

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ  
DE CATALUNYA

# LA SEGURETAT JURÍDICA DOCUMENTAL A L'EUROPA UNIDA DEL SEGLE XXI

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO

i

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. LLUÍS ROCA-SASTRE I MUNCUNILL

*1 de desembre de 1998*

BARCELONA

MCMXCVIII



DISCURS D'INGRÉS  
de l'acadèmic de número  
IL·LM. SR. JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO



Excel·lentíssimes/s, Honorables i Il·lustríssimes/s senyores i senyors;  
companyes i companys;  
senyores i senyors:

Siguin les meves primeres paraules de gratitud, evocació i justificació.

Gratitud, d'una banda, als meus companys d'aquesta Acadèmia, per la decisió que en el seu moment van adoptar de nomenar-me membre electe de la mateixa; i per una altra, a tots els assistents a aquest acte, per l'atenció que per mi suposa la seva presència en ell.

Evocació, de dos juristes irremeiablement absents.

Un, el jurista clàssic català de la primera meitat del segle XVII, Joan Pere FONTANELLA, a la memòria de qui l'Acadèmia va dedicar amb el seu nom, un dels seus setials numerats, que és el que em pertoca ocupar. Fet que em complau, primer, per l'exemplar historial de vocació estudiosa del Dret del personatge evocat; segon, perquè el que l'impulsà a l'estudi jurídic va ser el seu doble ofici pràctic de notari i d'advocat, i així la seva obra principal, *De pactis nuptialibus*, té l'estructura d'un formulari notarial on cada clàusula és fonamentada en una glossa de ciència jurídica; però, tercer, una ciència mai de signe dogmàtic, sinó ètic, orientada sempre a l'equitat, a la qual li va portar a més de la seva vivència professional, la seva dedicació a l'anàlisi de la jurisprudència del seu temps, compilada en la seva altra obra principal, que va titular *Sacri senatus Cathaloniae decisiones*.

L'altre absent, encara molt pròxim, i quina prestigiosa influència ha estat gran a l'Acadèmia, és el meu antecessor directe en aquell setial: En Lluís Figa i Faura. L'única faceta amarga del meu accés a aquesta Institució ha estat el fet que la seva ocasió hagi estat la vacant produïda per la seva mort, tristesa que no compensa el fet que aquesta via signifiqui a la vegada seguir la seva estela. Vull ara ressaltar que a aquest benvolgut predecessor dec en bona part la meua integració en aquest país; car ell, membre del Tribunal d'oposicions entre notaris en què vaig cobrir una vacant de Barcelona, em va encarir especialment a no ser au de pas a Catalunya, sinó arrelar-me en ella; incitació insistent que em va arribar a l'àni-

ma, i vet ací la meva resposta en fets: aquí em vaig integrar al llarg de trenta-quatre anys, resta del meu temps actiu d'exercici de la meva funció pública i professional; aquí em vaig doctorar; aquí vaig continuar fent els meus treballs doctrinals —en part sobre Dret català— i vaig col·laborar i segueixo fent-ho en l'activitat universitària catalana. M'he realitzat així, i sempre agrairé per això el consell inicial d'En Lluís Figa, quina amistat vaig tenir en gran estima i quin estil professional va ésser en tot moment model del meu. Si no he pogut compartir amb ell, com hagués preferit, la taula acadèmica, heretar el seu escó és per a mi honor, repte i compromís.

Finalment, vull justificar la meva elecció del tema d'aquest discurs. Insistent en la gastada —però sens dubte precisa— terminologia orteguiana, dic que a aquesta elecció m'ha mogut sobretot, la meva personal circumstància. No sols per haver exercit tota la meva vida activa la funció notarial, l'objecte de la qual és el control preventiu, a través de la formalització documental d'actes i negocis, de l'ajust a Dret dels seus elements i continguts; quelcom que fa anys vaig batejar com «el fons de la Forma»; sinó també per la conjuntura que visc: la meva jubilació després de quaranta-cinc anys alhora d'exercici pràctic i de teorització constant sobre aquest ofici de seguretat jurídica privada; i pel canvi, accelerat en quèts últims temps, del Dret a aplicar en ell, fins i tot en les seves fonts de generació, car en una part important ha provingut ja de directrius supraestatals, i encara en major mesura provindrà d'elles en l'esdevenidor. S'entendrà doncs que des d'una circumstància com aquesta, la meva atenció s'hagi orientat vers l'avenir. Tot i que la meva persona pertanyi ja més a un passat irreversible que a un present molt provisional; i potser per això mateix, faig d'aquesta manera un exercici de supervivència, si més no, intel·lectual.

# I

## PLANTEJAMENT I PRESSUPÒSITS

Davant el gran projecte de la Unió Europea, ja en avançat procés de construcció i la plenitud de la qual s'espera per al primer decenni de l'imminent nou segle, els juristes dels països implicats ens plantegem fins quin extrem, quines matèries i amb quina urgència caldrà en el seu si, a fi de reforçar la seva cohesió i no pertorbar amb factors de risc la concurrència lleial al mercat comú de béns i serveis que va ser el seu embrió, adoptar una normativa jurídica homogènia o una harmonització profunda dels diversos sistemes i institucions del Dret dels països membres, que commouria tradicions que van contribuir a conformar les seves cultures i per tant les seves identitats respectives.

### a) *Les diversitats jurídiques i el seu diferent grau de compatibilitat*

De la realitat d'aquesta diversitat de sistemes jurídics s'ha de partir com pressupòsit per preparar el futur projectat; i per assolir aquest amb garanties de solidesa, meditar bé com s'ha d'operar sobre ells, especialment —per la seva importància per a l'Economia— sobre els sistemes de seguretat jurídica. El modest assaig de reflexió que aquest discurs pretén ser apunta a aquesta direcció.

Doncs bé; penso que quants ens disposem a aquesta reflexió analítica des d'uns països on —com és el cas d'Espanya— hi ha una pluralitat interna d'ordenaments jurídics privats, gaudim, per progressar en aquella, del gran avantatge d'haver-nos format en una tradició històrica en la qual s'ha viscut una experiència paral·lela a aquesta que la Unió Europea té ara com ara davant seu i en la qual es trobarà més i més engatjada fins arribar a un punt crític en el qual no hi haurà retorn possible, i sí en canvi l'exigència d'opcions decisòries ineludibles per elucidar quina part de dits ordenaments plurals podrà perviure indefinidament en la seva diversitat, i quina altra en canvi haurà d'adaptar-se necessàriament (per mitjà d'un procés d'harmonització tan profund com la lògica de l'Economia i de la Política exigeixin) a unes directrius comunes d'una acció que s'haurà de desenvolupar —en règim de competència— sobre un camp operatiu compartit.

Per consegüent, l'evolució d'aquestes experiències nacionals internes, i les proporcions assolides de diversitats compatibles i de règim unitari en la resta, així com les assignacions de matèries respectivament fetes a una i altra àrea, constitueixen antecedents d'orientació fiables per a la tasca que espera a juristes i polítics implicats en aquest necessari objectiu d'aproximació normativa que estalviï incertituds i inseguretats que serien el pitjor enemic del sistema econòmic triat en comú. No és exagerat afirmar que una anàlisi crítica-comparativa de dites expe-

riències aïllades de pluralitat normativa interna suposa avançar un bon tros del camí comunitari per recórrer.

Així, per exemple, els criteris de competència legislativa respectiva de l'Estat i les Comunitats Autònomes, adoptats en la Constitució espanyola i assumits en els Estatuts autonòmics de territoris posseïdors d'ordenaments jurídics privats de tradició pròpia poden constituir vàlids referents inspiradors dels que per analogia de situació s'hauran d'adoptar en el Dret Comunitari europeu quan aquest abordi el tema de la compatibilitat entre els diversos ordenaments jurídics privats dels països membres; i més quan els fonaments del projecte europeu han estat i són els d'un *Mercat Comú*: els de l'activitat econòmica d'intercanvi de béns i serveis en un determinat espai compartit a aquests efectes, i que per al lleial desenvolupament d'aquesta activitat en competència s'ha de regir per unes normes unitàries.

La Història ha demostrat ja àmpliament que hi ha drets substantius, la diversitat dels quals entre les diferents comunitats humanes que comparteixen un territori comú d'organització política i d'activitat econòmica no afecta gens ni mica a la seva normal convivència; i Espanya és, entre altres, un exemple clar i potser el de més àmplia varietat. Però això sols és incontestable en el que respecta a relacions o situacions jurídiques d'absoluta privacitat; és a dir, d'interès purament individual, sense cap interferència amb l'interès públic de la total comunitat política. És el cas de les relacions econòmiques familiars, dels drets successoris i dels actes gratuïts.

La compatibilitat, però, entra en qüestió quan la diversitat es plantegi més enllà d'aquests àmbits, fins i tot en matèries que pel simple fet de derivar de relacions entre particulars i referir-se a béns o serveis aliens en si mateixos al patrimoni o a l'organització pública, s'han vingut qualificant fins suara com «de Dret privat» per la ciència jurídica tradicional. Aquesta qualificació ja està en dubte en el que respecta a les activitats econòmiques a compartir en règim d'intercanvi; és a dir, al conjunt d'actes i negocis jurídics patrimonials que en un marc comú de lliure circulació constitueixen el trànsit d'interessos materials que avui es denomina «*mercat de béns i serveis*» i ha passat a constituir la base d'un Sistema d'Economia, elevat sota dit nom a categoria constitucional. No pot llavors negar-se l'interès públic en l'òptim funcionament de tal sistema. I sense perjudici de la seva creativitat, fundada en el principi d'autonomia de la voluntat i la seva consegüent llibertat de pactes i número obert de figures jurídiques susceptibles de constituir-se i tipificar-se, avui s'afirma que per garantir aquell funcionament i aquesta llibertat creativa, les seves regles bàsiques han de ser comunes, així com homogenis els límits de la moral social i l'ordre públic, ja que una altra cosa faria inviable tant la comunitat econòmica com la política.

