

SENTÈNCIA 2000-42 DE 18 DE SETEMBRE DE 2000

**PROTOCOLS NOTARIALS. Naturalesa pública. REQUISITS DEL COSTUM
COM A FONT DEL DRET. LA *LONGEVA CONSUETUDO* .**

**No es demostra que la compra i venda de protocols sigui un fet constant
i general. LA *OPINIO IURIS SEU NECESSITATIS*. Les actuacions puntuals
de compra i venda de protocols no han passat a formar part de
la consciència jurídica que es necessita per tal que un costum
pugui ser considerat com a tal. SISTEMA DE FONTS AUTOSUFICIENT.
No necessita d'acudir a països veïns.**

Ponent : M.I. Sr. Lluís Saura Lluvià

A N T E C E D E N T S D E F E T

1.- El Butlletí Oficial del Principat d'Andorra de 10 de març de 1999 va publicar dos decrets del govern d'Andorra, adoptats el dia 3, en execució de la Llei del notariat de 28 de novembre de 1996 i del Reglament general del notariat de 20 de febrer de 1998: en el primer decret s'acordava el cessament, en el seu càrrec de notari, del Sr. M.A.S. i es determinava la supressió de la seva notaria; en el segon s'establia que els protocols notarials anteriors de titularitat pública passaven a formar part d'immediat de l'Arxiu General de Protocols o de l'Arxiu Històric Nacional, en el cas au tinguin més de cent anys, i s'indicava, a més, i pel que ara interessa, que "el protocol notarial és el conjunt d'instruments, índex i documentació que s'hagi derivat de l'exercici de la funció notarial".

El Govern d'Andorra va comunicar-li l'acord citat personalment, mitjançant una carta del M.I. Cap de Govern, de 18 de març de 1999, demanant-li que, en execució dels dos decrets citats diposités els seus protocols a la Cambra de Notaris.

Contra el segon dels acords citats, el Sr. M.A.S. va interposar, el 25 de març, un recurs de reposició demanant la nul·litat del decret en la mesura que no preveia cap mena d'indemnització per la cessió del seu protocol, i expressava la consideració d'inconstitucionalitat de la Disposició Transitòria Segona de la Llei del notariat.

El recurs va ser desestimat per acord del Govern de 12 de maig de 1999, notificat al recurrent el 18 de maig.

2.- Contra l'acord esmentat i contra el Decret de 3 de març el Sr. M.A.S. va interposar demanda davant la Secció Administrativa de la Batllia, demanant la nul·litat del decret i el reconeixement dels drets de contingut econòmic sobre els

protocols notariais constituïts en l'exercici del seu càrrec de Notari a les Valls, en els termes que són de veure en el suplica de la seva demanda.

3.- La secció Administrativa de la Batllia, en la sentència número 2000-11, de 17 de febrer de 2000, va desestimar la demanda i va declarar que la resolució del Govern de 12 de maig de 1999 confirmant el Decret de 3 de març anterior és ajustada al Dret, i no va donar lloc a la qüestió d'inconstitucionalitat demanada per l'agent.

4.- Contra la sentència de la Batllia, la representació processal del Sr. M.A.S. va interposar recurs d'apel·lació, que tingué entrada en la secretaria d'aquesta Sala el 29 de març de 2000. Considera que el Decret s'excedeix de les exigències de la Llei del notariat i el seu reglament, en la mesura que defineix el protocol sense distingir entre l'abans i el després de la llei de 1996, i és contrari a la Constitució perquè es fonamenta en una llei inconstitucional que conté una expropiació legislativa dels protocols notariais sense reconèixer el dret a percebre cap mena d'indemnització, i perquè produeix efectes retroactius desfavorables, i demana novament el plantejament de la inconstitucionalitat de la disposició transitòria segona de la Llei del notariat.

5.- De l'anterior escrit se'n va donar trasllat a la representació del M.I. Govern, que el va contestar el 14 d'abril de 2000 demanant la confirmació de la sentència en la mesura que no hi ha cap dret econòmic consolidat a obtenir indemnització, i que la definició del protocol notarial és ajustada a la legalitat.

6.- Per providència de 14 d'abril de 2000 es va donar tràmit de conclusions a les parts, que les van formular, respectivament, el 10 i el 4 de maig de 2000, quedant posteriorment les actuacions vistes per a deliberar i decidir.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- La Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia és competent per a conèixer del present recurs, segons l'article 39,3 de la Llei Qualificada de la Justícia.

