les parties ont déjà déposé leur demande auprès d'un tribunal et qu'un processus de médiation obligatoire se déroule (l'idée de la "double maison de justice"), tout en rejetant l'idée d'une consultation médiative obligatoire entre les parties contractantes avec des notaires dans l'intention d'éviter la conclusion de contrats qui, dès le départ, ne conviennent pas aux deux parties.

Ce sont principalement les recherches de psychologues et d'économistes américains qui ont mis en lumière l'incapacité des individus à décider de manière rationnelle sur la pertinence des activités commerciales, en raison du nombre considérable de biais sous-jacents qui bloquent souvent la voie vers des décisions rationnelles. En prenant ces recherches au sérieux, le notariat devrait être considéré comme un instrument utile pour permettre aux consommateurs et aux entrepreneurs, souvent influencés par de tels biais (bien qu'ils pensent parfois le contraire), de prendre des décisions rationnelles sur la conception juridique de leurs activités commerciales grâce aux clarifications fournies par une tierce partie neutre. Dans cette perspective, le notariat devrait être accueilli comme un instrument favorisant la rationalité dans les décisions économiques, en particulier dans les sociétés de marché compétitives.

Ce n'est pas sans raison que, dans certains pays européens, la fonction notariale a été étendue du droit foncier au droit des sociétés. Les avocats n'ont pas toujours le même regard analytique sur les activités économiques qu'une tierce partie neutre, qui conserve une plus grande distance par rapport aux émotions des clients de l'avocat. Des marchés bien fonctionnels, avec des participants bien informés et agissant rationnellement, constituent un bien public.

La fonction notariale devrait être considérée comme un élément utile des marchés libres orientés vers l'État de droit.

Après la crise financière mondiale de 2008, qui a résulté de titres douteux basés sur des hypothèques immobilières, le lauréat du prix Nobel et économiste américain de renom, Robert J. Shiller, a soutenu qu'un système notarial bien fonctionnel aurait pu contribuer à éviter les excès du droit immobilier qui ont provoqué l'effondrement des marchés des titres (Shiller, "The Subprime Solution", 2008, p. 130). Il devrait être écouté.





PROF. NAIVI CHIKOC BARREDA

QUÉBEC, CANADA



La professeure Chikoc Barreda est spécialisée en droit international privé et droit privé comparé dans un contexte de mondialisation. Elle est titulaire d'un doctorat en droit, d'un LL.M et d'un diplôme en droit notarial.

LE BIJURIDISME AU CANADA : LE RÔLE DES NOTAIRES ET DES AVOCATS

Introduction

Cette présentation vise à donner un aperçu général du système juridique québécois en mettant l'accent sur trois aspects clés : le bijuridisme au Canada, l'interaction entre les systèmes de common law et de droit civil au Québec, ainsi que la répartition des rôles entre avocats et notaires au Québec et au Canada.

À quelle famille juridique appartient le Canada, et en particulier le Québec ? Le Canada est un pays bijuridique où coexistent deux traditions juridiques : le droit civil dans la province de Québec et la common law dans le reste du pays. Les experts en droit comparé classent le Québec comme une juridiction mixte en raison de sa combinaison de traditions juridiques. Cependant, lorsqu'on examine la réglementation des relations de droit privé, le système juridique québécois s'aligne sur la tradition de droit civil, enracinée dans le droit français d'avant la Révolution. Malgré cette fondation, son environnement de common law a façonné le système de droit civil québécois avec des caractéristiques distinctives.

Bordé à l'ouest par les provinces et territoires de common law du Canada et au sud par les États-Unis, le Québec illustre la résilience de la tradition de droit civil sur le continent nord-américain.

Interactions entre la common law et le droit civil

Plusieurs éléments de common law ont indéniablement influencé le système juridique québécois. D'une part, le Parlement fédéral canadien détient la compétence sur certaines questions de droit privé, telles que le mariage et le divorce, ce qui entraîne un « droit privé fédéral » uniforme appliqué à l'échelle nationale dans ces domaines. D'autre part, de nombreuses institutions de common law ont été intégrées au système québécois, notamment la liberté absolue de tester, les actions collectives, les dommages-intérêts punitifs, les hypothèques mobilières sans dépossession et la célèbre institution du trust. Malgré ces influences, le système notarial et la codification du droit privé québécois restent parmi les caractéristiques les plus marquantes de la tradition de droit civil de la province.

Notaires et avocats

Comme dans d'autres juridictions de droit civil, la profession juridique au Québec est divisée en deux groupes distincts : les avocats et les notaires. Conformément à la terminologie de la loi régissant la profession, je me référerai aux membres du Barreau du Québec comme « avocats » ou « procureurs ». Les avocats sont autorisés à pratiquer le droit de manière générale mais ne peuvent conférer l'authenticité aux actes juridiques. En revanche, les notaires possèdent le pouvoir légal d'authentifier les actes, mais il leur est interdit de plaider ou de représenter des clients dans des affaires contentieuses devant les tribunaux.

Examinons de plus près le rôle attribué aux notaires par le législateur québécois.

En tant qu'officiers publics, les notaires sont soumis à de nombreuses obligations, notamment fournir des conseils juridiques impartiaux, vérifier la capacité, l'identité et la libre volonté des parties, et conserver des archives des documents qu'ils rédigent. Les documents authentiques rédigés par les notaires ont la plus haute valeur probante en procédure civile et ne peuvent être contestés que par une improbation – une procédure spéciale exigeant de la partie contestataire qu'elle prouve la falsification du document. Un acte notarié bénéficie donc d'une présomption d'exactitude et de validité, servant de preuve concluante des faits et des déclarations qu'il contient.

La profession notariale québécoise présente des caractéristiques distinctes qui la différencient des autres juridictions de droit civil. Par exemple, les autorités de l'État ne supervisent pas la pratique notariale, et les notaires québécois ne sont pas nommés par l'État. Ils reçoivent leurs commissions de leur ordre professionnel, la Chambre des notaires du Québec. De plus, le Québec n'adhère pas à la règle du *numerus clausus*, qui, dans d'autres juridictions, limite

le nombre de notaires en fonction de la population. Il n'existe pas non plus de tarif réglementé pour les honoraires notariaux.

Un bref aperçu historique aide à contextualiser cette question. La profession notariale est l'une des plus anciennes au Canada, avec le premier notaire remontant à 1647. Notamment, sous le régime français (1608–1763), il n'y avait pas d'avocats au Québec. En 1618, Samuel de Champlain, fondateur et premier gouverneur du Québec, a demandé au roi de France que la justice soit administrée dans la colonie sans avocats ni procureurs, une demande qui a été accordée.

En 1763, le Traité de Paris a été signé, et le Québec est devenu un territoire de la Couronne britannique. C'est sous la domination britannique que le titre d'avocat a été officiellement reconnu, marquant la division de la profession juridique en deux branches depuis 1765. Bien que le droit civil français, y compris la Coutume de Paris, ait été temporairement aboli après la conquête britannique, il a été rétabli en 1774, avec l'Acte de Québec. Ce rétablissement a permis aux notaires de continuer à exercer leur profession dans le cadre de la tradition de droit civil.

Notaires et “notaries public”

Dans le reste du Canada, où prévaut le système de common law, le titre de praticien du droit est exclusivement réservé aux avocats. Dans la plupart des provinces, les avocats peuvent également certifier les signatures de leurs clients sur des documents juridiques, un processus appelé notariation. Cette fonction est principalement administrative et n'implique pas de conseil juridique, ce qui signifie qu'elle peut également être exercée par des personnes sans formation juridique. Ces individus, nommés par des organismes publics ou semi-publics pour authentifier des signatures, recevoir des serments et certifier des copies conformes de documents, sont appelés “notaries public”.

La traduction du mot français “notaire” en anglais par “notary” provoque souvent une confusion chez les Canadiens anglophones, qui ont tendance à associer les notaires québécois aux “notaries public” des autres provinces. Cette confusion peut être considérée comme un effet secondaire du bijuridisme au Canada, influençant la manière dont les notaires québécois sont perçus, non seulement par le grand public à l'extérieur du Québec, mais également par les praticiens de common law.

Notaires “traditionnels” et “non traditionnels”

Les notaires qui exercent en tant qu'officiers publics sont appelés « notaires traditionnels ». Ils remplissent les fonctions caractéristiques des notaires de

droit latin, notamment en tant que collaborateurs de justice dans les procédures non contentieuses. Le champ traditionnel des services notariaux couvre les actes immobiliers, tels que les contrats de vente, les hypothèques, les dons et les déclarations de copropriété ; les questions successorales, y compris les testaments authentiques, les renonciations à l'héritage et le règlement des successions. Les notaires jouent également un rôle significatif en droit de la famille, en célébrant les mariages, en rédigeant des contrats de mariage, des accords de maternité de substitution et d'autres documents liés aux affaires familiales.

Les notaires peuvent également agir en tant que conseillers juridiques indépendants. Ces notaires exercent dans des domaines « non traditionnels ». Ils peuvent servir de conseillers juridiques dans les secteurs privé et public. De plus, ils peuvent demander un « certificat de conseiller juridique canadien », leur permettant de pratiquer le droit dans d'autres provinces sous certaines conditions. En tant que conseillers juridiques, les notaires sont autorisés à représenter des individus dans des procédures non contentieuses. Ces fonctions sont concurrentes, plutôt qu'exclusives, à celles exercées par les avocats.

Remarques finales

Bien que l'importance des fonctions notariales ait gagné en reconnaissance auprès des législateurs, certaines incohérences soulignent encore la nature mixte du système juridique québécois. Par exemple, certains actes juridiques fondamentaux peuvent être formalisés soit par un acte notarié, soit par un document privé signé en présence de deux témoins. Cela s'applique à des actes tels que le mandat de protection en cas d'incapacité, la délégation de l'exercice de l'autorité parentale par la mère porteuse, et les directives médicales anticipées en cas d'incapacité, entre autres. Traiter les documents privés sur un pied d'égalité avec les instruments authentiques illustre un manque de reconnaissance par les législateurs de la valeur ajoutée des actes notariés dans ces domaines.

L'exemple québécois montre la nécessité d'un dialogue accru entre les systèmes juridiques et le potentiel de ce dialogue pour enrichir notre compréhension des rôles des notaires et des avocats à l'échelle mondiale. Cela est particulièrement pertinent dans des juridictions telles que le Québec et Porto Rico, où l'interaction entre ces deux professions ne vise pas seulement à protéger le champ de leurs compétences respectives, mais surtout à préserver l'identité unique du notaire de droit civil au sein d'un paysage juridique majoritairement dominé par la common law.





NOT. LORENA I. FLORES ESTRADA

NOTAIRE ET AVOCATE AU GUATEMALA



Avocate et notaire du Guatemala avec plus de 30 ans d'expérience professionnelle dans le domaine du droit privé, y compris le droit des sociétés, le développement immobilier et les procédures administratives.

SIMILITUDES ET DIFFÉRENCES ENTRE LA PROFESSION DE NOTAIRE ET D'AVOCAT

Selon le juriste guatémaltèque René Villegas Lara, l'ordre juridique ou système légal est l'ensemble des normes, y compris les institutions créées par les lois et qui régissent les activités d'un État, de telle sorte que, pour son existence, il est nécessaire, entre autres :

- a) une unité normative,
- b) une complétude, c'est-à-dire l'absence de lacunes juridiques, et
- c) une cohérence, c'est-à-dire l'absence d'antinomies.

Ainsi, le système juridique guatémaltèque se caractérise par le fait que les normes n'existent pas de manière isolée, mais sont structurées selon le principe de hiérarchie normative, contenu dans la norme supérieure qu'est la Constitution politique promulguée en 1985. Avec la particularité qu'en matière de droits de l'homme, les traités et conventions ratifiés par le Guatemala constituent des normes supérieures par rapport au droit interne. Cette condition a été clarifiée par un arrêt de la Cour constitutionnelle, qui a précisé que le droit interne comprend tout l'ordre juridique de l'État du Guatemala, à l'exception de la

Constitution politique, et qu'aucune autre norme juridique ne peut prévaloir sur la norme constitutionnelle.

Dans ce contexte, la Constitution politique de la République, en vigueur depuis 1985, établit que le système de gouvernement est républicain, démocratique et représentatif, déléguant sa souveraineté aux organismes législatif, exécutif et judiciaire, entre lesquels toute subordination est interdite. Ainsi, en suivant le principe kelsénien de la hiérarchie normative, les organismes de contrôle suivants ont été créés :

1. Tribunal suprême électoral, qui est l'autorité suprême en matière électorale au Guatemala. En tant qu'organe constitutionnel indépendant de contrôle politique, il n'est soumis à aucun autre organisme de l'État. Son organisation, son fonctionnement et ses attributions sont déterminés par une loi de rang constitutionnel, la Loi électorale et des partis politiques.

2. Cour constitutionnelle, qui est un tribunal constitutionnel permanent et de juridiction exclusive, chargé de veiller à l'ordre constitutionnel en rendant des décisions, des jugements, des avis et des consultations, contribuant ainsi au renforcement de l'État de droit et à la préservation du principe de suprématie constitutionnelle.

3. Procureur des droits de l'homme, qui est un organisme autonome dédié à la défense et à la promotion des droits fondamentaux des citoyens. Il enquête sur les violations des droits de l'homme, promeut et éduque sur ces droits et émet des recommandations aux autorités pour corriger les comportements portant atteinte aux garanties constitutionnelles.

La Contraloría General de Cuentas est chargée du contrôle et de la supervision efficace des finances publiques. Le Ministère public, en tant qu'institution auxiliaire de l'administration publique et des tribunaux, a la compétence exclusive de poursuivre les infractions pénales, de diriger et d'enquêter sur les crimes d'action publique, assumant ainsi la fonction d'enquête pénale.