A Espanya, la Llei Fonamental i el seu òrgan suprem d'interpretació s'han pronunciat ja per aquest principi d'unitat. A aquesta mentalitat responen l'art.

149,1, 8a de la Constitució espanyola quan reserva a l'Estat la competència legislativa exclusiva en matèria de «bases (=principis) de les obligacions contractuals», i la insistent reivindicació del principi *d'unitat de mercat* en la jurisprudència del Tribunal Constitucional. I és de subratllar que la referència constitucional a les obligacions contractuals no es limita als contractes tinguts per mercantils pel seu objecte o per generar-se en l'exercici d'una professió industrial o comercial. Les transaccions econòmiques sobre béns i serveis són avui considerades com a activitats «de mercat», sigui primari o secundari, encara que no constitueixin part d'un gir i trànsit professional; i la normativa de l'I.V.A. comparteix parcialment aquesta concepció en subjectar a aquesta imposició indirecta les primeres trameses de béns, i les prestacions de serveis, tant si són ocasionals com realitzades habitualment en exercici professional.

Davant aquests nous criteris sobre l'activitat jurídica de continguts econòmics, hom pot pressentir una gradual reducció de l'extensa àrea qualificada tradicionalment com Dret Privat a aquelles relacions en què —com les de Família, o Successions i Donacions— els possibles continguts econòmics, en estar causalitzats per vincles humans afectius, es produeixen amb una privacitat pràcticament absoluta, de manera que les seves diversitats territorials en un mateix país no suposen cap trastorn per al conjunt del seu sistema jurídic econòmic; i igual succeiria si es plantejessin en qualsevol espai supranacional i entre subjectes de diferent nacionalitat. En canvi, a la resta del tradicional Dret privat no hi ha tal internalitat, ni condicionament per vincles personals; i per més que les seves relacions s'estableixin entre subjectes particulars, incideixen, encara que sigui en menor proporció, en l'estadística de resultats del conjunt del «mercado de béns i serveis», passant amb això a ser matèria d'interès públic, la qual cosa els portarà a regulacions que amb més o menys intensitat vindran influïdes per criteris de Dret Públic.

Això fa percebre cada dia més, tant l'evanescència de la divisió entre *el privat* i *el públic* com l'obsolescència de la que separa *el civil* i *el mercantil*; ja que encara que entre aquells conceptes existeixen sens dubte factors distintius objectius, el seu efecte diferencial és tan relatiu com contingent; sent la transcendència dels interessos privats, en cada transacció concreta, secundària amb relació a l'interès públic en la plenitud de realització del sistema econòmic de mercat en el seu conjunt; i aquest, un camp en què, sigui com vulgui la seva proporció interna, compten tant les activitats ocasionals com les professionals. Per tant, existint en ell un interès públic, s'imposa la *generalitat*; és a dir, la *unitarietat*, en la regulació jurídica del sistema; de manera que admès que és *mercado* tota activitat patrimonial que no sigui familiar, successòria o gratuïta, en uns casos la professionalitat empresarial, o en altres la seva absència, sols es traduirà en l'aplicabilitat o no —al marge d'altres d'ordre tributari— de certes normatives complementàries no menys generals de l'activitat econòmica, com són les de protecció de consu-

midors i usuaris, defensa de la lliure concurrència o repressió de la competència deslleial; totes les quals tenen perfecta cabuda en una teoria general unitària de les Obligacions i Contractes.

Aquesta concepció no és nova; atès que fa un temps ja considerable va ser adoptada per un Codi suís amb aquesta denominació i pel Codi civil italià; l'exemple del qual ha seguit, molt recentment, el nou Codi civil holandès. I encara més: avui ja és extensa l'opinió que preconitza una nova sistemàtica jurídica, de la qual constitueixi part separada un ampli Dret Econòmic o Patrimonial el qual, a més a més de les Obligacions i Contractes sense distinció, inclogui el tractament de la propietat i els drets limitatius de la mateixa sobre béns de valor material. I en realitat, no deixa de tenir fonament; ja que els béns són tant objecte de contracte com els serveis; i és contracte tot acord sobre transmissió de la propietat sobre béns, o sobre constitució, modificació, transmissió o extinció de drets reals limitatius sobre ells; per la qual cosa no podrà estranyar la interpretació que, éssent els béns i els drets sobre els mateixos objecte d'obligacions contractuals, i éssent l'objecte un element bàsic de les mateixes, atès que no hi ha contracte sense objecte, el criteri d'una competència normativa unitària com el que segueix la C. E. sobre les «bases» de les obligacions contractuals, es proposi aplicable també sense extorsió al domini i drets sobre béns, quan afecti a la seva contractació i als requisits pel seu efecte translatiu.

Cert és que en el primer impuls del projecte europeu, l'activitat mercantil professional ha estat la que ha ocupat exclusivament l'atenció dels òrgans de la Comunitat europea dotats de potestat normativa, bé directament, o bé promovent l'harmonització dels seus ordenaments pels Estats membres; i així, les matèries afectades per dites iniciatives han estat les activitats de les entitats bancàries i de crèdit, els mercats de valors, els instruments canviaris (en aquests últims, els Estats van seguir la indicació comunitària d'adaptar a la Llei Uniforme de Ginebra les seves lleis pròpies, per atendre la previsió h) de l'art. 2 del Tractat de Roma); les Societats de Capital; les Agrupacions Europees d'Interès Econòmic; els comptes anuals de les societats i dels grups de societats; les ofertes públiques d'adquisició d'accions; les Cooperatives europees; els transports marítims i aeris; la protecció de consumidors i usuaris; la responsabilitat del fabricant per productes defectuosos i la dels prestadors de serveis, la publicitat comparativa, etc. No obstant això, la Unió Europea és ja un acord nou que supera el marc de la Comunitat de mercat estricte, i el previsible primer pas seria saltar del concepte estricte al lat del mateix; que és el que s'ha produït ja, tal com vam veure, en un Estat com l'espanyol, prototip dels Estats que tenen una diversitat interna d'ordenaments civils: entendre que és mercat tot el que sigui activitat econòmica d'intercanvi de béns i serveis, tant si aquests provenen d'uns professionals de la indústria o del comerç com de subjectes civils; ja que en cas contrari, en la diversitat normativa d'aquests últims contractes davant els primers, podrien trobar refugi falsejaments de

la competència, que vulnerarien la previsió g) de l'art. 3 del Tractat de Roma. A l'àrea doctrinal o acadèmica ja s'han generat propostes d'un codi europeu d'obligacions contractuals, com la formulada per l'Acadèmia de Pavia; que potser es considerin de moment prematures; però que es replantejaran i atendran quan el desenvolupament de la Unió Europea arribi a una fase més madura.<sup>1</sup>

Per la resta, degut a la seva extensió i acceleració, l'activitat econòmica de mercat necessita vitalment un sistema de seguretat jurídica que garantitzi, per a les relacions patrimonials concertades, certesa, estabilitat i preservació o simplificació de conflictes, sense les quals el funcionament del mercat fallaria, i amb ell

---

<sup>1</sup> A banda d'altres materials exògens al procés comunitari europeu, com el Conveni de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies subscrit a Viena l'onze d'abril de 1980, al qual, per la resta, s'han adherit tots els Estats membres de la CEE, avui Unió Europea, mitjançant instruments específics (el d'Espanya és de 17 de juliol de 1990, B.O.E. de 30 de gener de 1991), i que va introduir en aquesta contractació un concepte corrector tan interessant com excessiva desproporció en la onerositat contractual (*gross disparity*), les Directives de la Comissió Europea han produït ja en les darreres dècades una certa unificació, o si més no, harmonització, d'un Dret de Contractes a nivell europeu. Ewoud HONDIUS (veure relació de Bibliografia consultada) cita la Directiva sobre clàusules contractuals abusives, transposada ja per nombrosos Estats membres, assenyalant que, ara com ara, és en curs d'establir-se una altra sobre contractació a distància; i que el Consell de Ministres d'Europa té en procés d'adopció un altre projecte de Directiva sobre garanties dels béns de consum; mentre una altra més, sobre responsabilitat per productes defectuosos, ha estat assumida rere el Tractat de Maastricht per tots els Estats membres, i àdhuc per altres Estats malgrat haver suscitat, inicialment i suara, en alguns polítics, dubtes sobre la seva constitucionalitat. D'altra banda, la jurisprudència del Tribunal Europeu de Justícia és influent en grau important en les reformes legals dels països membres. Certament que avui hom debat si el Tractat de Roma, esmenat pel de Maastricht, constitueix o no un suport constitucional apte per al desenvolupament d'un Codi civil europeu; si una aital codificació fóra una idea encertada; i en cas d'ésser-ho, quins haurien de ser els seus continguts; però de moment, requerida l'opinió dels Estats membres sobre la seva disposició participativa en els treballs preparatoris per a l'estudi i elaboració d'un Codi Europeu de Dret Privat, la resolució, votada en 1993, fou favorable; i també és un fet que l'opinió pública dels professionals (advocats, jutges, professors, etc. d'aquests Estats) està creant moviments organitzatius d'orientació positiva en aquest sentit, amb resultats del màxim interès, com l'*Institut Internacional per a la Unificació del Dret privat (UNIDROIT)*, qui ha elaborat i publicat uns «Principis de la Contractació Comercial Internacional per l'àmbit de les Comunitats Europees»; i la Comissió de Dret Contractual de la CEE, avui Unió Europea, ha redactat també uns *Principis del Dret europeu de contractes*. L'autor que he citat en aquesta nota es manifesta partidari de la idea unificadora pel que concerneix a la matèria jurídica patrimonial, i considera que la de Contractes hauria d'ésser la primera en abordar-se amb aquest propòsit; així com que la dels contractes comercials hauria de precedir igualment, per raons pràctiques, a la dels civils; mostrant-se finalment favorable a dividir el procés en dues fases successives, pre-codificadora i codificadora.

Quant a la iniciativa de l'Acadèmia de Pavia, ha estat analitzada pel professor espanyol J. L. DE LOS MOZOS en la seva conferència *El proyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavia*, pronunciada a la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo de Santander el 27 d'agost de 1998.