Segon.- La sentència de la Secció Administrativa de la Batllia ha declarat ajustats al Dret tant el Decret de 3 de març de 1999 (publicat al BOPA del 10 de març) com l'acord del Govern de 12 de maig de 1999 que desestimava el recurs de reposició que s'hi havia interposat en contra.

El marc jurídic en el qual s'inscriuen els acords esmentats és el següent: la Llei del notariat, de 28 de novembre de 1996 va declarar -article 11- que "Els protocols notariais pertanyen a l'Estat", i en la Disposició transitòria segona va establir que "Els protocols notariais constituïts abans de l'entrada en vigor de la present Llei són propietat de l'Estat ...". La Disposició transitòria primera del

Reglament general del notariat, de 28 de novembre de 1996, va establir que “En cessar en el seu càrrec els dos notaris actualment en exercici, han de dipositar la totalitat de llurs protocols a l’Arxiu General de Protocols” que es creava en el mateix Reglament, per tal que els successors de nou nomenament puguin fer les consultes necessàries per a l’exercici de la seva funció.

Arribat el moment de la jubilació del notari Sr. M.A.S., el primer dels Decrets de 3 de març de 1999 va establir el seu cessament i va determinar la supressió de la seva notaria, i el segon dels Decrets citats va acordar, en els termes que hem transcrit en els antecedents de fet, que els protocols anteriors de titularitat pública passen a formar part de l’Arxiu que els correspongui.

La part agent en la primera instància reproduceix en aquesta segona les seves pretensions de que se li reconegui, en seu jurisdiccional, el dret a percebre una indemnització, que la llei li nega en no preveure-la i el Govern també, per la cessió a l’Estat dels protocols que va adquirir, mitjançant un preu, de notaris anteriors o dels seus drethavents.

Aquesta és la qüestió substancial que es planteja en aquest recurs, i tot i que els escrits de la part agent i apel·lant fan consideracions sobre la definició que del protocol notarial conté el segon Decret de 3 de març de 1999, el cert és que es tracta de quelcom irrellevant o neutre a l’hora d’analitzar la qüestió principal.

Tercer.- Els arguments jurídics de l’apel·lant remarquen la inconstitucionalitat de la Disposició transitòria segona de la Llei del notariat en la mesura en què no preveu cap mena de compensació econòmica als notaris els protocols notariais dels quals, constituïts abans de l’entrada en vigor de la Llei, es declaren propietat de l’Estat. A criteri de la part apel·lant, la manca d’una previsió d’aquesta naturalesa vulnera l’article 27.2 de la Constitució, que prohibeix la privació de bens o de drets si no és per causa justificada d’interès públic, mitjançant la justa indemnització i d’acord amb el procediment establert per la llei.

No obstant, l’absència d’una previsió com la que troba a faltar la part apel·lant en la Llei del notariat no elimina el dret a demanar la indemnització pels motius pels que ho fa la part agent, ja sigui per la via escollida en aquest recurs contenciós administratiu, és a dir, a partir d’un acte d’aplicació de la Llei del notariat, ja sigui en virtut d’una petició d’indemnització independent, contra quina eventual denegació es pot acudir a aquesta jurisdicció, indemnització que, en qualsevol cas, només s’haurà de reconèixer si concorren els supòsits de fet i de Dret que la fan possible.

El tractament jurídic de la qüestió plantejada no exigeix tant analitzar la pretesa inconstitucionalitat de la Llei del notariat en els termes que proposa la part agent com determinar si els notaris al Principat tenien, abans de la seva

entrada en vigor, algun dret de propietat sobre els protocols notariais la privació del qual per virtut d'una norma legal els doni dret a percebre una indemnització.

Per tant, no concorren les circumstàncies que els articles 53.1 de la Llei Qualificada del Tribunal Constitucional i 5 de la Llei Qualificada de la Justícia, en relació amb l'article 100 de la Constitució preveuen per plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat de la Disposició transitòria segona de la Llei del notariat.

Quart.- Des del plantejament exposat, el que cal determinar és, com ja hem avançat, si durant el llarg període de temps anterior a la promulgació de la Llei del notariat s'ha creat un ús o un costum, entre els fedataris públics del Principat, que permeti entendre que els protocols són propietat dels notaris. Aquesta pràctica només generarà drets a favor de l'agent en la mesura que la compra i venda de protocols s'hagi convertit en una obligació exigible jurídicament entre tots el notaris, però no en altre cas.