D'un point de vue administratif, le territoire guatémaltèque couvre une superficie de 108 889 km², divisé en 22 départements et 340 municipalités autonomes, avec une population d'environ 17 millions d'habitants et environ 3 millions de Guatémaltèques vivant à l'étranger en tant que migrants.

Dans ce contexte, il est impératif de souligner le rôle important que jouent les professionnels du droit dans l'exercice des professions d'avocat et de notaire au sein du système juridique guatémaltèque. Ces deux professions remplissent

une mission fondamentale dans la défense de l'État de droit, la primauté de la loi et la recherche de la justice rapide et effective, servant de lien entre les citoyens et le système judiciaire ainsi que ses institutions respectives.

Cependant, dans la pratique, ces deux professions libérales remplissent des fonctions clairement distinctes. L'avocat est chargé de conseiller les citoyens sur les questions juridiques, de défendre efficacement les droits et intérêts de ses clients devant les tribunaux, de promouvoir l'accès universel à la justice et de veiller à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des citoyens de la République du Guatemala.

Le notaire, en revanche, bien qu'étant un professionnel du droit, se distingue par le fait que l'État, à travers l'Organe judiciaire, lui délègue une partie de sa souveraineté sous la forme de la foi publique. Grâce à cette prérogative, le notaire confère certitude et sécurité juridique aux actes et contrats qu'il autorise, leur donnant authenticité et pleine valeur probante, sauf s'ils sont contestés pour nullité ou fausseté. De plus, dans le système juridique guatémaltèque, le notaire est habilité à traiter et à résoudre des affaires non contentieuses, devenant ainsi un véritable auxiliaire du système judiciaire.

Sur le plan académique, 15 universités opèrent actuellement au Guatemala, dont 14 sont privées et une est publique. Conformément au mandat constitutionnel, l'université publique a l'exclusivité de diriger, organiser et développer l'enseignement supérieur public et la formation universitaire d'État. En revanche, les universités privées sont des institutions indépendantes qui, par l'intermédiaire de leurs délégués respectifs, intègrent le Conseil de l'Enseignement Supérieur Privé, chargé de garantir le niveau académique des universités privées, tout en respectant leur indépendance.

L'université publique et les universités privées proposent, dans leurs facultés de droit respectives, la formation en licence en sciences juridiques et sociales. À l'issue des procédures académiques et administratives, les étudiants doivent passer des examens professionnels techniques couvrant les aspects du droit privé et du droit public. Une fois ces épreuves réussies, et après la réalisation, la soutenance et l'approbation d'un mémoire de fin d'études, l'étudiant obtient les titres d'Avocat et de Notaire ainsi que le grade académique de licencié.

Il est important de souligner que ces professions, comme mentionné précédemment, ont une base formative commune depuis le XIX^e siècle, grâce à la promulgation du Décret 271 du 20 février 1882, Code du Notariat, un texte normatif qui a élevé l'exercice du notariat au rang de profession universitaire. Ce décret a intégré la formation notariale au programme d'études de la car-

rière d'Avocat, de sorte qu'à l'issue des études universitaires, après avoir réussi et validé les examens ainsi que complété les procédures administratives d'affiliation professionnelle, le juriste est légalement habilité à exercer ces deux professions. Cela ne génère pas de conflit d'intérêts et, pour une meilleure compréhension des limites et des prérogatives propres à chacune, un tableau comparatif est présenté ci-dessous, mettant en évidence les différences et similitudes dans leur exercice pratique.

AVOCAT ET CADRE RÉGLEMENTAIRE	NOTAIRE ET CADRE RÉGLEMENTAIRE
• Professionnel du droit, habilité à conseiller, représenter et défendre d'autres personnes dans des affaires juridiques. • L'exercice et la pratique de l'Avocature sont réglementés par : – La Loi de l'Organisme Judiciaire – Décret numéro 72-2001, Loi sur l'Inscription Professionnelle – Code de Déontologie Professionnelle – Décret 2-2022, Loi Régulatrice des Notifications Électroniques dans l'Organisme Judiciaire	• Professionnel du droit exerçant une fonction publique, consistant à recevoir, interpréter et donner une forme légale à la volonté des parties. • Chargé de rédiger les actes authentiques en leur conférant une valeur légale, de conserver les originaux et de délivrer des copies certifiées conformes. • L'État lui délègue une part de souveraineté : FOI PUBLIQUE. • Également habilité à instruire et résoudre des affaires de juridiction volontaire. • Autorisé à célébrer des "mariages" et des 95 unions de fait". • L'exercice et la pratique du Notariat sont réglementés par : – La Loi du Notariat, Décret numéro 72-2001, Loi sur l'Inscription Professionnelle – Décret 54-77, Loi Réglementant la Procédure Notariale des Affaires de Juridiction Volontaire – Système de type latin, élevé au rang de profession universitaire – Code de 1882, Décret 271 du 20 février 1882 • Autres caractéristiques du notariat : – Nombre illimité de notaires – Compétence sur tout le territoire national (108 899 km²) – Exercice non soumis à des horaires fixes – Possibilité d'exercer à l'étranger, sous réserve des limites établies par la loi.

AVOCAT ET FORMATION PROFESSIONNELLE	NOTAIRE ET FORMATION PROFESSIONNELLE
• 15 universités (1 publique / 14 privées) • Faculté des Sciences Juridiques et Sociales • Programme d'études partagé 4 cours de notariat Cliniques de droit Droit civil / Droit du travail / Droit pénal Pratique notariale • Approbation de l'examen technique Phase publique / privée	• 15 universités (1 publique / 14 privées) • Faculté des Sciences Juridiques et Sociales • Programme d'études partagé 4 cours de notariat Cliniques de droit Droit civil / Droit du travail / Droit pénal Pratique notariale • Approbation de l'examen Phase : publique / privée
COLLÈGE DES AVOCATS ET NOTAIRES ET PROCÉDURE ADMINISTRATIVE D'INSCRIPTION AVOCAT	COLLÈGE DES AVOCATS ET NOTAIRES ET PROCÉDURE ADMINISTRATIVE D'INSCRIPTION NOTAIRE
• Prescription constitutionnelle / obligatoire • Procédure administrative • Condition préalable et obligatoire pour l'inscription et l'enregistrement auprès de la Cour Suprême de Justice • Droits et obligations en tant que membre • Paiement de la cotisation professionnelle annuelle • Timbre notarial • Tribunal d'honneur • Perception des honoraires • Il n'existe aucune incompatibilité pour l'exercice du notariat • Membres actifs : 45 000 (année 2024) • Liberté d'exercice • Liberté de contractualisation et de perception des honoraires	• Prescription constitutionnelle / obligatoire • Procédure administrative • Condition préalable et obligatoire pour l'inscription et l'enregistrement auprès de la Cour Suprême de Justice • Droits et obligations en tant que membre • Paiement de la cotisation professionnelle annuelle • Timbre notarial • Tribunal d'honneur • Perception des honoraires • Il n'existe aucune incompatibilité pour l'exercice de l'avocature • Membres actifs : 45 000 (année 2024) • Liberté d'exercice • Liberté de contractualisation et de perception des honoraires

COUR SUPRÊME DE JUSTICE ET REGISTRE AVOCAT	COUR SUPRÊME DE JUSTICE ET REGISTRE NOTARIAL ET DÉLÉGATION DE LA FOI PUBLIQUE
• Enregistrement du sceau et de la signature de l'avocat • Enregistrement et habilitation de la boîte électronique • Reconnaissance de la signature électronique avancée de l'avocat • Loi sur les notifications électroniques – S'applique à tous les processus, y compris la juridiction volontaire	• Enregistrement du sceau et de la signature du notaire • Délégation de la foi publique notariale, habilitation à l'exercice notarial et respect des obligations notariales • Paiement annuel pour l'ouverture des protocoles • Envoi des témoignages spéciaux, avis • Inspection des protocoles • Paiement annuel pour l'ouverture du protocole : 17 473 (année 2024) • Liberté d'exercice • Liberté de contractualisation, sinon, soumission aux frais établis par le tarif notarial • Signature électronique avancée (optionnelle, facilite la gestion de la présentation électronique des témoignages et des actes publics pour leur enregistrement et inscription au registre du commerce / propriété)
EXERCICE PROFESSIONNEL – ORGANES DE CONTRÔLE	EXERCICE PROFESSIONNEL – ORGANES DE CONTRÔLE
• Liberté d'exercice • Avocat assistant pour le processus d'enregistrement des signes distinctifs : marques, noms commerciaux, expressions ou signaux publicitaires, modèles déposés, brevets d'invention • Avocat et directeur des procédures judiciaires et des actions constitutionnelles • Possibilité d'assistance conjointe en tant qu'avocat et directeur de procédures judiciaires et d'actions constitutionnelles	• Paiement annuel pour l'ouverture du protocole – Archives Générales des Protocoles / Cour Suprême de Justice • Exercice personnel et non délégable • Formation annuelle et enregistrement notarial du protocole : actes publics, actes de protocolisation et enregistrements de signatures • Autorisation d'instruments extra-protocolaires : actes notariaux, légalisation de documents, légalisation ou reconnaissance de signatures • Envoi de témoignages spéciaux, avis d'annulation, avis trimestriels et index annuel aux Archives Générales des Protocoles • Reliure annuelle du registre notarial ou protocole • Sanction en cas de non-respect : interdiction temporaire d'exercer <i>Direction des procédures de juridiction volontaire en siège notarial, incluant :</i> • Demandes et rapports auprès de :

- Procuration Générale de la Nation
- Municipalités
- Registres publics
- Gestion administrative et liquidation du paiement des impôts sur les héritages, legs et donations
- Transmission des dossiers au Registre des Procédures de la Cour Suprême de Justice

Autres fonctions et obligations

- Assistant du juge en tant que notaire notificateur
- Exercice professionnel à l'étranger
- Célébration d'actes et contrats ayant des effets juridiques sur le territoire national
- Obligation de protocolisation
- Notification migratoire
- Désignation en tant que notaire dépositaire

Contrôles et obligations financières

- Inspection ordinaire des protocoles
- Délivrance des témoignages des actes notariés
- Envoi de témoignages spéciaux
- Paiement du timbre notarial
- Vérification du paiement des impôts liés à la conclusion de contrats civils
- Achat de papier spécial pour protocoles

INTERDICTIONS AVOCAT	INTERDICTIONS NOTAIRE
• Pacte de quota litis • Révélation du secret professionnel • Abandon sans juste cause Exiger des honoraires supérieurs à ceux • convenus ou fixés par le barème Défendre une partie après avoir commencé la défense de l'autre dans la même affaire	• Autoriser des actes ou contrats en sa faveur ou en faveur de parents • Extraire du papier spécial des protocoles ou du registre notarial du pays • Autoriser des mariages de mineurs • Autoriser des unions de fait de mineurs • Contraindre directement ou indirectement un client à utiliser ses services notariaux • Faciliter à des tiers l'utilisation du protocole • Dissimuler des informations importantes pour le client ou les parties à l'acte ou au contrat • Retenir indûment des documents confiés ou refuser de délivrer la correspondance sans motif valable • Émettre ou retarder indûment la remise de témoignages, copies ou attestations des actes autorisés • Omettre ou retarder le paiement des impôts dont la somme lui a été remise, ou refuser de délivrer la correspondance correspondante • Dénaturer les actes juridiques conclus par les intéressés • Autoriser des contrats manifestement illégaux • Modifier injustement les honoraires professionnels convenus • Retarder ou ne pas fournir un service qui a été payé partiellement ou totalement • Percevoir, sans motif valable, des honoraires inférieurs à ceux prévus par le barème • Profiter directement ou indirectement des violations à la liberté de contracter commises par certaines institutions





NOT. DENNIS D. MARTÍNEZ COLÓN

PORTO RICO



Dennis D. Martínez Colón est notaire à Porto Rico et vice-président de l'UINL pour l'Amérique du Nord, Centrale et des Caraïbes.

DUALITE DES FONCTIONS : La figure de l'“Avocat-Notaire”

Lors de ce « Dialogue entre Systèmes Juridiques », nous avons examiné la manière dont les fonctions d'avocat et de notaire interagissent. Nous avons reçu des témoignages de divers pays concernant cette interaction.

En revanche, la fonction du notaire, bien qu'utilisant les mêmes connaissances et analyses juridiques, impose l'obligation de les appliquer de manière totalement impartiale. Le notaire informe les deux parties sur le droit applicable, leur apporte un conseil juridique et donne une forme légale à l'opération souhaitée. De plus, il intervient pour inclure des clauses et conditions prévoyant d'éventuels conflits, ajustant ainsi les attentes mutuelles des parties pour éviter tout litige futur.

Des complications surviennent dans les pays où l'exercice des deux fonctions est autorisé par une même personne. Dans la pratique quotidienne du professionnel « dual », il est courant que le matin, l'Avocat-Notaire plaide devant un tribunal pour réclamer des dommages et intérêts liés à l'inexécution d'un contrat, à un droit successoral, à un divorce ou à un accident, défendant la position de son client avec partialité. Puis, l'après-midi, il négocie les termes d'un contrat

de vente immobilière, recevant les informations des deux parties, les conseillant de manière impartiale, et rédigeant des clauses pour prévenir d'éventuels conflits et éviter un litige.

Dans les pays où les deux fonctions coexistent, les professionnels se présentent comme « Avocat-Notaire ». Dès lors, lorsqu'une personne entre dans leur cabinet, qui la reçoit ? Est-ce l'avocat ou le notaire ? Quelles règles de conduite s'appliquent ? Si un client vient pour une question légale, mais qu'une solution notariale est possible, où s'arrête le conseil de l'avocat – partial, bénéficiant de privilèges juridiques – et où commence le rôle impartial et indépendant du notaire ?