En qualsevol cas, la progressió de la idea de la unificació del Dret patrimonial europeu i dels recursos per a la seguretat jurídica de les relacions d'aquesta classe, és un fet incontrovertible entre els juristes dels països membres, en els quals, al parer del professor HONDIUS s'està produint un «clima mental» molt semblant al que va existir a Europa en aproximar-se el segle XIX. El procés podrà ser més o menys gradual o pausat (menys, a mesura que es vagin cobrint les primeres fases de l'objectiu); però és sens dubte irreversible.

les expectatives d'augment de riquesa (i com a resultat d'això, de progrés cap a la justícia social), que pot generar amb un funcionament eficient. I atès que un dels pressupòsits d'aquesta eficiència és la igualtat unitària en les condicions de la concurrència, en els casos en què (com succeeix a Espanya) hi ha una pluralitat interna d'ordenaments civils, la Constitució ha de garantir la unitat del sistema de seguretat jurídica privada, i així ho fa l'espanyola, la qual en el mateix esmentat art. 149,1, 8a de la C. E. reserva també a l'Estat la competència exclusiva per legislar sobre *l'ordenació dels registres i sobre els instruments públics*, com estructures institucionals que són per tal objectiu de seguretat jurídica preventiva; i també sobre l'anomenada *jurisdicció voluntària*, si bé a través de l'art. 149,1,6a, on ve heterodoxament englobada en la matèria processal. En cap d'aquestes tres peces del sistema de seguretat jurídica privada s'admet una altra hipotètica delegació que la gestòria (i per tal supòsit, potser la reglamentària); però no la legislativa.

Doncs bé: considerant la seva superior dimensió, capacitat productiva i generadora de relacions econòmiques, ritme d'activitat i riscos eventuais, encara major és la necessitat de seguretat jurídica homogènia en l'espai d'una comunitat econòmica com l'europea, ja que la concurrència al seu mercat està oberta als ciutadans de tots els seus Estats membres, i aquests, sense excepció, tenen ordenaments privats propis. Per consegüent, s'imposa una harmonització suficient dels seus diversos sistemes de seguretat jurídica, a fi de fer-los compatibles, impedit que de les seves diferències institucionals puguin esdevenir altres de riscos o resultats;<sup>2</sup> quelcom que la unitat de mercat, per imperatiu de la lògica del principi d'igualtat en les condicions de competència, no podria tolerar de cap manera; i més, en un mercat on els interessos implicats són els públics d'un conjunt d'Estats que seguiran conservant atributs sobirans per a impedir el seu perjudici. Referint-la als mecanismes formals de seguretat jurídica de la contractació, i més concretament a la forma documental, la preocupació de la Comunitat europea s'ha posat ja de manifest. Un informe de la Comissió jurídica on es feia constar el creixement de l'activitat notarial a la Comunitat degut a la lliure circulació de persones, serveis i capitals, amb la consegüent aportació de suports documentals d'origens i classes diversos, provocà una resolució del Parlament Europeu de 19 de gener de 1994 sobre el notariat en els països membres, que es pot considerar el primer pas —d'estudi— cap a un debat posterior sobre la se-

---

<sup>2</sup> Per a alguns analistes com el professor parisenc L. VOGEL, fins i tot les modalitats que encara que en baixa proporció o en matisos d'importància menor, diferencien entre si els notariats dels països de l'Europa continental d'inspiració comú en el model llatí, són un factor negatiu cap al debat harmonitzador que tard o d'hora es produirà per lògica exigència del principi d'unitat de mercat, per la qual cosa, perquè no perdi força l'essència del seu comú sistema davant l'oposat model anglès, seria aconsellable que en el si de la Unió Internacional del Notariat Llatí i especialment en la seva comissió europea, es realitzés un esforç cap a aquesta primera aproximació possible, amb rapidesa i voluntat de màxim abast.

va harmonització; necessitat que així es mostra viva ja, abans que la Unió superi la fase professional-mercantil del seu procés integrador i el projecte arribi a una més àmplia concepció jurídica del mercat, que amb molta probabilitat desemboqui en un Dret d'Obligacions i Contractes, o un Dret Patrimonial, comú a tot Europa.

b) *La possible convergència dels diferents models europeus de control documental per a la seguretat jurídica*

Arribats a aquestes primeres previsions i per entrar a considerar més especialment l'abast de l'harmonització que en matèria de seguretat jurídica pugui afectar als ordenaments dels diferents Estats membres, és el moment de procedir a la confrontació dels caràcters dels sistemes de control documental que amb aquest objectiu conviuen a l'espai europeu.<sup>3</sup>

Com és conegut, amb les excepcions de Portugal (on el control documental dels actes i negocis jurídics privats està actualment encomanat a un funcionari administratiu il·lusòriament qualificat de notarial; encara que el sistema està en tràngol de reforma), i la més anecdòtica del Land alemany de Baden-Württemberg (en una part del qual —com en el cantó helvètic de Zürich— l'exerceix un funcionari adscrit a l'aparell judicial), els països implicats en el projecte de la Unió Europea es divideixen en dos desiguals grups en què regeixen dos sistemes dissímils: l'anglès (que és minoritari, seguit en la Gran Bretanya i Irlanda, i —si no plenament, sí amb una similitud suficient per incloure'ls en el mateix grup— Dinamarca, Suècia i Finlàndia), versus l'anomenat llatí-germànic o continental (majoritari, integrat pels restants països de l'actual Comunitat Econòmica Europea: Espanya, França, Bèlgica, Holanda, Luxemburg, Itàlia, Àustria, Alemanya i Grècia, així com pels adherits de més pròxima integració: Txèquia, Hongria i Polònia). És d'advertir que aquesta desproporció encara augmenta a l'espai d'Europa si es considera que d'una banda, entre els restants Estats que la integren, sols Noruega té un sistema inspirat en l'anglès, en tant que per l'altre, a Suïssa i Turquia regeix

---

<sup>3</sup> La meua intenció originària —i el meu desig de portar-la a terme— era haver fet aquesta confrontació en relació amb les tres peces que es componen els sistemes preventius de seguretat jurídica privada: l'empara cautelar judicial (mal anomenat jurisdicció voluntària en la doctrina continental europea), el control formal documental i els registres públics de qualificació i publicitat tècnics. Ara bé: tal pretensió (que no descarto realitzar més endavant en una altra oportunitat) resultava totalment il·lusòria per a la present, per desbordar els límits que l'ús acadèmic marca per als discursos d'ingrés, més els que té establerts per la seva publicació la revista en què aquests veuen la llum; límits que s'haguessin esgotat en el desenvolupament de cadascuna d'aquelles tres peces. Per tant, aquí he hagut de cenyir-me només a una d'elles, i com és lògic per raons d'especialitat i experiència personal, escollir per fer-ho aquella a la qual he dedicat la meua sencera vida professional: el control preventiu de regularitat de les relacions jurídiques privades a través de la formalització documental dels actes o contractes en què aquestes es constitueixen, modifiquen o extingeixen.

també el sistema llatí continental, i la immensa majoria dels Estats que van formar part de l'anomenat Bloc de l'Est en l'abandonat experiment del Socialisme d'Estat (llevat de Bòsnia, Iugoslàvia i Bielorússia), o també l'han adoptat ja, o han iniciat el tràmit legislatiu per adoptar-lo.<sup>4</sup>

No obstant això, aquesta desproporció es redueix en bona mesura en els altres quatre continents. Deixant al marge, d'una banda els països islàmics, i per un altre els EE.UU. d'Amèrica del Nord —la seguretat preventiva dels quals segueix models propis i aïllats— a la resta del món la influència o herència dels dos sistemes que dominen a Europa (que en part és empremta de la respectiva història colonial dels països que en ella els segueixen), es reparteix amb franc equilibri;<sup>5</sup> la qual cosa no pot deixar de tenir-se en compte, atès que indueix a suposar i comprendre que cap d'aquests dos models tan universals admetrà quedar immolat sense més en el procés de l'homogeneïtzació institucional de la Unió Europea; i, en conseqüència, els polítics i juristes hauran d'estudiar i proposar un sistema transaccional en què prevalguin els aspectes que hagin acreditat a cadascun major uti-

---

<sup>4</sup> Han aprovat ja una llei privatitzadora del notariat, per aquest ordre: Polònia i Hongria el 1991; Lituània, Eslovàquia i Txèquia el 1992; Rússia, Ucraïna, Letònia, Croàcia i Estònia el 1993; Eslovènia i Albània el 1994; Romania el 1995; Georgia i Bulgària el 1996 i Moldàvia el 1997. Bielorússia té encara molt endarrerit el procés legislatiu en el mateix sentit. Iugoslàvia i Bòsnia no el tenen iniciat encara. De totes maneres, en alguns dels països les lleis dels quals han adoptat ja el model de notariat no funcional i document notarial autèntic, el procés readaptador no està encara conclòs. A Rússia, Ucraïna i Bulgària no ha desaparegut encara completament el notariat d'Estat, fet que suposa una situació transitòria de durada indefinida en què existirà una dualitat de sistemes, encara que l'estatus d'un d'ells, el de funcionariat, sigui «a extingir».

En aquest grup de «països readaptats», Hongria, Txèquia, Eslovàquia, Eslovènia i Croàcia han dissenyat els seus notariats prenent l'austríac com a referència; Estònia, Letònia, Lituània, Rússia, Ucraïna i Bulgària, sobre el model alemany; i Romania, Moldàvia i Albània, sobre el francès i italià.

<sup>5</sup> El sistema anglès (tret de l'especialitat dels *scrivener notaries* a la qual s'al·ludeix més endavant en el text primordial) és seguit en la majoria dels països de la Commonwealth i antigues colònies de tots els continents, cosa que suposa Oceania en la seva totalitat; part del Centre i Sud d'Amèrica (Belice, les antigues Antilles i Guaiana angleses) i al nord, els territoris de parla anglesa del Canadà; a l'Àfrica, entre altres, Nigèria, Kenya, Ghana, Uganda, Tanzània, Sud-àfrica i Estats contigus d'antiga administració anglesa; i a l'Àsia, l'Índia, Ceilan, Nepal i Hong Kong; així com, a l'Orient Mitjà, l'Estat d'Israel, que encara que exempt d'influència colonial, va adoptar al temps (encara recent) de la seva creació un sistema inspirat en l'anglès.