Els usos i costums han estat sempre font del Dret al Principat i així ho reconeix l'article 6 del Codi de l'Administració, que situa les normes del dret consuetudinari entre les que obliguen a les Administracions públiques.

Tanmateix, per tal que puguem considerar un costum com a font del Dret es necessiten dos requisits: d'una banda, la *longeva consuetudo*, és a dir, la pràctica general al llarg d'un període de temps; d'altra banda, la *opinio iuris seu necessitatis*, és a dir, la convicció jurídica indiscutible de que allò en que el costum consisteix és obligatori.

Veurem tot seguit si en el cas concorren aquests dos requisits:

A) El primer exigeix provar que en la tradició jurídica andorrana la successió entre notaris comportava l'adquisició, pel notari successor, ja sigui de l'antecessor, ja sigui dels seus hereus, del protocol, mitjançant un preu.

La prova que s'ha practicat per acreditar-ho consisteix en: a) el document subscrit el 18 de desembre de 1901, pel qual la vídua i fill del notari P.C. i Armengol venen i cedeixen el protocol d'aquest i el del notari P.C. al notari B.M.; b) el document subscrit el 7 d'agost de 1957 pel qual el Sr. T. M. cedeix al Sr. M.A.S. els manuals i d'escriptures públiques del seu antecessor B.M. i igualment els del seu besavi B.M.; c) una manifestació feta, davant el notari Sr. J.E., l'1 d'abril de 1999 pel notari Sr. M.V. en el sentit de què el Sr. M.V. va comprar i pagar al notari senyor R.J.B. tota la documentació notarial que li remeté, inclòs el propi protocol.

Tanmateix, si s'examina l'acta d'1 d'abril de 1999 per la qual el notari Sr. M.V. incorpora a la mateixa la relació de protocols rebuts del notari Sr. J., i l'inventari de protocols notariais amb una antiguitat de més de cent anys que fou traspassat a l'Arxiu Històric nacional pel notari esmentat, es comprova que entre

1585 fins 1898 hi va haver un total de 25 notaris a les Valls d'Andorra, i així es fa constar en l'acta, sense contar els que han exercit el càrrec fins l'entrada en vigor de la Llei del notariat.

És evident que abans l'entrada en vigor de la Llei del notariat les successions entre notaris han estat molt nombroses al Principat però la part agent no aporta, cap altre document, apart dels exposats, en el que hi consti la venda dels protocols entre notaris de forma igual o similar quan si es tractés d'un ús comú i generalitzat probablement hi hauria forma de provar-ho.

El que s'acaba de dir no significa, evidentment, que aquesta pràctica no fos més habitual que el que s'ha aconseguit demostrar, però en el marc de la valoració que sobre el seu grau d'implantació correspon fer ara, més evident és que l'estat de la prova dificulta la consideració de que la compra i venda de protocols sigui un fet constant i general.

B) La *opinio iuris seu necessitatis*, com a requisit espiritual del costum, demana que allò que es vol com costum ho sigui perquè es considera norma obligatòria i vigent, és a dir, Dret.

Però com veurem tot seguit sempre s'ha qüestionat que la compra i venda de protocols fos quelcom amb eficàcia normativa.

B.1.) Des del punt de vista de la doctrina, ja posa en relleu la sentència de la Batllia com Brutails (La coutume d'Andorre. Monumenta Andorrana, segona edició, 1965, pàgina 104) exposa que "la creença dels notaris andorrans de que els manuals són de la seva propietat personal és inadmissible perquè a Andorra, com arreu, no poden ser altra cosa que els dipositaris de les seves minutes". Igualment, Fiter i Rossell (Introducció al Dret Administratiu Andorrà. Monumenta Andorrana, edició 1974, pàgina 292) exposa que "ha estat també costum, ratificat per disposicions del Consell (acord del 20 de desembre del 1900) que els manuals que en morir un notari deixi, passaran al seu successor sense remuneració de cap mena".