Le facteur économique peut également influencer les décisions du professionnel. En tant qu'avocat, il peut être tenté de recommander un litige, source de revenus plus importants, plutôt qu'une solution notariale rapide avec des honoraires réglementés. Cette dualité place le professionnel dans une situation délicate, nécessitant une transition rapide entre partialité totale et impartialité absolue, avec des implications éthiques potentielles.

PAYS PRATIQUANT LA DUALITÉ AVOCAT-NOTAIRE

Sur les 92 pays membres de l'UINL, neuf (environ 10 %) autorisent la pratique duale. Parmi eux, six se trouvent en Amérique centrale et dans les Caraïbes :

République Dominicaine	Porto Rico
Costa Rica	Uruguay
Guatemala	Allemagne (certaines régions)
Nicaragua	Suisse (certaines régions)
El Salvador	

Aux États-Unis, le *Civil Law Notary* de Floride doit être avocat et peut continuer à pratiquer en tant qu'avocat tout en exerçant comme notaire.

Position de l'Union Internationale du Notariat (UINL)

Les « Principes fondamentaux de l'Union Internationale du Notariat » indiquent que l'activité notariale « s'étend à toutes les activités juridiques non contentieuses » et « évite litiges et conflits... par l'exercice de la médiation juridique » (Principe #3). Le Principe #17 précise que « le Notaire doit être impartial, tout en assistant la partie désavantagée pour rétablir un équilibre garantissant que le contrat soit conclu sur un pied d'égalité ».

Le «Code de Déontologie et Règles d'Organisation du Notariat» (articles 4, 5.8 et 48) réaffirme les principes d'impartialité et d'indépendance :

- Le notaire exerce une « fonction publique, contrôlant de manière impartiale, indépendante et responsable, la légalité des actes qu'il autorise ».
- En tant que « tiers de confiance », il agit avec impartialité vis-à-vis des parties.
- Il « agit dans l'intérêt général, en évitant toute influence personnelle et toute forme de discrimination ».

Ces principes essentiels doivent être préservés pour garantir la liberté du notaire et la confiance de ceux qui font appel à ses services (Conclusions du Congrès International du Notariat, Buenos Aires, 1998).

La dualité des fonctions d'avocat et de notaire dans une même personne remet en question l'impartialité du notaire. Dans certaines circonstances, cela pourrait nuire à l'accomplissement de la mission sociale qui lui est confiée.

Voyons l'expérience de Porto Rico :

À Porto Rico, il est nécessaire d'être avocat pour pouvoir aspirer à devenir notaire. (Loi Notariale Art. 7).

Dès l'exposé des motifs de la Loi Notariale de Porto Rico, le législateur met en valeur le concept selon lequel le notaire n'est l'avocat d'aucun des signataires, qu'en sa qualité de notaire, il n'a aucun « client », mais qu'il représente la loi pour toutes les parties. Il exprime que « la qualité fondamentale qui le distingue de l'avocat est son impartialité et que, dans cette condition, il doit agir sur un plan supérieur à celui des parties ».

La fonction double est abordée directement et spécifiquement dans le Règlement Notarial, lorsqu'à sa Règle 5 il est stipulé :

« L'exercice de la profession d'avocat peut être, dans certaines circonstances, incompatible avec l'exercice de la fonction notariale.

Le notaire qui autorise un acte public est empêché d'agir ultérieurement comme avocat de l'une des parties signataires pour réclamer dans un litige contentieux les contreparties auxquelles une autre partie se serait engagée dans l'acte qu'il a autorisé.

Le notaire est interdit de représenter en tant qu'avocat un client dans un litige contentieux tout en agissant comme notaire dans le même dossier, en raison du conflit d'intérêts ou des incompatibilités potentielles pouvant en découler.

L'avocat ayant représenté la partie demanderesse, l'adjudicataire ou l'acheteur dans une procédure légale relative à une vente publique aux enchères, ou en tant qu'agent autorisé de ces derniers dans cette procédure, ne pourra pas autoriser l'acte de vente judiciaire en sa qualité de notaire.

Les normes mentionnées dans les paragraphes précédents s'appliquent personnellement au notaire et non aux autres notaires et avocats qui sont ou ont été ses associés ou collègues de bureau. Cependant, les associés ou collègues de bureau du notaire autorisant ne peuvent pas représenter une partie signataire dans un acte public autorisé par ce dernier lorsque, dans un litige, la validité de l'un des accords découlant de l'acte est contestée, ou lorsqu'il est allégué que des accords relatifs à l'objet de l'acte ont été omis, ou encore lorsque, pour toute autre raison, l'action du notaire autorisant est mise en cause. Il est toujours laissé au jugement sain du notaire et de ses associés ou collègues de bureau, dans le cadre de leur responsabilité professionnelle, de décider quand ils doivent s'abstenir d'agir, même dans des cas où leur action serait permise, mais où, en raison de circonstances particulières sur le plan éthique, cela pourrait générer un potentiel de conflit ou une apparence de conduite inappropriée. »

L'application de cette norme a été interprétée dans plusieurs décisions de la Cour suprême de Porto Rico, que l'on peut diviser en trois situations :

A. Si le notaire a d'abord agi comme notaire, il ne peut pas ensuite représenter les signataires dans un litige :

- Un notaire a autorisé un acte hypothécaire et a ensuite représenté, en tant qu'avocat, le créancier pour réclamer le recouvrement et la garantie hypothécaire dans une procédure d'exécution hypothécaire. *In re: Colón Ramery 138 DPR 793 (1995).*

- Un notaire a autorisé un acte relatif à un bien immobilier, puis a comparu dans un litige pour exiger le respect des contreparties convenues dans l'acte. *In re: Martínez Almodóvar, 180 DPR 805 (2011).*

- Un notaire a autorisé une vente immobilière. Un litige est survenu, et un tiers a acquis le bien immobilier lors d'une vente publique aux enchères, après quoi le notaire a représenté, après le jugement, l'un des signataires de l'acte de vente.

B. Si le notaire a d'abord agi comme avocat, il ne peut pas ensuite autoriser des actes notariaux liés :

- Un avocat représente les légataires dans un cas de liquidation successorale et autorise ensuite une vente immobilière concernant les biens de la succession, alors que le litige est toujours en cours. *In re: Martínez Sotomayor, 189 DPR 492 (2013).*

- Un avocat représente une partie défenderesse dans une demande relative à l'exécution spécifique d'un accord de vente immobilière. Par la suite, il a agi comme notaire pour autoriser une vente immobilière en faveur d'un tiers concernant le même bien en litige, alors qu'il représentait encore la partie défenderesse. *In re: Matos Bonet 2001 TSPR 10 (23 janvier 2001).*

- Un avocat est intervenu dans un cas de divorce, puis a autorisé des actes notariés dans lesquels les mêmes parties étaient impliquées. *In re: González Hernández, 190 DPR 164 (2014).*

- Un avocat représentait un débiteur dans un litige pour recouvrement d'une dette et exécution d'une hypothèque, tout en préparant et en authentifiant des signatures dans des contrats d'option de vente relatifs à la même propriété. *In re: Ramón B. Rivera Grau, 2016 DTS 212 (2016).*

- Un avocat représente les parties dans un litige de divorce et, avant la liquidation, agit en tant que notaire pour autoriser un acte de vente en faveur de tiers acquéreurs d'un bien commun faisant partie du litige de liquidation de la communauté après le divorce. *In re: Chiques Velázquez, 161 DPR 303 (2004).*

C. Action en tant que Notaire pendant un litige : Si un avocat représente l'une des parties, cet avocat ne peut pas authentifier une signature ni prêter serment sur des questions liées au même litige.

Pendant qu'un processus judiciaire était en cours, le demandeur a fait une déclaration sous serment devant un notaire appartenant au même cabinet d'avocats représentant la partie demanderesse. Bien que, de manière générale, cela doive être interdit, il a été décidé que le demandeur pouvait faire une déclaration sous serment devant l'un des notaires qui n'interviennent pas dans le litige ou le traitement de l'affaire. Le choix revient au cabinet d'avocats de recourir à un notaire externe dans certains cas. Cette décision a suscité une vive dissidence. *114 D.P.R. 808 – B. & L. Inc. v. P. R. Cast. Steel Corp.*

À Porto Rico, les avocats et les notaires peuvent s'associer pour exercer dans un même bureau. L'interdiction absolue d'agir sur une même affaire en tant qu'avocat et notaire ne s'applique qu'individuellement à l'avocat-notaire, et, en règle générale, ne s'étend pas aux notaires et avocats qui sont ou ont été ses associés ou collègues de bureau.

Je me suis toujours opposé à l'association entre avocats et notaires, estimant qu'elle nuit à l'indépendance et à l'impartialité du notaire. Elle permet également la distribution des honoraires légaux avec des associés non notaires. Cependant, ni ce concept ni celui de la séparation des professions d'avocat et de notaire ne sont actuellement acceptés dans la pratique, ni par la législation, ni par les décisions de la Cour suprême.

Le cas particulier des ANCAN

Actuellement, il existe environ neuf affaires de « juridiction volontaire », c'est-à-dire des affaires que la loi a transférées du cadre judiciaire au cadre notarial. Dans le traitement des « Affaires Non Contentieuses devant Notaire » (ANCAN), les mêmes fonctions que celles des juges sont exercées, soulignant à nouveau l'impartialité et l'indépendance que doit observer le notaire dans sa conduite.

Lorsque le notaire doit autoriser un acte de notoriété dans le cas d'un divorce par consentement mutuel, la loi exige que les conjoints présentent des accords sous serment indiquant qu'ils ont été dûment conseillés par leurs avocats respectifs. Cette exigence met en évidence le rôle du notaire, similaire à celui d'un juge.

Problèmes institutionnels

Dans la plupart des pays d'Amérique où la dualité des fonctions existe, une même organisation professionnelle regroupe à la fois les avocats et les notaires. Les avocats forment toujours un groupe plus nombreux que les notaires, de sorte que les décisions institutionnelles tendent à privilégier les intérêts et priorités des avocats. On observe que chaque fois qu'un changement de présidence ou de direction survient dans ces organisations combinées, les controverses liées aux intérêts et priorités des notaires réapparaissent vivement. Cela affecte la participation aux activités internationales et même le paiement des cotisations à l'UINL, car les nouvelles directions ne perçoivent pas l'importance de cette participation. Cela crée une grande instabilité dans la représentation notariale dans ces pays.

CONCLUSION

Je pense qu'il est très difficile d'équilibrer les deux perspectives totalement différentes sous lesquelles les avocats et les notaires doivent exercer leurs fonctions.

Nous risquons constamment de violer les principes. En outre, lorsqu'un même professionnel exerce les deux fonctions, il existe un conflit constant entre la partialité totale qu'un avocat doit avoir et l'impartialité totale qu'un notaire doit conserver.

Personnellement, je suis d'avis que la dualité ne devrait pas exister et que la sécurité juridique et les citoyens seraient mieux servis si la fonction d'avocat était distincte de celle de notaire.

À Porto Rico, je ne prévois aucun changement dans un avenir proche ou prévisible. La communauté professionnelle et politique ne voit pas ou ne comprend pas l'incompatibilité entre les deux fonctions ni la nécessité de leur séparation.

Il est recommandé de clarifier et de réformer les normes pour réglementer expressément et spécifiquement la dualité des fonctions. Il est également conseillé d'offrir une formation professionnelle soulignant les risques et les problèmes que comporte cette dualité.





HON. SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA

PORTO RICO



Sigrido Steidel est le Directeur administratif des tribunaux de Porto Rico. Il a été président du Comité spécial pour la révision du projet de règles de conduite professionnelle de Porto Rico, au sein de la Cour suprême de Porto Rico.

NOTAIRES, JUGES ET AVOCATS : PROXIMITÉ DES PROFESSIONS

Introduction

La diversité des professions qui composent les professions juridiques est vaste. Bien que mon intervention se concentre sur les similitudes et les différences entre avocats, notaires et juges en fonction de leur rôle social et des exigences éthiques qui leur incombent, ceux-ci ne sont pas les seuls professionnels du droit. Il y a également les procureurs, les conservateurs des registres fonciers, les procureurs des mineurs et de la famille, ainsi que divers fonctionnaires d'entités gouvernementales ayant l'autorité de résoudre des conflits en exerçant des fonctions quasi judiciaires, entre autres.

Pour discuter de la proximité des professions qui nous concernent, en particulier entre notaires et juges, je mettrai en évidence plusieurs aspects de manière générale, ce qui implique de prendre le risque d'omettre certaines nuances toujours présentes lorsqu'on analyse des activités complexes comme celles réalisées par les professionnels du droit.

1. Les avocats, notaires et juges interprètent et appliquent les normes juridiques

Il existe plusieurs similitudes entre avocats, notaires et juges. Au-delà des évidences — comme la formation académique de base commune — ces professionnels jouent un rôle qui, selon leurs particularités, consiste à interpréter des normes juridiques pour les appliquer à des situations concrètes où les faits peuvent également être controversés. Concernant leur relation avec le droit, ils se trouvent dans une position similaire : interpréter et appliquer le droit.

Bien que cela soit une évidence pour cette audience spécialisée, la proximité opérationnelle entre ces professions est mentionnée pour souligner certaines distinctions. La première est que la manière dont ces acteurs juridiques interprètent et appliquent le droit est influencée par la façon dont les intérêts publics et privés des utilisateurs interagissent dans l'activité qu'ils réalisent.

Pour les avocats, notaires et juges, les intérêts publics revêtent une grande importance, car la légitimité de leurs actions suppose leur conformité au droit. Cependant, les intérêts privés des utilisateurs entrent souvent en conflit avec les intérêts publics. L'importance relative accordée à l'un ou à l'autre dépendra de la fonction spécifique exercée.