El sistema llatí-germànic és —segons s'indica en el text primordial i amb les excepcions allà assenyalades de Portugal i països escandinaus— el del gruix dels països de l'Occident i Centre continental europeu, encara que amb certes variants estructurals, no funcionals, entre ells; i els del que va ser bloc soviètic de l'est, amb Rússia al cap, estan optant també massivament per aquest sistema després de la caiguda del Socialisme d'Estat i l'abandonament del seu sistema funcionarista de seguretat jurídica. Fora d'Europa és així mateix el model general (amb algunes modalitats o diferències estructurals) dels països que van ser, a l'Amèrica, l'Àfrica i l'Àsia, colònies franceses, espanyoles, belgues, holandeses, alemanyes o italianes; i fins i tot en l'Amèrica anglosaxona el segueixen al Canadà la gran província francòfona de Québec, i als EUA, l'Estat de Luisiana i l'Associat de Puerto Rico; havent-se inspirat així mateix en ell, a l'Àsia, els sistemes de Turquia i del Japó, i estant en procés d'adopció del mateix pràcticament tots els països asiàtics de l'antiga URSS. Tot plegat confereix a aquest sistema un cert avantatge de projecció territorial sobre l'anglès, que serà definitiu si conclou el procés que en el mateix sentit s'ha iniciat en la Xina continental.

litat pràctica per preservar, per via preventiva, la seguretat dels actes i negocis jurídics privats incidents al mercat de béns i serveis, potenciant-lo sense pertorbar-lo ni en la seva dinàmica, ni per excessos de cost que desproporcionadament encareixin les transaccions que aquests sistemes controlen.

Per tant, als efectes d'aquest estudi, l'anàlisi comparativa d'aquests dos sistemes, anglès i eurocontinental, ha de fer-se amb cert deteniment i total objectivitat. I per això és indispensable recórrer a l'auxili de la Història, no perquè això sigui una tradició acadèmica; sinó perquè realment és la Història la que sempre explica en la seva major part les raons del present.

Doncs bé, en la Història, les Formes jurídiques en general, i entre elles la documental, han passat per tres successives concepcions.

La primera d'aquestes, la romana, cercava en les Formes, si no únicament, sí principalment, que, a través del cerimonial públic inherent a les mateixes, quedés facilitada la resolució judicial d'un eventual conflicte futur sobre relacions o situacions jurídiques nascudes de contractes o disposicions entre vius o per causa de mort; ja per preconstituïr proves de la seva realitat, ja per servir de notícia pública de la seva existència, la qual permetés la seva impugnació a temps a aquells que per la seva causa poguessin patir un perjudici injust. La missió de les Formes, sota aquesta primera concepció, fou servir al Procés; i a aquesta intenció va obeir, en unes, la presència de testimonis (així, a la *stipulatio*, la *mancipatio*, les transmissions *per aes et libram* o el testament *calatis comitiis*); en altres, la intervenció d'autoritats municipals o provincials (com a la *insinuatio* i la *publicatio in actis*); i fins i tot en altres —durant el Dret clàssic i postclàssic, fins al final del període formulari— la dels propis jutges, mitjançant judicis fingits (com a la *in iure cessio* i la *confessio in iure*).

Ara bé, en el Dret clàssic romà mai es va reconèixer en judici a efectes probatoris cap superioritat al document escrit sobre el testimoni oral; sinó que a la inversa, el testimoni contradictori del contingut d'un document prevalia sobre aquest. El principi d'immediació judicial era tan radical en el procés romà de l'època, que en no suposar el contingut d'un document una comunicació *directa* entre l'autor d'una declaració i el jutge que havia de valorar-la, es considerava un recurs inferior i supletori, de credibilitat més relativa (sols mentre no fos testificalment contradit), i la utilitat del qual se cenyia a la seva susceptibilitat material de perduració, més enllà de la vida humana o de la salut mental dels declarants.

Les perspectives per a la valoració especial del document s'obren per primera vegada amb la Constitució d'Antoní de l'any 212 que va concedir la ciutadania romana a tots els habitants de l'Imperi; ja que això va suposar l'entrada en joc de la concepció hel·lènica del document (especialment el format per *syngrapho*) com a prova prevalent en judici. En el següent segle IV (en què el papir ja substitueix la *tabel·la* de cera com a material de suport del document) es va

admetre ja en el procés romà com a testimoni qualificat i prevalent la declaració confirmatòria del *tabellius* que les declaracions de voluntat que es contenen en els documents que amb la seva signatura s'han exhibit en el judici, li han estat en efecte vàlidament formulades per la part corresponent amb l'encàrrec de documentar-les. I les Constitucions del Dret imperial van anar afegint nous reforços al valor del document redactat per tabel·lió. Una de Constantí de l'any 337 li va atribuir pública fe, en les vendes o donacions immobiliàries, una vegada dipositat o transcrit en arxiu públic; una altra de Lleó, de l'any 472, li va reconèixer data autèntica amb efecte prioritari en la constitució d'hipoteques; una altra de Julià, de 521, validesa com a testament fins i tot d'un cec si concorrien set testimonis; i una altra més, de Justinià, en 531, va assignar efecte de limitació de responsabilitat *intra vires* a l'inventari successori format per un hereu en presència de tabel·lió. El propi Justinià, entre els anys 528 al 537 (any aquest últim en que està datada la seva *Novel·la* 44), va regular per edictes l'organització professional del tabel·lionat, establint com a indispensables perquè els seus documents poguessin ser validats judicialment o tinguessin qualitat de prova en judici, els dos requisits de la *completio* (afirmació del tabel·lió que ha llegit a les parts el document i ha obtingut d'elles la confirmació que el seu contingut reflectia correctament les seves voluntats) i la *absolutio* (declaració d'haver expedit un exemplar del document per a cada part). Això va significar la culminació d'un procés institucionalitzador d'un tipus de document, que sense provenir d'autoritats públiques revestides del *ius auctorum conficiendorum* (a les quals sempre se'ls havia reconegut l'efecte de conferir als seus documents autenticitat fins i tot davant del jutge), tingué un paral·lel valor processal provatori en certs extrems.<sup>6</sup>

El Dret germànic, mirant més la seguretat del trànsit de béns i drets, va aportar una segona concepció de les Formes en què la concurrència d'autoritats públiques locals en les solemnitats que envoltaven les transaccions (com succeïa en la *Sala*, en la *Wadiatio* i sobretot en la *Rechte Gewere*) tenia un nou significat: el

---

<sup>6</sup> Després de la caiguda de l'Imperi romà d'Orient es va obrir a Europa una fossa de cinc segles en els quals el terrible fraccionament del poder polític va derivar a un obscurantisme cultural i a una atonia jurídica dels quals només es va salvar l'Església (única institució pública que va sobreviure a l'ensorrament polític i va mantenir una influència social de summa importància) i amb ella, el seu dret Canònic, que molt inspirat en el romà-justinianeu, va conservar no sols el fi tecnicisme jurídic d'aquest, sinó també la figura del documentador-arxiver, en què amb els noms de notari o protonotari va reunir combinativament atribucions del tabel·lió redactor, del tabulari arxiver i del notari funcionari transcriptor en clau (de gran utilitat per al secret dels arxius); i —recordant la idea constantiniana— el va revestir de *publica fides*; concepte que li va resultar especialment profitós per consolidar la fiabilitat de les verificacions dels miracles en els expedients de beatificació i canonització en els quals, entre altres diversos comesos, intervenien aquests funcionaris canònics.

Aquesta va ser la situació, fins que s'inicia el declivi del feudalisme i la seva transició al sistema de capitalisme de mercat, període al llarg del qual és quan es produirà a l'Europa medieval baixa la profunda divergència entre les trajectòries històriques d'Anglaterra i del Continent, a resultes de les quals es separaran radicalment els seus respectius sistemes de seguretat jurídica.

compromís del Poder així representat, en la defensa futura dels continguts de la transacció formalitzada; cosa que venia a advertir a les parts contra la temptació de l'autodefensa o guerra privada. Això va introduir una nova perspectiva finalista de la Forma, amb un caire més *d'evitació del litigi* que no pas *d'auxili al desenvolupament del Procés* que hagués de resoldre'l.