B.2.) D'altra banda, i com acabem d'indicar, el Consell General de les Valls va acordar expressament, el 20 de desembre de 1900, que els manuals que al morir deixi un notari passaran al seu successor sense remuneració de cap mena. Tot i que la part agent considera que aquesta declaració no té valor normatiu perquè no es va dictar en el marc de les competències pròpies del Consell General de les Valls per tal com la competència per regular tot allò atenent als notaris estava reservada als Coprínceps, el cert és que, sempre des de la perspectiva valorativa que ara estem duent a terme, un acord d'aquesta naturalesa és molt eloqüent sobre el grau d'assimilació, en àmbits institucionals i jurídics, d'aquesta pràctica.

La conclusió que s'extrau de les dades anteriors no pot ser altra que la de que la titularitat privada dels protocols i, per tant la seva possibilitat de disposar-ne per cada notari mitjançant un preu a favor del successor, no ha estat mai pacífica i per tant, les actuacions, puntuals pel que sembla, que s'han dut a terme en aquest sentit no han passat a formar part de la consciència jurídica que es necessita per tal que un costum pugui ser considerat com a tal.

Cinquè.- Però hi ha altres raons que abonen el que estem indicant. Si allò que es vol definir com a costum s'oposa als principis que són inherents a la naturalesa de les institucions no pot arribar a constituir una consuetud legal amb força d'obligar coactivament perquè, com deia la llei romana, l'autoritat d'un costum no pot ser mai que *aut rationem vincat aut legem* (Cod., 8, 53, 2), principi enrobustit pel dret canònic vigent a Andorra, el qual exigeix que la consuetud sigui justa, raonable i útil (*in Sexto*, 2 i 4, i el tít. *de consuetudine*, a les Decretals de Gregori IX).

El protocol notarial, com a conjunt d'instruments públics originals autoritzat per un notari es, per naturalesa, públic, de manera que els notaris no tenen, sobre el mateix, més que el dret i deure de custòdia que els correspon com a dipositaris, per tal de garantir tant la seguretat jurídica com la confidencialitat i secret de les dades que hi consten, però la naturalesa del protocol és i ha estat pública *per se*, de manera que si d'alguna propietat es podia parlar sobre els instruments públics que conformen el protocol, aquesta correspondria als atorgants dels instruments, però mai al notari autoritzant dels mateixos. En conseqüència, la compra i venda dels protocols és incompatible amb la seva naturalesa intrínseca i mai pot generar un costum amb força d'obligar.

Sisè.- En els principals escrits de la part agent es compara l'evolució que ha experimentat el notariat al Principat amb la que va experimentar als països veïns el segle XIX i particularment a Espanya, per concloure que la Ley general del notariado incloïa una previsió indemnitzatòria als notaris pels seus protocols, previsió que també s'havia adoptat en l'avantprojecte de Llei del notariat andorrana i que, finalment no va prosperar, i d'aquesta comparació demana a la Sala una conclusió i per tant un pronunciament equivalent.

L'ordenament jurídic del principat d'Andorra conté, particularment a partir del codi de l'Administració de 1989, un sistema de fonts del Dret que obliga als seus aplicadors a interpretar-lo d'acord amb el sentit i l'evolució interna que les institucions tenen al Principat. Per tant, les experiències que sobre les institucions jurídiques iguals a les nostres hagin tingut els països veïns poder guiar la funció del legislador i fins i tot poden subministrar referències argumentals als aplicadors del Dret, però no poden anar més enllà quan l'ordenament jurídic subministra claus interpretatives suficients als tribunals per trobar solucions pròpies, com passa en el cas present.

Això és així ara i ho estat sempre al Principat, ja que amb anterioritat als cossos normatius exposats, en tot el títol *De legibus* del Digest no es troba cap norma que autoritzi una tècnica com l'exposada, ans al contrari, *l'horror vacui* del Dret se superà, en el dret romà, apel·lant a la funció integradora confiada a l'autoritat del Pretor (Dig., 1, 7, 7, 1).

Setè.- Per tot el que ha estat exposat, la pretensió que exerceix la part apel·lant no pot ser estimada la qual cosa comporta la desestimació del recurs i la confirmació de la sentència dictada per la Batllia sense que s'apreciïn circumstàncies determinants d'un especial pronunciament pel que fa al pagament de les despeses d'aquesta segona instància.

DECISIÓ

En atenció a tot el que s'ha exposat, el Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, en nom del poble andorrà, decideix desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Sr. M.A.S. contra la sentència de la Secció Administrativa de la Batllia, número 2000-11, de 17 de febrer de 2000, que es confirma íntegrament, sense fer pronunciament sobre les despeses d'aquesta segona instància.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.