En interprétant et en appliquant le droit, l'avocat peut adopter un rôle variable au service des intérêts de ses clients, bien que cette variabilité doive être rationnelle et juridiquement raisonnable. Ainsi, pour être loyal envers son client, l'avocat devra parfois plaider pour la révocation d'un précédent judiciaire ou la modification d'une disposition légale qu'il aurait peut-être invoquée dans un autre cas comme norme applicable. Mais même dans ces cas, sa position face à une norme spécifique nécessite le recours à des critères juridiques ou à des principes de hiérarchie supérieure, ce qui implique un exercice d'interprétation dans les limites mêmes du droit.

Le notaire et le juge, en revanche, doivent agir avec l'impartialité qu'exigent leur attachement au droit et leur cohérence interprétative pour promouvoir la sécurité juridique, un intérêt que, en tant que fonctionnaires de l'État, ils sont appelés à protéger.

Ainsi, l'intérêt privé des clients revêt une importance significative et déterminante dans le travail de l'avocat. Pour le notaire, l'intérêt privé est pertinent, mais au final, les intérêts publics, par la nature de la délégation de pouvoir que l'État lui a confiée, doivent prévaloir sur les intérêts privés en cas de conflit, et son espace d'interprétation est plus restreint que celui d'un avocat.

Dans le cas du juge, les intérêts privés sont abordés avec prudence, car son rôle n'est pas de satisfaire les parties mais de résoudre les controverses en appliquant le droit.

La deuxième distinction que je souhaite souligner concerne la possibilité pour ces acteurs juridiques de promouvoir des changements dans le droit à partir de leurs activités respectives.

À cet égard, il me semble que le notaire est désavantagé. Bien qu'il puisse plaider pour des changements dans les lois et règlements régissant son activité, dans sa pratique spécifique – c'est-à-dire en exerçant les fonctions propres au notariat – cette marge est limitée, voire inexistante. Il ne peut établir un acte authentique qui ne respecte pas les exigences formelles, même s'il les considère inutiles ou injustes. En fin de compte, son jugement doit se conformer à ce que prescrit la loi.

Par nature, l'exercice de la profession d'avocat confère aux juristes une marge pour réclamer des changements dans le droit à partir de leur activité juridique propre. Un avocat peut plaider pour l'abrogation de précédents, la reconnaissance d'exceptions à une règle, ou la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi. De plus, un juge, notamment dans des systèmes comme celui de Porto Rico, où le contrôle de constitutionnalité est diffus, conserve une marge importante pour promouvoir, dans certaines circonstances, des changements dans les normes juridiques.

2. Les notaires et les juges disposent d'un champ d'autorité délégué par l'État

Notaires et juges partagent la qualité d'être des fonctionnaires de l'État. En tant que tels, ils sont les dépositaires d'une autorité déléguée et accomplissent une fonction ou un service public. L'article 8 du Code de déontologie et des règles d'organisation du notariat de l'Union Internationale du Notariat (ci-après "UINL") précise expressément que : « comme officier public, le notaire doit accomplir son ministère lorsqu'il en est requis, en disposant des moyens matériels et humains nécessaires ou appropriés pour le bon accomplissement du service public que sa fonction implique. »

L'autorité déléguée par l'État aux notaires dans de nombreux pays de tradition civiliste suppose un processus rigoureux de concours, similaire à celui exigé pour devenir juge ou procureur. À Porto Rico, le processus est différent. Curieusement, malgré la grande responsabilité qu'implique le métier de no-

taire, et en dépit des similitudes avec le rôle de juge en tant que garant de la sécurité juridique, les exigences pour devenir notaire sont similaires à celles requises pour exercer la profession d'avocat : il suffit de passer un examen de droit notarial après avoir été admis à la pratique du barreau et de remplir certaines formalités administratives.

Bien que le cadre actuel inclue des exigences supplémentaires par rapport à celles d'il y a quelques années, il est très différent de celui requis pour devenir juge. Ainsi, la délégation de l'autorité que l'État confère à un notaire n'est pas soumise aux mêmes formalités rigoureuses que celles exigées d'autres professionnels ayant des responsabilités d'envergure similaire. À Porto Rico, l'admission au notariat est plus proche du processus régissant l'admission au barreau.

3. Les avocats, notaires et juges jouent un rôle fondamental dans la justice, ce qui implique nécessairement un attachement à des valeurs universelles telles que la liberté, l'égalité et la vérité

Le préambule du Code d'éthique professionnelle en vigueur à Porto Rico exige de l'avocat qu'il « comprenne que la finalité première de sa fonction en tant que juriste est le service à la société, un service qui doit viser principalement à garantir l'existence réelle d'un ordre juridique intègre et efficace et qui doit être essentiellement orienté par les principes de vie démocratique et de respect de la dignité inviolable de l'être humain qui régissent la coexistence sociale dans le pays ».

L'article 1 du Code modèle ibéro-américain d'éthique judiciaire énonce que « les institutions qui, dans le cadre de l'État constitutionnel, garantissent l'indépendance judiciaire ne visent pas à placer le juge dans une position de privilège. Leur raison d'être est de garantir aux citoyens le droit d'être jugés selon des paramètres juridiques, afin d'éviter l'arbitraire, de réaliser les valeurs constitutionnelles et de sauvegarder les droits fondamentaux ». L'article 35 du même code reconnaît également que « le but ultime de l'activité judiciaire est de rendre justice par le droit ».

De son côté, l'article 5.5 du Code de déontologie et des règles d'organisation du notariat de l'UINL (Union Internationale du Notariat) dispose que « le Notaire doit respecter et protéger les Droits de l'Homme, l'environnement (eau propre et air pur comme conditions élémentaires de la vie), la justice, la liberté, la vérité, l'honnêteté et la fiabilité, et doit respecter le secret professionnel ».

Alfonso Cavallé Cruz explique clairement le lien du notariat avec ce mandat déontologique dans un livre remarquable de sa plume lorsqu'il affirme :

« La finalité ultime de la fonction notariale est le service à la personne, caractérisée par sa dignité, sa liberté et son unicité. La personne est une fin en soi, jamais un moyen. L'État et ses institutions, comme le notariat, doivent être au service de l'être humain, et il appartient au notaire de rendre effectifs, dans le cadre des relations juridiques privées, des valeurs supérieures telles que la liberté personnelle, l'égalité, la justice, la sécurité juridique, la vérité et la paix sociale, valeurs qui sont inextricablement liées aux droits fondamentaux. »

Si l'on remplace dans cette citation le mot « notaire » par « juge », l'idée exprimée reste tout aussi valable.

4. Les juges, avocats et notaires entretiennent une relation de complémentarité dans la prévention des conflits et la recherche de solutions lorsqu'ils surviennent

Dans la phase préventive des conflits, les avocats et notaires jouent un rôle central. Dans la phase résolutoire des conflits, les tribunaux, et particulièrement les juges, sont prépondérants. Dans les systèmes de *common law*, les décisions judiciaires des juridictions de plus haut niveau acquièrent également un caractère de précédents et, en s'insérant dans le cadre normatif, jouent un rôle préventif de manière prospective.

Le notaire, bien qu'il émette des jugements – sur la véracité des faits qui lui sont présentés, la légalité de l'acte demandé, la volonté libre et éclairée du consentement – ne tranche pas de droits entre des parties ayant des intérêts antagonistes. Cette fonction incombe aux juges. Cependant, en conseillant les personnes qui se présentent à lui, en les informant sur leurs droits et sur la manière d'encadrer juridiquement les transactions qu'elles souhaitent réaliser, le notaire favorise la volonté individuelle, garantit les droits, évite les litiges et favorise l'accès à la justice.

En fait, l'article 4 du Code de déontologie et des règles d'organisation du notariat de l'UINL souligne le rôle préventif du notariat en affirmant :

« Les Notaires, en tant que délégués d'une partie de la souveraineté de l'État, doivent exercer leur fonction publique en contrôlant, de manière impartiale, indépendante et responsable, la légalité des actes et transactions qu'ils autorisent, fournissant par leur action un service public d'intérêt général de sécurité juridique préventive, évitant les litiges et contribuant au développement économique durable et à la paix sociale. »

Bien que les professions juridiques d'avocat, de notaire et de juge s'intègrent dans un système harmonieux où chacune joue un rôle indispensable pour garantir le bon fonctionnement de la justice, cette complémentarité ne doit pas être confondue avec l'homogénéité. En effet, les fonctions, compétences et objectifs de chacune sont spécifiques et intransférables, reflétant la singularité et la spécialisation de chaque rôle.

L'avocat défendra les intérêts de son client, envers lequel il doit une loyauté absolue. Le notaire confère « aux documents qu'il rédige, dont il est l'auteur et dont il assure la conservation, un caractère d'authenticité qui leur attribue force probante et force exécutoire ». Le juge intervient lorsque les rôles préventifs des autres acteurs juridiques échouent. Chaque activité conserve ses qualités distinctives.

5. L'exercice des professions juridiques suppose une forte dose d'éthique

Le comportement éthique des professions juridiques ne garantit pas seulement la réalisation des objectifs du droit et l'évitement de l'arbitraire et de la corruption. Il est également nécessaire pour renforcer la confiance publique dans les institutions de justice. Pour ceux pour qui le langage juridique est obscur, les qualités personnelles de l'acteur juridique – qu'il soit juge, notaire ou avocat – ont un poids significatif dans l'évaluation de la compétence et de la qualité des services reçus. Il ne suffit pas de connaître le droit, il est également essentiel de posséder des qualités personnelles qui inspirent confiance.

Le prestige personnel ou les qualités morales, ainsi que les pouvoirs formellement délégués, sont une source d'autorité judiciaire. Dans le notariat de type latin, ces deux exigences – l'auctoritas et la potestas du droit romain – sont également requises.

L'adoption de codes d'éthique pour les avocats, notaires et juges, de manière différenciée, reconnaît la diversité des conflits éthiques que leurs activités respectives peuvent générer.

6. Les principes d'indépendance et d'impartialité sont des principes de haute hiérarchie dans l'exercice de la profession de notaire et de juge. Cependant, le principe d'indépendance du notaire a une portée moins large que celle exigée des juges

Selon l'article 10 du Code modèle ibéro-américain d'éthique judiciaire, « le juge impartial est celui qui, avec objectivité et sur la base des preuves, poursuit

la vérité des faits, en maintenant tout au long du processus une équidistance par rapport aux parties et à leurs avocats, et évite tout comportement qui pourrait refléter du favoritisme, une prédisposition ou un préjugé. » Dans ce sens, l'article 3 du même code modèle affirme que « le juge, par ses attitudes et comportements, doit démontrer qu'il n'est influencé – directement ou indirectement – par aucun autre pouvoir public ou privé, qu'il soit externe ou interne à l'ordre judiciaire. » Cette approche correspond à l'une des significations du concept « indépendance judiciaire » reconnue par la Cour suprême des États-Unis dans *Republican Party of Minnesota v. White*.

L'article 5.3 du Code de déontologie et des règles d'organisation du notariat de l'UINL ne définit pas le notaire impartial. Toutefois, il exige que le notaire « agisse de manière impartiale vis-à-vis des parties et de ceux qui, bien que non impliqués, pourraient être affectés, afin de préserver leur sécurité juridique. » Il impose en outre une « impartialité active » obligeant le notaire à compenser « le déficit ou les asymétries d'information entre les parties, en portant une attention particulière à la partie contractante la plus nécessitée de ses conseils et de son assistance professionnelle. »

Ce devoir est similaire à l'exigence du canon 11 du Code d'éthique judiciaire de Porto Rico, qui rappelle aux juges qu'il est de leur « ministère fondamental de veiller à ce qu'aucune injustice ne soit commise, » et ajoute que « les juges participent à la recherche de la vérité et à la détermination de ce qui est juste. À ces fins, ils doivent intervenir au cours de toute procédure judiciaire pour éviter des retards injustifiés, clarifier toute question ou empêcher une injustice. » Comme on peut le constater, l'impartialité exigée aux notaires et aux juges impose des devoirs envers les parties.

Concernant le principe d'indépendance, l'article 5.4 du Code de déontologie et des règles d'organisation du notariat de l'UINL stipule que « le notaire doit agir en toute indépendance vis-à-vis des parties et de l'Administration, bien que jamais au détriment de cette dernière. » Décrit de cette manière, ce principe impose également des devoirs envers les parties. Il implique une absence de dépendance vis-à-vis des parties contractantes, condition atteinte par une indépendance organisationnelle et économique, et grâce au système tarifaire établi pour la rémunération des notaires.

Cette approche du principe d'indépendance du notaire est distincte du principe équivalent en matière d'éthique judiciaire. L'article 2 du Code modèle ibéro-américain d'éthique judiciaire souligne que « le juge indépendant est celui qui détermine, à partir du droit en vigueur, la décision juste, sans être influencé, réellement ou apparemment, par des facteurs extérieurs au droit

lui-même. » Ainsi, tandis que l'indépendance judiciaire comporte une triple dimension obligeant le juge à statuer selon le droit sans être influencé par des facteurs externes au pouvoir judiciaire, internes à ce pouvoir ou, plus intimement, par ses préconceptions et préjugés contraires au droit, dans le domaine de l'éthique notariale, l'indépendance se limite à l'absence de dépendance envers les parties.

7. Pour la magistrature, être et paraître sont les deux faces d'une même médaille. Le principe d'impartialité exigé au notaire rend l'apparence pertinente dans l'activité notariale

L'apparence de conduite inappropriée comme critère pour imputer une violation éthique a ses partisans et ses farouches opposants, notamment dans le domaine de l'éthique de la profession d'avocat. Bien que je n'aie pas trouvé le terme "apparence" dans le code de déontologie et les règles d'organisation du notariat de l'UINL, il me semble qu'il est subsumé dans l'exigence d'observer le principe d'impartialité et dans l'article 5.1 qui prescrit que « les notaires doivent maintenir une attitude personnelle éthique dans l'exercice de leur fonction, qui valorise leur personne et l'institution dont ils font partie, en s'abstenant de comportements susceptibles d'entraîner la perte de confiance des citoyens dans l'institution notariale ou contraires à la dignité du notariat ». La perception publique influence le prestige d'une personne, ce qui contribue à la plus ou moins grande confiance que l'institution à laquelle elle appartient inspire. L'apparence est donc pertinente dans l'activité notariale et judiciaire.