Finalment, la tercera concepció, gestada en el Dret comú intermedi i que arrelà en el modern, va combinar, perfeccionant-los, els objectius de les anteriors, en establir les formalitats, i entre elles la documental, com a *sistemes de controls* de la regularitat dels elements subjectius, objectius, causals i de contingut jurídic dels actes i negocis jurídics privats, mitjançant la comprovació o cerciorament de la certesa dels uns i dels altres, i del seu ajust a Dret. D'aquesta manera, en el moment en que va néixer el nou sistema econòmic de mercat, l'èxit del qual es veia condicionat a la confiança en la seguretat de les seves transaccions d'intercanvi de béns i serveis, les Formes van esdevenir *un instrument de política jurídica per a garantir el bon funcionament* de dit sistema innovador; atès que serviren tant de precaució dissuasòria del litigi sobre els actes o negocis formalitzats (ja que les verificacions que duu a terme dificultarien l'aparició de motius impugnatoris) com, alhora, de preconstitució de proves que, en cas que malgrat tot sobrevingués el litigi judicial, facilitarien i abreujarien la seva resolució.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Per proporcionar una idea del que significa la concepció de la forma documental com un sistema de controls i es percebi el que d'aportació a la seguretat jurídica representa, intento aquí un resum de l'espectre dels controls que en l'actualitat comprèn. Pel que fa als elements subjectius de l'acte o negoci documentat, les verificacions afecten la identitat de les persones físiques i la denominació legal de les jurídiques; l'existència mateixa d'aquestes últimes (en funció de la seva legal forma de constitució i de la seva vigència); la capacitat de les físiques; la legitimació operativa (tant genèrica com específica, per la seva vigència i per la seva forma d'exercici) d'aquells que, bé com a representants legals o voluntaris de persones físiques, o com a representants orgànics o voluntaris de persones jurídiques, actuen en nom aliè; el poder de disposició que els atorgadors tinguin sobre els béns i drets afectats per l'acte o negoci que hagi d'atorgar-se, ja en funció de la natura del dret que sobre ells ostentin, ja del règim econòmic matrimonial que estiguin subjectes, ja d'incompatibilitats legals o inhabilitacions judicials, ja de l'exigència d'autoritzacions o controls administratius (per exemple en matèria d'inversions i desinversions estrangeres) o bé (quan es tracti de persones jurídiques) de limitacions estatutàriament establertes. En el pla dels elements objectius, els controls operen, tractant-se d'immobles o d'accions o participacions socials, o drets reals sobre uns o altres, respecte a la seva realitat, la seva titularitat i els seus gravàmens; el que tractant-se d'immobles es porta a terme a través, d'una banda, d'una informació telemàtica reglada dels registres de la propietat, adreçada a evitar la comissió de frau immobiliari tècnic per múltiple disposició; mentre per un altre, en informar als cadastres de les modificacions materials i de titularitat dels immobles i en consignar la referència cadastral en el document (pràctiques que de moment es limiten als immobles urbans, però que en el futur s'estendrà als rústics) servirà al llarg d'un temps racional per coordinar les dades materials reals de les finques que els cadastres reflecteixen, als quals hauran d'acomodar-se els que ofereixen avui (sense la cobertura del principi tabular de legitimació) els registres de la propietat; i per un altre més, el control de l'observança dels requisits de la normativa urbanística sobre les edificacions que es declari; a tot el qual s'ha d'afegir encara altres controls relatius a afeccions relatives a arrendaments (amb la finalitat de complir en el seu cas les notificacions legalment preceptives als seus titulars); a obligacions pendents amb garanties legals respecte a comunitats horitzontals, o a la Hisenda Pública; o a situacions possessòries de tercers, així com a limitacions derivades de la legislació especial de protecció de l'habitatge social; a més a més

Ara bé: aquesta tercera i definitiva visió de les Formes com a sistemes de control preventiu va aparèixer en un temps en el qual les institucions jurídiques angleses i continentals havien evolucionat amb notable divergència (la qual després encara es consolidaria més), a causa de circumstàncies político-socials molt oposades.

Així, pràcticament al llarg de tota l'Edat Mitjana, el Continent havia quedat dividit en nombrosos regnes, el poder del quals estava fraccionat al seu torn en dominis nobiliaris o senyorials d'economia i organització feudal. Això va provocar que les monarquies fossin molt febles, a causa tant dels freqüents conflictes bèl·lics entre elles, com de la seva dependència dels exèrcits senyorials per poder afrontar-los. La conseqüència va ser que el Dret, sense unitat generativa, s'atomitzés també en furs i costums múltiples, i que el judicial no fos un Poder central de la Corona, sinó que s'administrés per jutges de dependència senyorial, com és de suposar, amb pobre nivell de resultats, així en termes tècnics com de justícia.

---

d'altres controls relatius a la realitat de les prestacions dineràries en diversos contractes, com és el cas de les aportacions a societats; i en les compravendes, el de la determinació, als efectes del pagament no fet en diner efectiu, dels instruments amb què en la seva substitució es realitzi; devent esmentar-se també el control de la legal retenció i ingrés a compte de l'IRPF sobre els preus de les vendes que els residents a l'estranger realitzin dels seus béns a Espanya abans de transcórrer el termini legal per a la caducitat del concepte fiscal de beneficis obtinguts en alineació de capitals. En el pla dels elements formals, controla l'observança de les formalitats prèvies que la llei exigeixi en cada cas abans d'autoritzar el document que se li sol·licita (vgr: la prèvia inscripció en el Registre mercantil de la constitució o de l'ampliació de capital d'una societat per a la venda de les accions o participacions corresponents; o la constitutiva dels nomenaments de conseller(s) delegat(s) de societats per admetre l'exercici en el document de l'esmentada delegació; o en el Registre de la Propietat —llevat que s'atorgui en el propi document que autoritza— la de la declaració d'obra nova, bé ja conclosa o bé en procés de construcció, per formalitzar la constitució d'una propietat horitzontal); a banda d'autocontrolar en la seva pròpia autorització el compliment de formalitats complementàries, com la presència de testimonis quan d'acord amb la llei procedeixi. I en el pla dels continguts jurídics de l'acte o negoci a formalitzar documentalment, el notari no sols deu supeditar a la legalitat genèrica d'aquells l'acceptació per la seva part del requeriment de prestació de les seves funcions; sinó a més a més, pressuposada aquesta, controlar en el document la legalitat i regularitat específica de les clàusules, ja siguin d'un testament (evitant per exemple pretericions, o omissions de substitucions vulgars, o a Catalunya, l'omissió a la vegada d'institució d'hereu, de nomenament de marmessor universal i de clàusula codicilar), o ja d'un acte o negoci entre vius (exigint per exemple l'observança dels preus legalment limitats en les vendes d'habitatges subvencionats o de protecció oficial; o les verificacions o autoritzacions administratives preceptives segons els casos per a les inversions a Espanya de residents a l'estranger; o les de l'autoritat militar corresponent en les vendes de finques situades en zones estratègiques per a la defensa nacional, etc., etc.); al qual s'ha d'afegir les reserves i advertències sobre eventuais drets de tercers a la preferent adquisició d'un bé afectat pel contracte a documentar; i sobretot, que en el control de regularitat de l'acte o contracte que degui documentar-se s'inclou en primeríssim terme el de l'absència en les parts de vicis de la voluntat (error, violència, intimidació o engany dolós) i d'intenció en les mateixes de causar a tercer un perjudici fraudulent; finalitats a les quals es dirigeixen les funcions d'informació i d'assessorament del notari, a prestar amb objectiu equilibrador del coneixement de les parts quan siguin plurals, tant en el relatiu als efectes de l'acte o contracte que es formalitzi com als propis del document notarial; de l'assimilació o comprensió plena del qual pels atorgants s'ha d'assegurar-se el notari per clausurar el document amb la seva autorització.

Per contrast, a Anglaterra s'havia produït a l'inici del segle XI la conquesta normanda, en què l'esdevingut rei Guillem I va trobar un país feudal però molt menys fraccionat, i va poder, en sotmetre ràpidament els nobles, recollir i obtenir per a la Corona l'administració de la Justícia, que aviat es va convertir en ferm llaç entre aquella i el poble. Els quatre segles de dominació romana havien deixat a les illes britàniques, en l'institucional, una empremta pregonada traçada sobre el model del Dret clàssic de Roma, en una doble via: una, el fet que les decisions judicials haguessin tingut en la creació del Dret un paper preeminent al costat de les normes emanades del Senat o dels rescriptes sobirans; i una altra, el que el Procés assumís un principi d'immediació tan radical, que només considerés vertaders mitjans de prova aquells que es produïssin mitjançant comunicació directa amb el jutge, com la confessió i la testificació; cosa que relegava el document a un paper secundari, ja que si bé reflectia declaracions humanes, era indirectament i mediata, el que per al jutge només servia com a recurs supletori i d'inferior rang de fiabilitat, en casos de mort, insània o absència d'aquells que hom suposava l'havien atorgat.

Sobre aquestes bases tradicionals —que el feudalisme no havia fet oblidar— els Tribunals de la Corona anglesa (*Royal Courts*), amb plena independència de criteri i un estil d'apreciació directa i libèrrima de les al·legacions dels litigants i les declaracions dels testimonis, van anar formant un Dret unificat i no fraccionari: el *Common Law*, aconseguit casuísticament, amb l'ajut progressiu dels precedents, la rigidesa dels quals s'alleujava per la mateixa variació de les circumstàncies en cada cas; i durant algun temps, també per l'acció d'una altra jurisdicció paral·lela: la de l'*Equity Court* o Tribunal de la Cancelleria eclesiàstica, que acabà refonent-se amb el regí, de manera que una sola jurisdicció atengués tant els recursos plantejables per contravenció al Dret Comú com per lesió a l'Equitat.

Aquesta unitat, cercada i aconseguida tan naturalment, va fer innecessària en la història jurídica anglesa la recepció del Dret Justinianeu descobert a Itàlia en declinar l'Edat Mitjana, el qual no va passar de suscitar una lleugera curiositat científica en els estudis jurídics universitaris, sense cap influència inspiradora en la jurisprudència anglesa. I després tampoc va caldre cap codificació, encara que esporàdicament el Parlament elaborés lleis (*Acts*), unes amb inspiració plena en els precedents judicials (que en realitat recopilaven per matèries) o que es dictessin altres sobre qüestions noves (vgr, en temps ben recents, d'urbanisme), la urgència social de les quals no permet esperar la lenta formació d'una jurisprudència completa.

El prestigi social i l'adhesió popular que va aconseguir la Magistratura anglesa van ser extraordinaris, no sols per aquesta labor jurisprudencial, sinó per tres importants raons més. La primera va ser l'elevada contribució que aquesta labor va suposar per a la construcció de la democràcia anglesa, en haver assumit davant les pretensions prepotents de la noblesa una postura històrica de defensa dels

drets del poble, i haver reconegut al ciutadà un dret de participació en l'administració de la justícia a través de la institució del *jury*; inicialment en les causes civils, i més endavant, en les criminals. La segona, perquè l'estil processal va contribuir en gran mesura a imbuir al ciutadà una educació cívica fundada en el culte a la veritat, en basar-se totes les proves en comunicacions directes dels interessats o testimonis, sempre sota la compulsió del jurament, a la falsedat del qual es van assignar molt greus penes. I la tercera, per haver instaurat una rellevant pau social a conseqüència de la força exemplaritzant de les seves dures sentències en les causes seguides per frau, falsedat, perjuri o abús; i el no menys dur rigor en el compliment de les condemnes; estil aquest que la Magistratura anglesa va poder seguir, d'un costat perquè la influència del Dret canònic en l'anglès va ser molt menor que l'exercida en els del Continent europeu; d'un altre, per l'absència en els seus raonaments de factors dogmàtics —cosa que per exemple li va permetre no plantejar-se distinció entre el dol penal i el que els ordenaments continentals consideren mer dol civil en l'incompliment d'obligacions— i d'un altre més, per la total independència que va mostrar l'aparell judicial anglès respecte a l'Administració pública, l'acció de la qual va revisar (i adequar o corregir), sense el menor condicionament o complex.