8. Contrairement à la majorité des pays où le notariat latin existe, à Porto Rico, les avocats peuvent également exercer comme notaires, ce qui engendre des risques dus à certaines incompatibilités entre les deux rôles

À Porto Rico, la pratique du droit peut être combinée avec l'exercice de la fonction notariale. Cependant, par nature, l'avocat plaide au nom du droit pour les intérêts d'un client, élaborant une stratégie juridique partielle en faveur de la cause de ce dernier. L'activité notariale, en revanche, repose sur une indépendance et une impartialité vis-à-vis des parties contractantes. Le conflit entre ces deux facettes est latent. La Cour suprême de Porto Rico l'a souligné.

L'expérience à Porto Rico suggère qu'un juriste conscient des limites que la loi et l'éthique imposent à chaque facette peut exercer les deux activités. Mais, comme je l'indique, il est nécessaire qu'il soit conscient des différents rôles et du cadre qui délimite les frontières correspondantes.

9. Les défis auxquels les notaires, avocats et juges devront faire face dans les prochaines décennies sont communs

L'intelligence artificielle et son utilisation dans les professions juridiques, la crise de confiance dans les institutions judiciaires, les atteintes à l'indépendance des institutions judiciaires établissent un agenda commun pour tous les acteurs de la justice.

L'intelligence artificielle pourrait-elle, dans les décennies à venir, remplacer les humains dans certaines activités exercées par des avocats, notaires et juges ? Quel rôle les avocats, notaires et juges doivent-ils assumer face aux atteintes à l'indépendance des institutions judiciaires ? Comment les opérateurs juridiques peuvent-ils renforcer la confiance des citoyens dans les institutions judiciaires ?

Le dialogue sur ces sujets n'est pas épuisé.

CONCLUSION

Malgré des différences notables, l'activité notariale et judiciaire ont des objectifs communs fondés sur la primauté de valeurs universelles telles que la justice, l'égalité et la vérité. En prévenant et en remédiant aux conflits et en promouvant la sécurité juridique, ces deux professions contribuent à la paix sociale. En outre, la qualité de leur travail exige une adhésion à des principes éthiques, parmi lesquels l'impartialité et l'indépendance sont déterminants. L'élargissement des champs de l'activité notariale à certains sujets non contentieux, qui impliquaient historiquement l'intervention judiciaire, trouve un soutien dans ces convergences, même si cette proximité n'efface pas totalement les frontières entre les domaines de compétence exclusive des juges et des notaires.





PROF. ET NOT. JENS BORMANN

ALLEMAGNE



Jens Bormann, docteur en droit (Université Albert Ludwig de Fribourg), LL.M. (Harvard), est notaire à Ratingen et professeur invité à l'Université Leibniz de Hanovre. Il est actuellement vice-président de l'UINL pour l'Europe et ancien président de la Chambre des Notaires d'Allemagne.

LE NOTAIRE EN TANT QUE JUGE "EX ANTE"

I. Introduction

Penser au notaire de droit civil comme à l'équivalent du notaire public aux États-Unis est au moins trompeur. En termes fonctionnels, le notaire de droit civil se rapproche davantage d'une institution qui pourrait être qualifiée de juge ex-ante ou – comme nous l'avons formulé dans le titre du court exposé de Philip Bender et moi-même : "Juge sans procès", rendant justice sans litige. Dans ce qui suit, j'élargirai cette approche comparative fonctionnelle et, en me basant sur les idées de notre livre, je montrerai pourquoi les notaires de droit civil sont mieux expliqués comme des juges ex-ante. Je le ferai en mettant en avant cinq caractéristiques centrales : neutralité, indépendance, supervision, exercice du pouvoir public et pacification sociale.

II. Neutralité

Contrairement aux avocats, les notaires sont neutres. Ils ne représentent pas une partie mais l'intérêt commun de toutes les personnes impliquées dans une transaction. En ce sens, ils ont été qualifiés d'« avocats de la situation » – je

pense à l'étude de Murray et Stürner dont le titre fait référence à ce concept célèbre de Brandeis. L'expression « avocat de la situation » résume le caractère bipartite du notaire et pointe le fait que les notaires – tout comme les juges – n'ont pas de « clients » mais des « affaires » – un autre mot pour « situation » – avec lesquelles ils doivent traiter.

La décision d'un système juridique de prévoir un expert juridique public et neutre au stade transactionnel présente des avantages significatifs. Plutôt que chaque partie doive payer son propre avocat, les parties peuvent partager les frais d'un seul expert juridique. Cela réduit les coûts de transaction et favorise ainsi une allocation efficace des biens.

III. Indépendance

L'indépendance institutionnelle est le corollaire de la neutralité substantielle des notaires. Tout comme les juges, les notaires doivent pouvoir éviter les dépendances économiques vis-à-vis des parties et affirmer leur indépendance par rapport aux autres branches du gouvernement.

1. Indépendance vis-à-vis des parties

Si le nombre de notaires et leurs honoraires étaient laissés au marché, l'indépendance vis-à-vis des parties serait probablement inexistante. Les parties ne pourraient pas avoir confiance dans la neutralité des notaires. Dans le cadre d'une concurrence féroce pour les services juridiques, le prix de marché se rapprocherait du coût de production du service juridique, excluant ainsi les parties les plus faibles et les plus pauvres du marché. Les conseils de qualité se concentreraient probablement dans les grandes villes. Les zones rurales seraient laissées de côté. Vous pouvez observer ce phénomène en vous tournant vers les grands cabinets d'avocats. Leurs conseils juridiques haut de gamme sont concentrés à New York, Chicago et dans la région de la Baie, et il est peu probable que des parties pauvres, chanceuses de ne pas être admissibles à un cas *pro bono*, deviennent clientes de ces grands cabinets.

Cette situation est inacceptable pour les services notariaux. Par conséquent, un contrôle strict des entrées basé sur les principes de la méritocratie et des districts géographiques doit limiter le nombre de notaires sur le marché. De plus, les honoraires notariaux ne peuvent pas être laissés à la négociation. Au lieu de cela, des tarifs fixes, prenant en compte l'utilité marginale décroissante de l'argent, doivent garantir l'indépendance économique des notaires. Tout comme les frais de justice sont fixes et dépendent de la valeur du procès, les honoraires des notaires doivent suivre les mêmes principes. De cette manière, les riches subventionnent les pauvres et le système juridique garantit l'accès à la justice pour tous.

2. Indépendance vis-à-vis du gouvernement

L'indépendance signifie également indépendance vis-à-vis du gouvernement : Le juge, en tant que représentant du pouvoir judiciaire, doit être protégé contre les intrusions du gouvernement et les instructions concernant la manière de juger une affaire. Dans l'application de la loi, le juge ne doit pas répondre aux souhaits ou directives d'un supérieur. Un juge ne peut pas être intégré dans une hiérarchie gouvernementale sans sacrifier le rôle central du pouvoir judiciaire dans l'État de droit.

De la même manière, le notaire ne doit pas être soumis aux ordres du gouvernement concernant la manière dont il doit rédiger un contrat et s'il doit mettre en œuvre telle ou telle préférence des parties. Au lieu de cela, le notaire exercera son pouvoir de rédaction uniquement dans les limites de la loi et des préférences conjointes des parties.

Cette indépendance judiciaire et notarial permet aux parties de croire en la neutralité du juge ou du notaire. Dans le cas du notaire, cette distance vis-à-vis du gouvernement revêt une importance particulière car les parties confient au notaire leurs informations les plus privées. Les familles et les entreprises doivent être sûres que le notaire respecte les normes les plus strictes en matière de protection des données et que les informations sensibles ne parviennent pas aux fonctionnaires sans le consentement des parties. C'est pourquoi, dans les pays de droit civil, on permet généralement au notaire d'organiser son bureau de manière indépendante, de choisir ses employés et de collecter directement les honoraires auprès des parties.

IV. Supervision

L'indépendance institutionnelle ne signifie pas l'absence de loi. Au contraire, l'indépendance est justifiée uniquement comme un moyen permettant aux notaires de remplir pleinement leurs obligations légales.

1. Responsabilité disciplinaire

Bien que les notaires soient indépendants dans les limites de la loi, l'accomplissement de leurs devoirs éthiques et juridiques doit être strictement contrôlé. C'est pourquoi les notaires sont soumis à la supervision des ministères de la justice, des tribunaux et des chambres professionnelles. Les violations entraîneront de lourdes sanctions disciplinaires, pouvant aller jusqu'à la destitution d'un notaire.

2. Responsabilité Civile et Pénale

En outre, les notaires sont, bien entendu, exposés à une responsabilité civile et pénale. Leur performance est non seulement soumise aux crimes que tout

individu peut commettre, mais également à ceux pour lesquels il faut être un fonctionnaire public. Cela rapproche encore davantage les notaires des juges que des professionnels juridiques privés.

V. Exercice du Pouvoir Public

Dans les pays de droit civil, les notaires exercent un pouvoir public que, dans les pays de common law, la justice ou d'autres autorités publiques laissent aux tribunaux.

1. Fourniture de Titres pour Saisie

L'aspect central dans ce contexte est le fait que les instruments authentiques notariaux fournissent généralement un titre pour la saisie. De ce point de vue, ils ressemblent à des jugements anticipés ou à des jugements par consentement. Si un acheteur accepte de payer une certaine somme dans un instrument notarial authentique et ne paie pas, le vendeur n'a pas besoin de poursuivre l'acheteur en justice. Au contraire, il peut immédiatement faire appel au shérif – ou à ceux qui exécutent les jugements. Cela réduit encore les coûts de litiges. Les parties ne vont au tribunal que lorsque leur réclamation est véritablement contestée entre elles, ce qui est rare lorsqu'un notaire est impliqué dans la rédaction, car celui-ci est formé pour éviter les ambiguïtés. Dans d'autres cas, le fait qu'un titre semblable à un jugement existe dès le départ augmente la probabilité de respect des obligations contractuelles. Si une partie est simplement incapable de payer, cela permet à l'autre partie de collecter ce qui reste sans avoir besoin de passer par le tribunal pour produire un titre.

2. Gardiens des Registres

Dans les pays de droit civil, il est souvent aussi de la responsabilité judiciaire de gérer différents types de registres – registres fonciers et registres commerciaux. Le registre foncier contient les informations centrales sur les propriétés immobilières, à savoir la localisation et la taille, le propriétaire, les servitudes et autres charges ainsi que les hypothèques. Le registre commercial témoigne de l'existence d'une société, de ses actionnaires ainsi que de ses administrateurs. De cette manière, les individus n'ont pas besoin d'investir dans des avis juridiques coûteux, des recherches de titres, des assurances de titres, des diligences raisonnables et des certificats de bonne réputation. Les registres réduisent ainsi de manière significative les coûts de transaction.

Les notaires sont les gardiens de ces registres. Ils filtrent les demandes d'inscription et ne transmettent que celles qui peuvent réellement être inscrites. En tant que gardiens de registres, ils exercent un pouvoir public similaire à celui des juges ou des autorités qui gèrent réellement les registres.

3. Exécution de Fonctions Judiciaires Strictement Parlées

Au-delà de la fonction notariale centrale de production de titres, il existe un certain nombre de tâches que les notaires accomplissent et qui allègent le pouvoir judiciaire, généralement considérées comme des fonctions judiciaires. Par exemple, dans certains pays, les notaires peuvent déclarer des personnes mariées ou divorcées. En outre, les notaires dressent des inventaires dans les affaires de succession et participent au processus de collecte de preuves. Enfin, les notaires agissent parfois comme des "commissaires de justice", remplissant des tâches spécifiques qui leur sont déléguées par les tribunaux. Cet aspect est parfois discuté sous le label de "déréglementation judiciaire", bien que cette notion soit problématique, car les notaires, en tant que juges ex-ante, font partie du pouvoir judiciaire au sens large.

VI. Pacification

Peut-être la caractéristique la plus centrale partagée entre les notaires et les juges est que les deux institutions contribuent à la pacification de la société.

1. Administration Préventive de la Justice

Le juge résout les conflits existants en décidant de leur issue de manière autoritaire ex post. Il évite ainsi la vengeance privée et la vengeance sans fin. Le notaire agit pour prévenir les conflits avant qu'ils n'apparaissent ex ante. Il le fait en s'assurant que les véritables préférences des parties sont exécutées, protégeant la partie la plus faible, notamment les consommateurs. Il veille également à ce que les préférences soient exécutées – dans la mesure du possible – de manière claire et qu'elles soient contenues dans un document qui prouve tous les aspects centraux de la transaction. De cette manière, les notaires réduisent considérablement les raisons de litige, c'est-à-dire la détermination des droits et des devoirs juridiques ex post. Enfin, les notaires évitent les conflits issus de l'incapacité ou du refus d'exécuter des obligations contractuelles claires, car les instruments authentiques sont, comme mentionné précédemment, des titres de saisie.

2. Médiation

La législation prend également en compte le potentiel pacificateur de l'intervention notariale dans d'autres contextes. Par exemple, en Bavière, les personnes cherchant à se poursuivre pour des différends de voisinage ou des insultes doivent d'abord consulter un notaire dans sa fonction de médiateur. Dans ces contextes, le notaire agit comme un juge à une phase du contentieux lorsque les parties souhaitent parvenir à un règlement.