Tot plegat va determinar des de molt aviat una autèntica sacralització de la Justícia anglesa, primera entre els Poders polítics del país, amb la conseqüència que en la seva esfera, el Parlament no tingués més potestat que la classificació i modelat dels procediments; però sense que a cap Poder fóra mai possible alterar el principi suprem i inqüestionable de la independència i plena llibertat del criteri judicial en les seves decisions, i en la prèvia contrastació i valoració dels arguments i les proves; la qual cosa suposa que cap llei pugui taxar aquestes ni establir presumpcions que incideixin reglament en el judici.

Això explica, d'una banda, que —tal com va ocórrer en el Dret clàssic romà rebut a Anglaterra— fins que el desenvolupament del sistema capitalista no va imprimir a la distribució i a la circulació de la riquesa un ritme elevat, es recorregué també a la judicatura per a la formalització de les transaccions, a través de modalitats similars als judicis fingits d'aquell Dret històric. I, en segon lloc, explica igualment que quan l'eclosió del mercat va motivar que el nombre i ritme de les transaccions creixés fins a l'extrem de fer impossible a l'aparell judicial absorbir la seva formalització, una llei, el *Statute of Frauds* de 1647, ideés com a solució per potenciar el control de la legalitat i regularitat en la contractació, l'establir per a la mateixa un model de formalisme documental (el *deed* o *act under seal*) i que fossin els professionals jurídics liberals (els *barristers* i els *solicitors*) els qui controlessin la regularitat dels seus continguts substantius; una intervenció que es va incentivar mitjançant un avantatge d'economia procedimental consistent que els contractes de *conveyance* [aquells que funden una transmissió o generen un crèdit immobiliari], els quals haguessin estat formalitzats i supervisats d'aquella

manera, gaudirien, en cas de litigi, d'un procediment de complexitat i durada reduïdes (*writ of covenant*); a diferència dels que fossin concertats sense aquests controls formals i de fons, els eventuais conflictes dels quals es dilucidarien en un procés molt més complex i lent (*writ of assumptis*); però sense que aitals diferències procedimentals condicionessin la llibertat del criteri judicial ni en les seves resolucions, ni en l'apreciació de la prova dels fets, amb cap efecte presumptiu legal, com hauria suposat atribuir «fe pública» o «presumpció legal de veritat» a la tasca supervisora dels esmentats professionals. I també va contribuir a la immarcescibilitat de la independència del criteri judicial el fet que dites professions (els membres de les quals, en el seu cas, actuaven també com a testimonis) fossin precisament la font nodridora de la pròpia judicatura anglesa, la provisió dels components dels quals provenia (i prové encara) de selecció entre els més prestigiosos d'aquelles, a proposta del Lord Cancellor.

El que potser estranyi a primera vista és que la promoció que amb l'esmentat avantatge processal aparellat a la seva intervenció va fer en el seu temps el Dret anglès d'aquestes dues legals professions reconegudes dels *barristers* i dels *solicitors* no inclogués també a la dels *public notaries*. La raó és el fet que aquesta no formava part de l'Associació de «professions legals», ja que la figura del *notary* a Anglaterra no va respondre mai ni al model del notari jurisconsult del Dret canònic al qual es conferien fins i tot encàrrecs sagrats, ni al del tabel·lió qualificat amb reglamentades funcions d'interès públic, a les quals el Dret romà justinianeu aparellà uns avantatges en la prova processal que mai va acceptar l'aparell judicial anglès.<sup>8</sup> La dels *public notaries* pertanyia i pertany no a la «Legal Association», sinó a una altra organitzada sota el control de la Court of Faculties (sotmesa a l'autoritat de l'Arquebisbe de Cantorbery), el *Màster* del qual els confereix el nomenament; i era considerada una professió menor, usada per atestacions de

---

<sup>8</sup> Sembla convenient, en nom de la claredat, intentar aquí un compendi sintètic de l'evolució històrica de la professió notarial de l'Europa continental. El tabellius romà-clàssic va ser un ofici privat però públicament reconegut que exercien aquells que unien al domini de l'expressió escrita de la llengua llatina uns coneixements jurídics bàsics; el que posat al servei dels particulars servia per redactar els documents privats que reflectien els actes i negocis jurídics que aquests atorgaven. D'altra banda, el tabularius de la mateixa època era un funcionari públic encarregat de conservar els arxius públics documentals i que estava també adscrit a l'administració fiscal. Pel que fa al notarius (ofici la denominació del qual apareix a partir del segle I i que va acabar refós amb el del tabel·lió), era un estenògraf; és a dir, no un perit en Dret, sinó un escriptor en notes compostes de signes abreujats. Els que d'ells van ser incorporats a òrgans oficials de la Roma del seu temps per a la transcripció fidel i ràpida de discursos polítics o d'arguments o resolucions produïts en judicis van adquirir el rang de funcionaris, a fi de donar una pública autoritat a les versions en grafia normal, a la qual els mateixos traduïen finalment les seves notes. Va ser en el Dret imperial, en el justinianeu i més tard en el Canònic, en l'intermedi europeu i en el del Renaixement on es va anar gestant la combinació de les funcions d'aquests tres oficis i la progressiva valoració del document, el precipitat final del qual va ser el notari modern, que pren del tabel·lió reformat per Justinià les funcions redactora, reproductora i assessora; del tabularius clàssic la d'arxiu i conservació, de l'antic notarius, l'escriptura per signes o notes en els resums que guardava (el que va motivar que es perpetués aquest nom); i del notari canònic la idea de fe pública.

certs fets, com per exemple la recepció d'*affidavits* i juraments, el control verificador de la correcció en els sortejos de títols, el reconeixement de signatures o la seva legitimació, o les diligències de protestes de canvials o de protestes d'avaries marítimes, a títol de requisits formals (la valoració dels quals era de mer *usus fori*), per a l'accés a actuacions judicials expeditives en matèries de l'ordre expressat. No obstant això, amb el temps, i en intensificar-se el trànsit de negocis d'Anglaterra amb els països del Continent, el sentit pragmàtic britànic (unit al coneixement que aquesta era la procedència de la institució del *notary* i de la noció de fe pública) va dur a l'ordenament anglès a atribuir a aquesta professió la facultat de formalitzar documents que haguessin de produir efecte fefaent en l'Europa continental; competència que no obstant està repartida territorialment (tant entre els seus propis membres, entre els quals n'hi ha que la tenen limitada a districtes o a províncies, o a territoris majors) com amb una altra modalitat de la professió notarial, la dels *scrivanners notaries*, que té assignada amb caràcter exclusiu i excloent la circumscripció coneguda com la *City* dins de l'espai urbà de Londres; una corporació aquesta (a la qual tornaré a referir-me més endavant) reduïda a trenta membres, que es troba sota la mateixa jurisdicció arquebisbal i del Tribunal de Facultats, però organitzada en una Associació Professional diferent, i el camp i estil d'acció de la qual presenten notables similituds amb els dels notaris llatins continentals, baldament que la seva funció no tingui efectes a Anglaterra.

Per la resta, la intervenció dels *barristers* (elit jurídica de l'advocacia, d'exclusiva competència per actuar davant els Tribunals Superiors) ha estat molt escassa en els controls sobre la contractació privada amb ocasió de la seva formalització documental, funció exercida quasi sempre pels *solicitors*, que habitualment, per raons d'avantatge professional pràctic, acumulen a més a més la llicència de *notary public*, amb el que reuneixen les funcions del notari continental, encara que sense «fe pública».

S'ha de precisar que, en l'actualitat, ja no és l'antic avantatge de procediment el que atribueix a les preesmentades professions legals la rellevant posició de què gaudeixen. A partir de l'organització dels registres, adscrits a la Magistratura i establerts amb caràcter obligatori per a tots els contractes de *conveyance*, la documentació *under seal (deed)* amb intervenció supervisora de *barristers* o *solicitors* es va convertir en un requisit previ; de manera que, encara que indirectament, esdevingué també obligatòria; fet que dóna al Dret anglès en aquest sector (el més important) de la contractació un caràcter decididament formalista, el qual contrasta fortament amb els ordenaments continentals, on regeix el «principi espiritualista» de llibertat de formes, i per tant de mera opcionalitat del document notarial i de la inscripció en els Registres de la propietat, encara que en nom de la seguretat jurídica les lleis estimulin amb seriosos avantatges processals i substantius totes dues formes de garantia. Sols respecte a societats mercantils, les legislacions continentals han seguit el criteri d'inscripció *necessària*, un caràcter que

amb això, es va comunicar indirectament —en la major part; no en la totalitat dels actes relatius a aquestes societats— al previ control documental notarial.