VII. CONCLUSION

Pour résumer : lorsqu'on aborde l'institution des notaires d'une manière comparative fonctionnelle, ils sont mieux décrits comme des juges ex-ante. Leur neutralité, leur indépendance, leur supervision, l'exercice du pouvoir public et l'objectif de pacification de la société contribuent tous à cette caractérisation des notaires. Ce sont des experts transactionnels hautement qualifiés, plus proches des juges que des avocats ou des notaires publics de common law dans la manière dont ils accomplissent leurs tâches. C'est précisément leur statut professionnel similaire à celui des juges qui permet aux systèmes juridiques de tirer parti des avantages économiques de cette ancienne institution juridique.





PR. NOT. CRISTINA N. ARMELLA

ARGENTINE



Cristina Armella a été présidente de l'UINL pour la période 2021-2023. Elle est notaire dans la province de Buenos Aires, Argentine, et professeure de "Contrats civils et commerciaux" et de "Notariat, droit foncier et immobilier" à la Faculté de droit de l'Université de Buenos Aires. Elle a été rectrice de l'Université Notariale Argentine à Buenos Aires et présidente de l'Académie Notariale Américaine de la Commission des affaires américaines de l'UINL.

LE NOTAIRE COMME ALTERNATIVE AU JUGE DANS LES AFFAIRES NON CONTENTIEUSES

I. Plan d'action du président de l'UINL, Not. Lionel Galliez (2023-2025)

L'Union Internationale du Notariat (UINL), conjointement avec le Collège des notaires de Porto Rico, a convoqué le « Deuxième Dialogue entre les systèmes juridiques de droit civil et de common law », poursuivant ainsi le projet du président actuel de l'UINL, le Notaire français Lionel Galliez, qui a débuté par la réunion de Londres, en Angleterre, le 26 septembre 2023. Cet événement a été organisé conjointement avec la « Society of Scrivener Notaries » et s'est tenu dans la salle historique de la « Apothecaries Company », avec la participation de hauts représentants des organismes notariaux de droit civil et de common law.

La raison d'être de ce projet réside dans le fait que les notaires exerçant sous différents systèmes juridiques puissent approfondir leur connaissance réciproque. Indépendamment du régime juridique applicable, tous reconnaissent une même finalité : consolider la sécurité juridique, valeur universelle, bien que certains États, dont les gouvernements ne la respectent pas, fassent exception.

À Londres, le thème était : « *La valeur ajoutée de l'intervention du notaire dans les transactions privées et commerciales, en particulier la valeur probatoire de l'acte notarial et son poids dans les différentes juridictions.* »

À San Juan de Porto Rico, le 5 décembre 2024, nous avons abordé le thème suivant : « Notaire ou avocat : leurs fonctions dans les affaires non contentieuses sont-elles concurrentes ou complémentaires ? La valeur ajoutée de l'intervention notariale », ce qui nous a donné l'opportunité de discuter des rôles du notaire et de l'avocat, et même de considérer le notaire comme un magistrat extrajudiciaire.

Il convient de souligner que le cadre offert par le Collège des notaires de Porto Rico était des plus propices. Tout d'abord, parce que Porto Rico, en tant que pays, est un État libre associé aux États-Unis. Ainsi, les Portoricains nés sur ce territoire ont la nationalité américaine. Cependant, en raison de ses origines hispaniques (issues de la colonisation par le Royaume d'Espagne à partir du XVe siècle), le système juridique en vigueur est celui du droit civil, auquel s'est ajouté, ultérieurement, le droit anglo-saxon, notamment à travers l'application des « *leading cases* » ou précédents jurisprudentiels des États-Unis en raison des changements politiques survenus.

En outre, les notaires de ce pays ont la compétence matérielle pour exercer à la fois les fonctions de notaire et d'avocat, de manière simultanée, concurrente et non exclusive, comme cela se produit, de manière exceptionnelle, dans d'autres pays dont les notariats sont également membres de l'UINL.

Parmi d'autres intervenants d'Amérique et d'Europe, nous avons bénéficié du point de vue inestimable de deux éminents professeurs : Peter L. Murray, de la Faculté de droit de Harvard, aux États-Unis, et Rolf Stürner, de l'Université de Fribourg, en Suisse. Nous avons également pu compter sur l'expérience de deux notaires-avocats : Not. Lorena Flores Estrada, du Guatemala, première femme présidente de l'Institut guatémaltèque de droit notarial, et Not. Dennis Martínez Colón, de Porto Rico, vice-président de l'UINL pour l'Amérique du Nord, centrale et les Caraïbes. Pour ma part, j'ai partagé un panel avec le directeur administratif des tribunaux de Porto Rico, Sigfrido Steidel Figueroa, et le vice-président de l'UINL pour l'Europe et président de la Chambre fédérale des notaires d'Allemagne, le professeur Jens Bormann. Nous avons été chargés d'analyser le thème du notaire en tant que magistrat extrajudiciaire.

II. Accord de collaboration entre l'Union Internationale du Notariat (UINL) et l'Union Internationale des Magistrats (UIM-IAJ).

Afin d'analyser le sujet qui nous a été donné, il m'a semblé très pertinent de commencer par un fait historique récent de notre UINL et de ses liens avec l'UIM. Il est important de souligner que l'UINL entretient des relations institutionnelles avec d'autres organisations mondiales, continentales et régionales, telles que les Nations Unies et ses agences, UNWOMEN, UNICEF, FAO, ainsi qu'avec l'OEA (Organisation des États Américains), l'Union Européenne, ALADI, entre autres.

A. Les organisations internationales liées

L'Union Internationale du Notariat (UINL) est une organisation internationale non gouvernementale dont l'origine remonte au Premier Congrès International du Notariat qui s'est tenu à Buenos Aires, Argentine, en octobre 1948, instituant la journée internationale du notariat le 2 octobre de chaque année.

Actuellement, elle regroupe quatre-vingt-douze notariats membres, répartis sur cinq continents (Amérique, Afrique, Europe, Asie et Océanie), tous régis par les principes et fondements du notariat de type latin. Les systèmes juridiques en vigueur dans ces pays sont de droit civil, et dans les cas où les systèmes juridiques reconnaissent d'autres sources, ils ont dû adapter leur réglementation pour respecter les principes de la latinité appliqués au droit notarial. Comme mentionné, son président actuel est le Not. Galliez (2023-2025).

L'Union Internationale des Magistrats (UIM-IAJ) a été fondée à Salzbourg, Autriche, en 1953. L'UIM est une organisation internationale professionnelle et apolitique qui regroupe des associations nationales de juges, et non des juges individuellement. À ce jour, elle compte quatre-vingt-douze membres, et son objectif principal est la sauvegarde de l'indépendance des autorités judiciaires. « *L'indépendance de la magistrature est une condition essentielle de la fonction judiciaire et une garantie du respect des droits de l'homme et de la liberté.* »

Son président actuel, élu à Taipei en 2023, est le Dr. Duro Sessa, juge de Croatie, et son secrétaire général est le Dr. Giacomo Oberto, juge à Turin, qui occupe cette fonction depuis six mandats consécutifs.

Ces deux organisations internationales, l'une dans le domaine du notariat mondial et l'autre dans le domaine judiciaire, partagent des objectifs communs guidés par la défense des droits de l'homme. C'est pourquoi il existe

entre elles un lien institutionnel de longue date, qui a été couronné par la signature d'un **ACCORD DE COLLABORATION**, signé à Brasilia, République Fédérative du Brésil, le 9 novembre 2023, lors des réunions institutionnelles de l'UINL, en particulier dans le cadre de l'Assemblée annuelle des notariats membres.

B. Objectifs de l'accord

L'objectif principal de l'accord est d'atteindre les objectifs d'une bonne administration de la justice et de désengorger les tribunaux grâce à un travail conjoint, visant à transférer des compétences non contentieuses actuellement relevant du judiciaire vers les notariats nationaux.

Nous avons analysé les quatre objectifs les plus significatifs.

1. *« Continuer à échanger des informations sur leurs activités et leurs réflexions en matière de “DÉSJUDICIARISATION”, entendue comme le mouvement visant à désengorger les tribunaux de certaines tâches non contentieuses et à rendre l'administration de la justice plus efficace... »*

Le thème central de l'accord est la “désjudiciarisation”, largement étudiée par le notariat mondial. L'activité juridictionnelle au niveau national est saturée de causes contentieuses nécessitant l'activité des juges en temps voulu pour trancher les conflits et effectuer les révisions nécessaires pour donner à chacun ce qui lui revient, rendant ainsi justice dans chaque cas spécifique. En même temps, il est évident que certains sujets relevant de la compétence des juges ne sont, en soi, pas contentieux. Si toutes ces tâches étaient transférées à l'activité notariale, le nombre d'affaires judiciaires à traiter serait réduit, permettant ainsi à la justice, avec les mêmes ressources humaines et économiques, de devenir plus efficace et efficiente. Pour que cela soit possible, il est nécessaire d'établir un échange approfondi d'informations entre ces organisations internationales, qui possèdent une connaissance comparative du droit de chaque État et des lois qui régissent cette matière, en plus de l'organisation de la justice nationale et de ses statistiques. Tout cela permet de réfléchir et de projeter des solutions basées sur des données fiables.

2. *« Travailler ensemble pour élaborer des recommandations destinées aux pouvoirs publics, afin de prévenir et de réduire la surcharge excessive de travail des tribunaux... »*

Les recherches des groupes de travail, les équipes qui composent les commissions thématiques, les contributions présentées lors des Congrès Internationaux, tant de l'UINL que de l'UIM, constituent un riche matériau d'étude qui permet de dessiner des projets visant à modifier les législations nationales.

Cependant, il convient de souligner que ces résultats, issus d'une ou l'autre organisation, n'ont pas de force contraignante pour les États dont les organisations notariales et/ou judiciaires en font partie.

C'est pourquoi le seul moyen d'influencer les changements législatifs nécessaires est de convaincre les organisations internationales, conjointement avec les organisations locales compétentes, de travailler avec les pouvoirs publics, principalement avec le pouvoir législatif et/ou le pouvoir exécutif, selon les domaines de compétences spécifiques.

Alléger la « surcharge excessive » de travail des tribunaux implique de définir des politiques publiques dans le domaine de la justice visant à délimiter précisément quels cas doivent être traités par le juge, qui appliquera la loi et rendra la justice, et quels cas peuvent être traités par un autre professionnel du droit chargé d'une fonction publique, comme le notaire lui-même.

3. "Proposer des solutions aux pouvoirs publics pour faire face à la congestion des tribunaux, en particulier en définissant les tâches et matières qui pourraient faire l'objet d'un transfert de compétences entre le juge et le notaire, ou d'une répartition des compétences entre les professions;"

La recherche, l'étude, les débats et les conclusions ne peuvent être seulement théoriques. Il est nécessaire de procéder à une analyse détaillée des hypothèses ou des cas qui constituent un collectif, un univers, comme objet d'étude, dans un temps et un espace déterminés. C'est pourquoi la théorie qui s'applique à la problématique de manière abstraite et même universelle, doit également être appliquée à la réalité de chaque domaine de la justice nationale et même à l'intérieur d'un même pays, à différentes matières et juridictions.

Ce que les organisations internationales liées par cet accord ont en commun, c'est qu'elles maintiennent un organigramme interne réparti en commissions qui se consacrent à chaque continent et même des commissions intercontinentales qui analysent une matière particulière. Cela permet, grâce à la collaboration étroite de ses membres, d'avoir une connaissance approfondie de l'expérience de chaque pays dans le sujet traité.

Les solutions qui doivent être proposées, bien qu'elles doivent être fondées sur les principes et fondements du notariat ainsi que de l'administration de la justice, et sur la défense des droits de l'homme, ne seront pas réalisables si elles ne sont pas adaptées à la réalité d'un pays donné.

Il est donc essentiel de connaître au quotidien les besoins impératifs et, lors de la proposition d'une réforme, d'analyser soigneusement ses faiblesses et ses

forces. Rien de tout cela n'est réalisable sans une connaissance approfondie des systèmes juridiques locaux et des affaires judiciaires traitées sur une période déterminée, ainsi que des statistiques par thème, compétences, nombre et durée des processus judiciaires, révisions de jugements, entre autres sujets importants.

Actuellement, les différentes zones de travail de l'UINL s'occupent de tout cela lors d'une phase préliminaire, à savoir celle de la collecte de données.

4. *"Étudier les possibilités et perspectives de collaboration entre les professions, en particulier en matière de DEJUDICIARISATION;"*

Personnellement, je préfère utiliser le terme « fonction publique » plutôt que « profession », en comprenant que le notaire est un professionnel du droit chargé d'une fonction publique notariale ayant pour compétence de certifier les actes juridiques qui se déroulent en sa présence ou qu'il accomplit personnellement, ainsi que de vérifier des faits dans les mêmes circonstances. Le juge, quant à lui, est un professionnel du droit chargé de la fonction publique d'administrer la justice, de résoudre le conflit et d'assurer l'équité dans le cas concret.

Dans le premier cas, il s'agit de la "justice préventive", dans le second cas, de la "justice réparatrice ou sanctionnatrice".

Ce quatrième objectif soulève non seulement un dilemme pour l'avenir, mais aussi une question philosophique.

Sommes-nous capables, nous qui avons pris ces rôles par vocation au sein de chaque société de nos pays juridiquement organisés, de parler de « désjudiciarisation » avec conviction, en déplaçant tout autre intérêt que celui d'idéer ce qui est le mieux pour les habitants de chacun de nos États ?

Les objectifs pourront-ils être atteints ?
Soyons enthousiastes.