Al Continent, la història d'aquest control documental preventiu de la regularitat jurídica dels negocis privats i la de la seva professionalitat, ofereix en canvi un panorama molt diferent. Als països del mateix, en els quals pagesos i artesans gairebé no tenien a l'Edat Mitjana béns propis, la intervenció judicial en la contractació es reduïa pràcticament a la corroboració (*roboratio*) de contractes (especialment de préstec) per dotar-les de virtualitat executiva (quelcom semblant al reconeixement judicial de documents privats de l'actualitat); i quan es va iniciar relativament i lentament la distribució de la riquesa immoble a través dels complexos contractes de cessió censual entre els senyors desplaçats a les ciutats i els pagesos que quedaven a les aldees, aquests, els adquirents en cens, en inferioritat de posició contractual, no van confiar en els jutges, tant per la seva tradició de dependència senyorial com pel seu desconeixement del Dret justinianeu que contenia una regulació d'aquells; de manera que els defugiren en la formilització d'aquests contractes, acudint per això als notaris canònics dels monestirs i les diòcesis, que a més a més de ser coneixedors de l'esmentat Dret i encarregats de la contractació de les seves institucions investits amb *publica fides*, inspiraven, per la dedicació espiritual de la seva vida, confiança en la seva independència i imparcialitat. Així es va originar el notariat al continent europeu; canònic al principi, i civil una mica més tard, en requerir l'Església als monarques a organitzar el seu propi estament notarial i deixar d'implicar eclesiàstics en feines seculares relatives a interessos materials laics. Quan més tard encara, a imitació de la prerrogativa d'aquells càrrecs canònics, els reis van revestir els notaris civils, en la seva investidura, de *fe pública* en la seva funció documentadora, no es va alçar cap rebuig social ni institucional per la possible interferència que això pogués suposar en la llibertat del criteri judicial, en estar mancada la judicatura del Continent, tant en el pla tècnic com a exercici de poder polític, de l'executòria històrica de la britànica.

La magnitud de la diferència entre l'evolució històrica anglesa i la del Continent europeu s'aprecia fàcilment en tot el seu abast en contrastar fins a quin punt les inicials circumstàncies d'una i altra van acabar obrint entre ambdues una vertadera bretxa. El mosaic de furs i costums diversos creat per la llarga permanència del fraccionari feudalisme senyorial en l'Europa continental, va dificultar molt la contractació entre persones subjectes a estatuts jurídics de comarques diverses, fet que va retardar la transició cap al capitalisme de mercat, motivant que, quan en finalitzar l'Edat Mitjana es va descobrir que les biblioteques dels Monestirs contenien el tresor històric del *Corpus Iuris* justinianeu, s'elevés un clamor social per la restauració del mateix com a Dret Comú, desig que no va poder complir-se estrictament, però que sí que va mobilitzar les monarquies, ja millor establertes en la transició a l'Edat Moderna i al llarg d'aquesta, a establir Lleis ge-

nerals inspirades en aquell model de Dret científic. I aquesta tendència es va perpetuar en el futur; ja que no tenint aquells Estats de passat tan dividit —a diferència d'Anglaterra— una tradició de Dret uniformat jurisprudencialment; i a falta també, pel mateix fet, d'una Magistratura amb una història d'alt prestigi tècnic, no es van sentir en deute històric amb ella en reestructurar els seus poders polítics quan s'obrí una nova Era en produir-se la Revolució Francesa; i a l'estela d'aquesta, la qual va consagrar la Legalitat com a principi, es va deixar el jutge rígidament subjecte a ella, amb estrets límits en la seva interpretació i encara majors en la integració analògica (fets que els van alimentar les exageracions de l'anomenada Escola de l'Exègesi); per la qual cosa les constitucions del Continent van proclamar la primacia del Poder Legislatiu, i es va deslligar el moviment codificador.<sup>9</sup>

Després d'aquest parangó històric percebem les raons que —fins i tot existint en ambdós sistemes, anglès i continental, un control cautelar en l'origen dels actes i negocis jurídics amb ocasió de la seva formalització documental— sigui no obstant tan diferent la seva estructura institucional.

En l'anglès, tal control preventiu, després d'haver correspost antigament a la pròpia Magistratura, va quedar al final atribuït a uns professionals reconeguts legalment i molt pròxims a la mateixa, però que no tenen cap prerrogativa de fe pública; els quals concorren en plural i en polaritat per assistir les diverses parts del negoci a documentar. En canvi, en el nucli dels països continentals es va instituir a aquests efectes *el notariat*, amb un caràcter d'*ofici públic*, figura que en Dret Administratiu és diferent de les del funcionari públic i del professional lliure, si bé híbrida de tots dos; ja que com el funcionari, les seves actuacions documentals vénen revestides d'una prerrogativa estatal —la fe pública— i són degudes i no pas discrecionals; afectant-la a més a més un deure d'imparcialitat en la prestació de les seves funcions (incloses les d'informació i assessorament) a les diverses parts de l'acte o negoci que documenten; mentre que són notes comunes amb els professionals la independència econòmica de l'Administració, la responsabilitat pròpia i l'elegibilitat pel públic que utilitza els seus serveis.

---

<sup>9</sup> Al propi temps, un any abans de la promulgació del Code civil francès de 1804, la Llei de 25 Ventós any XI (17 de març de 1803) va establir l'estatut del notariat de França. Com el Conseller monsieur Réal va exposar al Consell d'Estat en presentar-la, es tractava de separar definitivament, d'instaurar una funció diversificada de la judicial a càrrec dels notaris, que en qualitat de consellers neutrals i redactors imparcials de les parts en el moment originari del negoci els fessin conèixer amb la seva informació, en tot el seu abast, les obligacions que contreguin, redactant amb claredat els seus compromisos, proporcionant al document la qualitat d'autèntic i la força d'una sentència ferma, de manera que els homes temptats de plantejar una injusta impugnació perdin tota esperança d'èxit. I seguidament, el Code, en establir en el seu art. 1.319 que «el document autèntic fa plena fe de la convenció que conté», va introduir en el sistema jurídic una modificació fonamental, en consagrar la preeminència de la prova escrita sobre la testifical. La influència que el Code francès va exercir en cadena sobre les restants codificacions del Continent europeu (entre elles, com és ben sabut, en l'espanyola) va generalitzar en aquest el règim jurídic del document autèntic notarial.

## II

### LES POSSIBILITATS DE CONVERGÈNCIA HARMONITZADORA

Pressuposat tot l'anterior, ara hem de ponderar la possibilitat d'una simbiosi de tots dos sistemes o un acostament suficient per la seva compatibilitat; per la qual cosa, en un intent de màxima síntesi de les seves diferències, les reduiré aquí a dues principals, encara que cadascuna amb un doble aspecte a tractar per separat per reflexionar millor sobre la seva respectiva susceptibilitat aproximativa.

- a) *Primera diferència: el radicalisme anglès, enfront a la moderació continental, en el formalisme documental i registral i en el tractament dels fraus, falsedats, abusos i irregularitats econòmiques.*

En els sistemes continentals es rebutja l'obligatorietat de les Formes, que s'estableixen com a voluntàries encara que s'incentivi el seu ús opcional per la via d'assignar-les-hi garanties i avantatges diversos d'ordre substantiu i processal, en que no sols es busca el bé privat, sinó també el públic o social de l'estalvi de conflictes. En canvi, el sistema anglès, que originàriament va mantenir igual postura, va evolucionar a partir del *Statute of Frauds* vers un notori formalisme de fet en la contractació incident al mercat de béns immobles i de certs serveis, com els crediticis financers, que encara es va consolidar més des de l'organització dels registres.

Aquest aspecte de la divergència que ara ens ocupa, és a dir, el formalisme anglès pràcticament obligatori per als actes de trànsit i crèdit (directe pel que fa al registre, i indirecte però igualment efectiu quant al control documental previ), sembla a primera vista de difícil prevalència, com oposat a la idea de llibertat ciutadana que presideix no sols el principi espiritualista o consensualista de llibertat formal dels Drets europeus, sinó també la tradició de la filosofia política de la pròpia Anglaterra. No obstant això, és ben sabut que el paradoxal és genuïnament britànic, i una de les seves mostres és que el Dret anglès persegueixi servir la causa de la llibertat que la seva filosofia política transpira, amb radicalismes imposats en la pràctica i àdhuc —com ja vam apuntar abans i reiterarem després— amb la repressió punitiva.

Així, en realitat, l'objectiu que el formalisme documental i el registre obligatori pretenen és, a través d'un i altre control originari (els quals comporten un plus de seguretat), evitar una sobrecàrrega a l'aparell de la Justícia —suprem garant de la Llibertat—; i no és incoherent amb aital propòsit (encara que d'entrada ho sembli) que sigui precisament aquell aparell el que tingui al seu càrrec el registre qualificador; car el fet que el contracte hagi estat judicialment qualificat —tasca més lleu que la de resoldre un judici contradictori; i més, venint precedi-

da d'un control documental professional— fa més difícil la seva posterior impugnació judicial —que és el que comportaria a l'aparell de la Justícia una labor més costosa—.

Al meu parer, la distància que separa ambdós sistemes en matèria de «formalisme versus espiritualisme» és més aparent que real; ja que en el tema del liberalisme formal del Continent no deixa d'haver-hi una certa dissimulació jurídica. Els ordenaments no imposen formes, però les envolten d'aïtals avantatges de seguretat que el risc de prescindir-ne és jurídicament suïcida; i sols quan essent mins el valor material del bé o dret a preservar, el «cost de transacció» de la Forma de seguretat no compensa l'hipotètic «valor afegit» per la mateixa, es prescindeix en la realitat d'aquesta, com succeeix en algunes zones rurals de baixa productivitat i renda per capita.<sup>10</sup> Per la resta, al continent, la inscripció en els registres mercantils (al marge de quina sigui la institució oficial encarregada de la seva gestió) és *necessària* per a l'eficàcia dels actes inscripibles en ell (la qual cosa, encara que amb paraules més «liberals», equival *de facto* a l'obligatorietat anglesa); i quant als registres de la propietat qualificadors, en alguns ordenaments continentals (com els d'Alemanya, Àustria i Suïssa) són de competència judicial i la seva inscripció és, amb generalitat, *constitutiva*; noció que —a diferència de l'expressió «obligatòria»— terminològicament salva les formes davant el principi de llibertat; però en el fons constreny en el mateix grau, atès que sense la inscripció no s'assoleix l'eficàcia pretesa per al dret objecte de l'acte o negoci. I semblant és (encara que en menys grau, per manca l'efecte d'inatacabilitat que coneixem com a «fe pública registral») la compulsió que entranya la inscripció en els registres «de mera *oponibilitat* a tercer» (de França, Bèlgica o Itàlia); ja que tractant-se de propietat i de drets reals immobiliaris, l'oponibilitat-inoponibilitat és qüestió absolutament essencial. En qualsevol cas, encara que la solució harmonitzadora de la Unió Europea suposés l'assumpció judicial de la institució registral, això no afectaria el previ control documental, car sabem que tant el sistema anglès com els continentals del grup germànic, els registres dels quals són judicials, estableixen aquell control documental qualificat com a recurs preventiu previ.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Per més que en principi sembli que en aquestes situacions de clara desproporció «valor relatiu» <cost> l'actitud esperable de l'interessat fóra prescindir no sols del registre sinó també del document, el cert és que en la realitat, el més freqüent en aquests casos és que defugi el cost del registre, però assumeixi el del document notarial, en què veu un «primer auxili» de prova del fet contractual amb un efecte social generalitzat de legitimació per al tràfic, i una ocasió d'informació i assessorament fiables sobre les conseqüències de l'acte o negoci. A Espanya, aquest hàbit està molt estès, per exemple, a Galícia, a Astúries i al nord lleonès.