III. Domaines de la déjudiciarisation

Depuis que le droit notarial a acquis le statut de branche autonome du droit, les études spécialisées ont parlé de « juridiction volontaire ». Rapidement, la doctrine autorisée a critiqué cette expression, car elle intègre deux concepts opposés : le mot « juridiction », qui implique une activité judiciaire visant à

résoudre le conflit, et « volontaire », qui met en évidence la disponibilité entre particuliers. C'est pourquoi la désignation du concept a évolué vers « intervention notarial dans les affaires non contentieuses ».

Après cette mise en garde, je pense qu'il est nécessaire de délimiter aussi précisément que possible la matière qui nous occupe.

A. La désjudiciarisation des conflits

Le notariat constitue une alternative pour les citoyens afin de résoudre les conflits. Le notariat propose la négociation comme mécanisme pour atteindre la sécurité juridique et la paix sociale. Il convient de noter que plus récemment, les législations locales organisant les notariats ont conféré aux notaires la compétence matérielle qui leur permet d'intervenir dans la résolution alternative des conflits, comme, par exemple, la médiation.

Dans ces cas, il existe un conflit et, au lieu de le traiter judiciairement, des moyens alternatifs et préalables sont reconnus, visant à parvenir à un accord entre les parties, ce qui leur permet d'éviter de soumettre ce même conflit à la justice compétente. Cela implique, dans de nombreux cas, un effort économique considérable, du temps et une activité personnelle dans un environnement qui n'est pas favorable au justiciable.

Les domaines alternatifs de résolution des conflits sous la responsabilité du notariat bénéficient de toutes les caractéristiques de l'exercice du notariat : secret professionnel, impartialité, conseil, prestation du consentement parfaitement informé, foi publique, authentification des actes, parmi de nombreuses autres.

B. La désjudiciarisation de la justice

Comme je l'ai soutenu, le notariat constitue une alternative valable pour transférer des matières non contentieuses de la compétence judiciaire vers le domaine extrajudiciaire.

C'est le noyau de notre intérêt. Détecter quels sont les sujets non contentieux qui touchent le développement de la personne humaine, des entreprises ou de l'État dans toutes ses manifestations, qui sont, selon la législation locale ou nationale, sous la compétence de la justice.

Pour ne mentionner que quelques exemples, il suffit d'énoncer les changements de nom des personnes physiques, les consentements pour les pratiques

des techniques de reproduction humaine assistée, la désignation de tuteurs pour les personnes ayant des capacités restreintes, toutes les modalités de protection du logement, la déclaration de divorce dans les procédures non contentieuses, la séparation des patrimoines en cas de divorce, la gestion des processus successoraux après le décès d'une personne, avec ou sans testament, entre autres. Toujours, bien sûr, à condition qu'il n'y ait pas de controverse et avec la possibilité éventuelle que, en cas de conflit entre les parties, il existe toujours la possibilité de recourir à la juridiction judiciaire.

IV. Les nouveaux paradigmes du XXI^e siècle

Je souhaite fonder la figure du notaire en tant que magistrat extrajudiciaire. Bien que cette affirmation puisse être interprétée comme excessive, je partirai des paramètres interprétatifs suivants, qui sont essentiels pour ce sujet : les nouveaux paradigmes du XXI^e siècle.

Je n'énumère ici que quelques-uns des nouveaux paradigmes du droit privé en ce XXI^e siècle, qui répondent aux changements intervenus depuis la fin du siècle dernier. Ceux d'entre nous qui se consacrent à l'étude et à la recherche des sciences juridiques constatent que (tant en République Argentine que dans de nombreux autres pays, notamment en Amérique), on peut affirmer que ce qui a été le plus transcendant, c'est que les principes constitutionnels et des traités internationaux ont pénétré le droit interne de nos nations.

A. La constitutionnalisation du droit privé

Les réformes constitutionnelles intervenues à partir de la moitié du siècle dernier ont visé à mettre à jour leurs textes issus du XIX^e siècle, basés principalement sur la Constitution des États-Unis d'Amérique. Nous constatons que l'intérêt du droit s'est tourné vers la personne humaine, devenue le centre d'attention de tout ordre juridique moderne afin de garantir et protéger ses droits humains.

B. Les traités et conventions internationaux sur les droits de l'homme

Après les deux guerres mondiales du XX^e siècle, l'objectif était de créer des organisations internationales capables de prévenir et éviter les conflits armés qui pourraient répéter l'horreur de ces expériences.

Ainsi, dans les années 1940, les organisations internationales des Nations Unies (ONU) ont été créées et, en Amérique, l'Organisation des États améri-

cains (OEA). En 1948, la Déclaration des Droits de l'Homme a également été adoptée par l'ONU.

Un événement fondamental de l'histoire récente a été la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui régit le processus d'élaboration, d'interprétation, d'entrée en vigueur, de nullité et de terminaison des traités internationaux.

La République Argentine en est un exemple, car la dernière réforme constitutionnelle de 1994, dans son article 75, paragraphe 22, stipule :

« CHAPITRE QUATRIÈME. Attributions du Congrès. Article 75.- Il appartient au Congrès : ... 22. D'approuver ou de rejeter les traités conclus avec les autres nations et les organisations internationales, ainsi que les concordats avec le Saint-Siège. Les traités et concordats ont une hiérarchie supérieure à celle des lois. La Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme ; la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ; la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme ; le Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels ; le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques et son Protocole Facultatif ; la Convention sur la Prévention et la Sanction du Crime de Génocide ; la Convention Internationale sur l'Élimination de toutes les Formes de Discrimination Raciale ; la Convention sur l'Élimination de toutes les Formes de Discrimination à l'Égard des Femmes ; la Convention contre la Torture et autres Peines ou Traitements Cruels, Inhumains ou Dégradants ; la Convention relative aux Droits de l'Enfant ; dans les conditions de leur entrée en vigueur, ont une hiérarchie constitutionnelle, ne dérogent aucun article de la première partie de cette Constitution et doivent être considérés comme complémentaires des droits et garanties qu'elle reconnaît. Ils ne peuvent être dénoncés, le cas échéant, que par le Pouvoir Exécutif National, après l'approbation des deux tiers de l'ensemble des membres de chaque Chambre. Les autres traités et conventions sur les droits humains, après avoir été approuvés par le Congrès, devront bénéficier du vote des deux tiers de l'ensemble des membres de chaque Chambre pour avoir la hiérarchie constitutionnelle. »

La richesse du paragraphe 22 de l'article 75 de la Constitution argentine nous dispense de tout autre commentaire. Il est évident qu'à ce stade du développement de la pensée juridique, les droits humains ont acquis un rôle de premier plan.

Cependant, l'incorporation de tous les principes et fondements des conventions et traités internationaux avec hiérarchie constitutionnelle n'a pas été introduite dans le droit privé argentin avant que la réforme législative n'intervienne. Cela s'est concrétisé en partie à partir du 1er août 2015, avec l'entrée en vigueur du Code Civil et Commercial de la Nation (Loi 26.994).

C. La qualification notariée de la conventionalité internationale

Depuis la réforme constitutionnelle de 1994 et jusqu'à l'application du nouvel ordre juridique unifié dans le Code civil et commercial de la Nation, d'autres modifications législatives ont eu lieu concernant des matières liées aux droits humains, en particulier ceux des minorités, comme le mariage entre personnes du même sexe (Loi 26.618) ou l'exercice de l'identité de genre (Loi 26.743), pour ne citer que quelques exemples.

Ce retard dans la consolidation des principes et fondements du droit conventionnel international avec une hiérarchie constitutionnelle a provoqué un décalage avec le droit privé, obligeant les juges à qualifier la conventionalité internationale dans les affaires où, en résolvant le conflit en question, le droit interne ne répondait pas à cette situation ou, pire encore, sa solution ne respectait pas le mandat constitutionnel.

Ainsi, la conventionalité internationale avec une hiérarchie constitutionnelle a commencé à primer sur le droit privé argentin.

Eh bien, je considère que cet exercice intellectuel doit aussi s'appliquer dans le cas concret. Si le notaire est sollicité pour la conclusion d'un acte juridique unilatéral, bilatéral ou plurilatéral et qu'en qualifiant sa légalité, il constate que la solution ne correspond pas au mandat constitutionnel, il doit prêter attention à ce dernier avant le droit interne.

Ainsi, la qualification de la conventionalité internationale fait également partie de ces opérations d'exercice notarial.

D. L'accès à la justice et l'accès au notariat en tant que droit humain

Il a beaucoup été dit que l'accès à la justice est un droit humain fondamental. Toute personne humaine, sans distinction de nationalité, de race, de religion ou de situation sociale, économique ou autre, a le droit de recourir à la justice pour obtenir justice. Que signifie cela ? Que si cette personne humaine estime que ses droits sont violés, elle peut recourir à la justice pour les protéger. Ce droit est également reconnu par les conventions et traités internationaux, à commencer par la déjà citée Déclaration des droits de l'homme de 1948.

Si ce principe est appliqué dans le domaine notarial, je déclare sans hésitation que toute personne humaine a le droit humain d'accéder au notariat. Il est légitime d'affirmer que l'exercice du notariat consolide l'exercice des droits dans la normalité, dès avant la naissance de la personne humaine (pratiques de reproduction humaine assistée, droits du "naciturus") jusqu'après son décès

(dans la planification successorale), et tout particulièrement dans des états de vulnérabilité (enfants, adolescentes et adolescents, personnes âgées, personnes en situation de handicap, personnes soumises à la violence économique, personnes privées de liberté en raison de la commission d'infractions pénales, personnes en fin de vie ou atteintes de maladies invalidantes, consommateurs immobiliers dans les contrats d'adhésion, personnes vulnérables sur le plan technologique). Cela ne signifie pas que la personne humaine en plein développement de son état vital ne puisse pas également trouver dans le domaine notarial des conseils, de l'accompagnement et le développement de ses capacités et compétences (acquisition de biens, création d'entreprises, concrétisation de projets de toute nature). Et cela sans distinction, tant que cela s'inscrit dans la légalité du régime juridique applicable.

Ainsi, l'"accès" au notariat et à la fonction publique notariale par les personnes humaines est aussi un droit humain fondamental qui ne peut être soumis à aucune limitation, sauf pour des raisons exceptionnelles et dûment justifiées.

E. Le notariat comme créateur de la justice préventive

Lorsque nous affirmons que le notaire est un créateur de la justice préventive, cela signifie que dans chaque intervention notariale dans un cas spécifique, la combinaison de toutes les actions de ce professionnel du droit, chargé d'une fonction publique et respectant toutes les obligations dans le cadre de cette fonction, aboutit à l'"opus notarial", qui est (dans la majorité des cas), l'autorisation d'un acte notarié signé par les parties concernées. En tant qu'acte juridique formalisé, dans son contenu et son cadre, il acquiert les qualités d'existence, de validité, d'efficacité et d'inscription dans les registres publics, si cela s'applique.

Et ce qui est le plus important, c'est que cet acte ainsi perfectionné évitera à l'avenir l'existence de controverses. C'est pourquoi nous affirmons qu'il s'agit d'un exercice fonctionnel qui concrétise la "justice préventive" dans chaque cas particulier. Il évite le conflit, car la solidité documentaire de l'acte notarié ou de l'acte authentique déplace les risques liés à la configuration des transactions dans des systèmes qui ne reconnaissent que la forme privée comme suffisante pour la conclusion de tout type d'actes juridiques.

Il suffit d'analyser les statistiques sur les conflits judiciaires dans le système anglo-saxon qui ne reconnaît pas la forme documentaire authentique et recourt à des solutions alternatives comme l'assurance de titre pour compenser les éventuelles pertes économiques que le système notarial de type latin évite.

F. Le notaire en tant que magistrat extrajudiciaire

Ce second dialogue entre le système de droit civil et le système anglo-saxon nous permet d'examiner si, sur la base de tout ce qui a été expliqué et des raisons que nous analyserons ci-dessous, nous sommes en mesure d'affirmer que le notaire de type latin, sous un régime légal pur, c'est-à-dire une réglementation notariale qui honore les principes et les fondements de la latinité du système, indépendamment du lieu où elle est appliquée, peut être considéré comme un "magistrat extrajudiciaire".

Voyons cela.

V. Raisons qui nous permettent d'affirmer que le notaire est un magistrat extrajudiciaire

1. C'est un professionnel du droit

Tout notaire de type latin doit être un professionnel du droit selon les programmes des universités locales, obtenant le diplôme d'avocat ou de licencié en droit.

2. Il exerce une fonction publique déléguée par l'État en tant que dérivation de sa souveraineté

Les pays qui ont adopté le notariat de type latin, des plus ancestraux (Espagne, Italie, France et Allemagne) aux plus récents (Ouzbékistan ou Burundi), reconnaissent la fonction publique notariale comme une dérivation de la souveraineté de l'État, déléguée à un professionnel du droit qu'ils investissent de cette qualité.

3. Il nécessite un haut degré de formation avant d'accéder au notariat et pendant son exercice

La formation permanente des notaires n'est pas seulement une obligation des corps collégiaux, mais elle constitue un principe fondamental des statuts de l'UINL. Des études de premier cycle doivent être suivies pour accéder au notariat et des études de post-diplôme ou de troisième cycle doivent être poursuivies afin de maintenir la mise à jour des sciences juridiques qui régissent l'exercice fonctionnel, non seulement au niveau local mais aussi international.

4. Accès au notariat par un processus d'évaluation strict

L'accès à la fonction notariale est décidé par un processus de qualification basé sur des antécédents vérifiables, des examens écrits et oraux, des entretiens personnels, menés par des jurys composés de membres provenant de diverses branches du notariat, des universités, de la justice et même du gouvernement. Son action doit être conforme à la loi, transparente et garantir l'égalité des chances pour tous ceux qui souhaitent exercer le notariat.

5. Il fait partie d'un corps collégial

L'accès à la fonction publique notariale impose à l'officiel public de rejoindre un collège et de faire partie de l'entité qui les regroupe. L'Ordre, l'Association ou l'entité à laquelle ils appartiennent gouverne et supervise l'inscription. Ainsi, à partir de l'acceptation de son poste, de son serment et du paiement de la caution, il est soumis au pouvoir disciplinaire de l'entité.

6. Il exerce avec impartialité et protège les vulnérables

L'impartialité est une autre qualité de l'exercice du notariat. En aucun cas, il ne peut favoriser une partie au détriment de l'autre. Ce principe fondamental est celui qui justifie que de nombreux systèmes juridiques qui régissent le notariat, ainsi que de nombreux systèmes de fond, interdisent aux notaires d'intervenir dans des affaires où eux-mêmes ou leurs proches (dans un certain degré) et leurs partenaires ont un intérêt particulier.

D'autre part, la protection des vulnérables, comme nous l'avons déjà expliqué, place les notaires dans une position cruciale dans la société. Les politiques publiques de protection des vulnérables mises en œuvre par les autorités publiques sont également appliquées par les notaires, comme par exemple l'implémentation des programmes sociaux de distribution de logements.

7. Il est rédacteur de documents

En tant que professionnel du droit, en assumant la fonction publique notariale, grâce à sa connaissance approfondie des systèmes juridiques publics et privés et à son haut degré d'expertise, le notaire est en mesure de rédiger dans les textes notariaux la structure juridique de manière accessible non seulement à celui qui signe l'acte public, mais aussi à toute personne contre qui il est opposé.

8. Il confère la qualité de public aux documents qu'il autorise

Nous ne ferons pas ici la distinction entre les instruments publics et les instruments privés. Nous affirmons simplement que tout instrument public bénéficie d'une date certaine, de force exécutoire et d'exécution, il maintient inextricablement ses qualités de forme et de preuve, parmi de nombreuses autres valeurs qui demeurent jusqu'à ce qu'une décision judiciaire de falsification idéologique ou matérielle soit rendue en matière civile ou pénale.

9. Il exerce sa fonction de manière inclusive et non discriminatoire

Le notaire ne peut refuser ses services. Il doit répondre à toutes les demandes qui respectent la légalité, qui sont dans le domaine de sa compétence matérielle, personnelle, territoriale et temporelle et qui ne sont pas couvertes par des exceptions légales permettant dans certains cas de les refuser. Nous réaffirmons que toute personne humaine a le droit humain fondamental d'accéder au notariat afin d'exercer ses droits dans la normalité.

10. Consolide la défense des droits humains dans le cas concret

Il existe des droits humains fondamentaux étroitement liés à l'exercice du notariat, tels que le droit à un logement décent ou adéquat, l'égalité devant la loi, l'égalité entre hommes et femmes, l'inviolabilité du domicile, les droits sexuels et reproductifs, l'accès à l'information, la protection des données personnelles, l'identité de genre, la protection des peuples autochtones, les droits des migrants, indépendamment de la génération des droits humains concernés, qui se concrétisent quotidiennement dans les actes juridiques notariaux. D'où l'essence de l'exercice de la fonction publique notariale dans toute société juridiquement organisée.

11. Garantit aux personnes physiques et juridiques l'exercice de leurs droits dans la normalité

C'est toujours la personne humaine qui se présente devant le notaire. Sa comparution peut être pour elle-même, pour quelqu'un d'autre ou au nom d'un autre. Elle peut intervenir en exerçant la représentation organique de toute personne juridique. Indépendamment de la légitimation invoquée et justifiée, elle exercera toujours ses droits dans la normalité, dans le cadre légal qui correspond.

12. Prévient le conflit

Les statistiques liées au degré de contentieux d'une société montrent que dans les pays où le système notarial de type latin est en vigueur et où ses traits de

latinité sont respectés (notaire professionnel du droit en charge de la fonction publique, réglementation stricte de l'exercice du notariat, document notarial, acte authentique ou acte public comme opus notarial et obligation de collégialité), il n'existe pratiquement pas de procès traitant des conflits en matière notarial.

13. Répond personnellement dans les domaines civil, pénal, disciplinaire et fiscal

Une fois qu'un notaire accède à l'exercice de la fonction publique notariale, sa responsabilité s'étend à ces quatre domaines de manière concurrente et non exclusive. Et sauf en matière pénale, où sa responsabilité est personnelle, dans les autres domaines, il a une responsabilité concurrente avec tous les autres notaires qui dépendent de son élection ou de sa surveillance. Le régime de responsabilité du notariat est très strict, ce qui résulte directement de l'importance de la fonction qu'il exerce, à laquelle aucun autre professionnel du droit n'est soumis, comme les fonctionnaires judiciaires ou les avocats.

14. Il agit éthiquement selon des normes déontologiques strictes

Les comportements éthiques et soumis à des normes déontologiques sont une question essentielle pour le notariat. Les législations locales nationales ainsi que les documents émanant de l'UINL établissent que le notaire doit éviter tout comportement qui porterait atteinte à ses relations avec les autres collègues, avec les demandeurs, avec sa collégialité et même avec l'État lui-même.

15. La compétence notarial matérielle évidemment donnée par la loi peut englober tout type de compétence non contentieuse, ainsi que la résolution alternative des conflits

L'analyse succincte de chaque raison justifiant notre affirmation selon laquelle le notaire est un magistrat extrajudiciaire permet également de soutenir qu'il suffit de la loi pour élargir la compétence notariale dans les systèmes juridiques qui ne la reconnaissent pas encore dans les domaines suivants :

- a) Nouvelles responsabilités qui ne sont pas encore attribuées au notariat dans toutes les zones géographiques (mariage devant notaire) ;
- b) Affaires non contentieuses encore sous la compétence judiciaire (successions testamentaires ou ab intestat) ;
- c) Résolution alternative des conflits (médiation).

VI. CONCLUSION

Les pays qui souhaitent disposer d'une administration de la justice efficace, efficiente, rapide, avec des procédures agiles, des coûts réduits et accessibles à tous leurs citoyens, devront rendre effective la désjudiciarisation de la justice entre les mains du notariat de type latin.



ANEXO I

ACCORD DE CONTRIBUTION

entre

L'UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT

et

L'UNION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS

dans le but de répondre aux objectifs de bonne administration de la justice et de désengorgement des tribunaux

Dans le cadre de l'Accord de coopération signé entre l'Union Internationale des Magistrats et l'Union Internationale du Notariat, le 29 septembre 1994



Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

Considérant que l'Union Internationale des Magistrats (UIM) et l'Union Internationale du Notariat (UINL) ont signé un Protocole d'Accord, à Gênes, en Italie, le 29 septembre 1994 ;

Considérant qu'en vertu de cet accord, l'UIM et l'UINL :

- sont intéressés à « promouvoir l'Etat de droit, veiller à son maintien dans les divers pays où ils ont des membres ainsi que, d'une façon générale, à s'employer pour la sauvegarde des droits de l'homme et de la paix dans le monde » ;
- poursuivent « le but d'une saine et correcte administration de la justice » et visent « à réduire les couts de cette administration et de la rendre accessible à tous les citoyens » ;

- ont convenu de « promouvoir l'échange, sur une base régulière et continue, d'informations sur leurs propres activités aussi bien que sur des sujets d'intérêts communs, ainsi que chaque fois qu'elles en reconnaissent l'opportunité, de documents relatifs à leurs séminaires, colloques ou congrès », et « se rencontrer périodiquement pour discuter des sujets d'intérêt commun et pour organiser, à l'occasion de séminaires, de colloques ou de congrès, des tables rondes sur différents thèmes ayant trait aux objectifs communs précités, ainsi que pour assurer le bon fonctionnement de cet accord de coopération » ;

Considérant la volonté actuelle des Etats de désengorger les tribunaux, prévenir et réduire leur charge de travail excessive, et d'accélérer les procédures ;

Considérant la nature de certaines matières non contentieuses, propices à un transfert de compétences vers une autre autorité publique, telle que le notaire ;

Considérant le statut du notaire, professionnel de droit, officier public, nommé par l'État, conférant l'authenticité aux actes juridiques et contrats contenus dans les documents qu'il rédige, détenteur de l'autorité publique, exerçant sa fonction de manière impartiale et indépendante, assurant la sécurité juridique de ses actes, et participant à la bonne administration de la justice et au maintien de la paix sociale ;

Constatant la proximité des professions de notaire et de magistrat (par leur statut, leur formation, leur déontologie, leur discipline, etc.), consacrée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a qualifié le notaire de « magistrat de l'amiable » dans un arrêt Ana Ionita c/ Roumanie du 21 mars 2017 ;

Œuvrant en faveur de l'amélioration du service public, de la bonne administration de la justice et du maintien de la paix sociale ;

L'Union Internationale du Notariat, représentée par son Président, Lionel Galliez, et **l'Union Internationale des Magistrats**, représentée par son Secrétaire Général, Giacomo Oberto,

CONVIENNENT :

- De poursuivre l'échange d'informations sur leurs activités et réflexions relatives à la déjudiciarisation, entendu comme le mouvement visant à décharger les juridictions d'une série de tâches non contentieuses, et à rendre l'administration de la justice plus efficiente ;

- De travailler ensemble à l'élaboration de recommandations destinées aux pouvoirs publics, visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux ;
- De proposer aux pouvoirs publics des solutions visant à répondre à l'engorgement des juridictions, en définissant notamment des tâches et matières pouvant faire l'objet d'un transfert de compétences entre le juge et le notaire, ou d'un partage de compétences entre les professions ;
- De réfléchir aux possibilités et perspectives de collaboration entre les professions, notamment sur le thème de la déjudiciarisation ;

A cet effet, les représentants des deux Organisations pourront se rencontrer périodiquement pour discuter de ces sujets d'intérêt commun et organiser des séminaires, conférences, colloques et congrès, sur le thème de la déjudiciarisation, ou encore des plans d'action auprès des pouvoirs publics.

Fait à Brasilia (Brésil), le 9 novembre 2023.



*Lionel GALLIEZ
Président de l'Union Internationale
du Notariat (UINL)*

*Giacomo OBERTO
Secrétaire Général de l'Union
Internationale des Magistrats (UIM)*



17

SYNTHÈSE ET CLÔTURE 2^{ème} DIALOGUE ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES

CONCLUSIONS. NOT. LIONEL GALLIEZ PRÉSIDENT DE L'UINL

5 décembre 2024

Je vais essayer de résumer nos travaux en cinq points.

Premièrement : Le notaire, acteur central de la justice préventive.

Cette journée a mis en avant le rôle essentiel du notaire comme garant de la sécurité publique et promoteur d'une justice préventive. Pour rappel, la mission du notaire est d'alléger la charge des juges grâce à des interventions rigoureuses et impartiales afin de prévenir les litiges. Cette perspective a été illustrée par le président Jens Bormann, qui a présenté le notaire comme une institution de justice préventive rendant la justice sans recours au procès.

Deuxièmement : Des modèles diversifiés et complémentaires.

Nous avons également exploré la diversité des systèmes juridiques qui constituent l'objet de ce dialogue. En France, Thierry Vachon a montré comment les notaires gèrent presque entièrement les successions, reflétant un modèle historique efficace. En revanche, Susan Marriott a décrit la pratique dans les pays de Common Law, où des administrateurs non juristes sont assistés par des avocats. En Italie, Elisa Puglielli a souligné l'impact positif des notaires sur la sécurité juridique des actes et sur les registres publics, avec un taux quasi nul de litiges immobiliers. À Porto Rico, Annie Rivera Cruz a mis en avant le rôle crucial du notaire dans des situations de crise, comme la restauration des titres après des catastrophes naturelles.

Troisièmement : Coexistence des professions et défis de la dualité avocat-notaire.

Plusieurs interventions ont montré la coexistence, parfois complexe, entre les fonctions d'avocat et de notaire. Cela a été particulièrement souligné par David Willig. Il a décrit la situation en Floride, où les *civil law notaries*, bien que peu nombreux, ont un potentiel significatif de développement, notamment dans les matières non contentieuses, tandis que les notaires de Floride sont également avocats. Dennis Martínez Colón a expliqué avec clarté et honnêteté la dualité avocat-notaire à Porto Rico. Je pense que cet exercice de clarification serait utile dans chacun des pays de notre Union où une dualité similaire existe.

Quatrièmement : Perspectives d'avenir.

Les présentations ont également ouvert des perspectives stimulantes. Phillip Bender a introduit le concept de “Nudge” pour repenser les fonctions traditionnelles du notaire. Bien que novateur, ce concept pose des défis de perception, notamment en Europe, où il est parfois associé à un paternalisme libéral. Cependant, cette réflexion a ouvert de nouvelles perspectives pour le notaire de demain. Le professeur Peter Murray a expliqué avec passion les dynamiques du système américain, où les “title companies” assument des responsabilités qui soulèvent des questions sur l'accès équitable et le conseil juridique.

Cinquièmement et dernier point :

Les fondements du notariat : indépendance et impartialité.

Les interventions de Sigfrido Steidel et Jens Bormann ont rappelé les valeurs fondamentales du notariat : impartialité, autorité publique, pacification et quête de justice. Ces principes, qui rapprochent les notaires des juges, nécessitent une forte indépendance et une stricte éthique professionnelle.

Pour conclure, au nom de l'Union Internationale du Notariat, je tiens à exprimer ma plus profonde gratitude au Collège Notarial de Porto Rico pour son accueil exceptionnel. À tous nos collègues de Porto Rico, je souhaite à mon tour une chaleureuse salutation caribéenne. À nos coordinateurs, David Figueroa Márquez et Manuel Pérez Caballer, pour leur rôle d'experts en tant que modérateurs des débats, et bien sûr à nos interprètes, indispensables à la réussite de nos échanges internes.



*Merci à tous pour votre engagement et votre participation,
et que cet esprit de collaboration continue d'inspirer nos travaux futurs.
Merci à tous.*