<sup>11</sup> Encara que el tema no entra en l'estricta àmbit del present estudi —pel que no m'entretindré aquí en una extensa consideració del mateix— es pot entendre que una de les qüestions de major calat en el futur debat harmonitzador de les institucions de la Unió Europea sigui la dels registres, els seus efectes, i l'estructura competencial de la seva gestió. Pel que fa al Registre Mercantil no hi ha diferències profundes respecte als seus efectes; i les relatives a les seves estructures de

Passant al segon aspecte d'aquesta primera diferència que ara estem analitzant, sens dubte sembla encara més contradictori, per eficaç que sigui, que en un país pioner de les llibertats com l'anglès, el sistema de seguretat jurídica no descansi només sobre recursos preventius, com els aquí esmentats d'aquesta mena, sinó tant o més sobre la tàctica de la «dissuasió per la repressió», mitjançant la virtual equiparació al dol penal del dol civil en l'incompliment de les obligacions; la severitat de les penes per abusos, frauds, falsedats, perjuris i irregularitats econòmiques, i l'extrem rigor del compliment de les condemnes.<sup>12</sup> Salvar aquesta divergència entre el Dret anglès i els del Continent (d'ordenaments més influïts històricament pel Dret canònic) és tan difícil en principi com necessari. L'única harmonització possible passa, transaccionalment, per fixar iguals nivells sancionadors, amb rebaixes per part anglesa i elevacions per la dels països continentals, potser massa tous en el tractament dels supòsits delictius que s'han mencionat.

- b) *Segona diferència: el caràcter bilateral i professional-liberal del sistema anglès de control documental davant l'unipersonal, estatalment organitzat i qualificat com «autèntic», del model llatí dominant al continent.*

gestió són secundàries; encara que és de pensar que l'aguda necessitat d'agilitat d'un mercat de les dimensions de l'uropeu mourà a la baixa la funció qualificadora avui «excitada» a Espanya (i en menys grau, a Alemanya) pel que la mateixa té en la pràctica de rêmora per a aquella necessitat, que s'ha de conciliar amb la de seguretat en un punt mitjà racional, sense exageracions reglamentistes. Pel que fa al Registre de la Propietat, el lògic és, per la superior seguretat que aquell immens mercat precisa, que es tendeixi a superar el mer efecte de l'oponibilitat a tercer i a optar pel màxim abast de la seva eficàcia; és a dir, el que arriba a la inatacabilitat de la fe pública registral (adquisició *a non domino*) quan concorren les circumstàncies que condicionen aquell efecte; però amb una estrictíssima exigència, entre elles, de la bona fe, atès que una altra cosa potenciaria intolerablement el frau immobiliari tècnic en un espai jurídic-econòmic tan extens i divers com Europa, ja que els riscos també s'amplien amb la complexitat. Per tant i perquè sols el jutge pot apreciar i determinar tal circumstància-clau de la bona fe, és d'intuir una forta pressió en pro de l'assumpció de la funció registral qualificadora, en el sector immobiliari, pel poder judicial, situació ja existent no sols a Anglaterra i als països inspirats en el seu sistema de seguretat jurídica, sinó també en una part important dels alineats al continent amb el model notarial llatí, com és el cas d'Alemanya, Àustria i Suïssa, i avui, una gran part dels països «readaptats a ell» de l'antic bloc de l'Est [cfr. anterior nota (3)]. Una tal tendència afectaria de ple el Registre de la Propietat espanyol, i la sola forma d'evitar la seva consumació seria —atesa la sòlida acceptació social que a Europa té la funció del Notariat— la refosa en aquest del Registre de la propietat com una estructura única, encara que conservant la divisió de funcions, que reforça la seguretat sempre que no derivi en estèrils polèmiques dogmàtiques. Aquesta solució seria factible a través d'una simple permeabilització dels escalafons respectius, que permetés successives alternances en l'exercici de cada funció. En tot cas, fins i tot de no prosperar aquesta solució, la judicialització dels registres no deu representar per al control formal documental cap problema; ja que en tots els països de registres judicials, com s'indica en el text primordial, existeix aquest control previ.

<sup>12</sup> Aquest estil de seguretat aconseguida al llarg de segles per la via de la repressió a posteriori, a través de l'exemplaritat de les sancions establertes en les sentències, contrasta a judici de B. REYNIS (vid. pàg. 6 ob.cit. en «Bibliografia consultada») amb la seguretat proporcionada al Dret per les Lleis. El mètode dels Precedents per crear seguretat jurídica —diu— és curatiu [en una bona part —afegiríem— per cauteri], mentre que el de la Legalitat és —i per això és superior— un mètode preventiu.

El tema de l'autenticitat del document notarial derivada de la *fe pública* atribuïda al seu autor, el notari, en els ordenaments de model llatí de l'Europa continental, i el seu contrast amb el rebuig absolut del Dret anglès a cap qualificació que, baldament provinent d'una norma legal, condicioni gens ni mica la llibertat del criteri judicial, sembla que hagi de ser per la seva transcendència de fons —en afectar una *qüestió de principi*— el primer aspecte a considerar d'aquesta segona diferència.

En efecte, les lleis dels països de sistema llatí atribueixen al document notarialment autoritzat, en certs extrems que assenyalen, un efecte presumptiu de certesa anomenat *fe pública*. A banda que la recepció social d'aquesta presumpció legal (molt general i sòlida en la realitat històrica fins a temps recent) fes *de facto* del document notarial un títol de legitimació per al trànsit, l'esmentada *fe pública* li va conferir operativitat en l'Administració, elevada també per llei (tret de rares excepcions) a preceptivitat per als registres públics; i fins i tot, en l'eventualitat d'un litigi, ve a implicar que el jutge, com a servidor que és de la Llei en la concepció continental, degui a la presumpció que aquesta estableix una estimació major que a les presumpcions *facti* generades en l'experiència humana. En canvi, el sistema anglès, en què el *deed* professionalment supervisat també és operatiu en l'Administració, i requisit previ per als registres qualificadors judicials, no admet contràriament que ningú ni res, ni per tant cap document, pugui, ni tan sols en virtut de Llei, interferir en l'absoluta llibertat de criteri del jutge per apreciar la prova dels fets, i decidir en conseqüència.

No obstant això, analitzada a fons, aquesta contraposició conceptual no és tan terminant com d'entrada sembla.

No ho és, en primer lloc, perquè també en la pròpia jurisprudència anglesa s'han utilitzat presumpcions, que consolidades en els Precedents, constitueixen, per als casos ulteriors assimilables, vertaderes directrius a seguir a efectes provatoris pels jutges dels mateixos; cosa que ens porta a la conclusió que no és que les presumpcions siguin en si mateixes *anatema* a propòsit del lliure arbitri judicial; sinó que el judici, i per tant la prova, és per al Dret anglès cosa de jutges i no de legisladors; i d'aquí que s'admeti la formada jurisprudencialment, però no la legalment establerta. És a dir, que més que en el pla de la contraposició «*judici lliure*» <*judici dirigit*» estem en el —molt més profund— de la dialèctica historicopolítica «*Dret=Legalitat*» ><«*Dret=Jurisprudència*». I la prova d'això és que el pragmatisme anglès limita sensatament l'esmentat criteri a la seva estricta esfera d'*imperium*; i si bé rebutja que les afirmacions o certificacions de cap funcionari ni professional anglès destil·len cap presumpció pública de certesa amb el menor efecte establert sobre l'arbitri del jutge en la pràctica de la prova, sí admet que la produeixin, en els termes que la Llei del seu origen determini, els documents públics d'Estats estrangers subscriptors o adherits al Conveni de Brussel·les de 1968, als quals, conforme al sistema intern de solució de conflictes de lleis, correspongui la competència en matèria de Forma. I encara més; car extremant el seu utilitarisme prag-

matista, el Dret anglès, com abans vam veure, té reconeguda competència als seus *public notaries*, i amb major abast a aquells «notaris a la llatina» que són els *scrivener notaries* de la City de Londres,<sup>13</sup> per a l'autorització de documents que hagin de produir efecte en països continentals de sistema notarial llatí. Tot plegat compon un conjunt de símptomes que indueixen a pensar que no serà aquesta una qüestió que impedeixi trobar una solució harmonitzadora.

I en segon lloc, perquè avui dia la rasa que divideix una i una altra concepció, l'anglesa i l'eurocontinental, no és en aquest tema tan profunda ni tan ampla; com a mínim pel que a Espanya respecta. La *fe pública* del document d'igual

---

<sup>13</sup> La convicció que mentre no existeixi un Dret privat substantiu unificat és peremptori que, si més no, siguin admesos sense reserves els documents que reflecteixin les relacions jurídiques encara diferenciades i estiguin formalitzats d'acord amb la llei del seu lloc d'origen, ha fet que alguns països com la Gran Bretanya, Irlanda y Suècia hagin decidit reconèixer en els seus ordinaments unes professions notariales amb la funció d'elaborar documents amb ajust a les àrees, requisits i caràcters propis dels documents notariales de l'Europa continental, per tal de produir efectes legítims, i en el seu cas provatoris, en països de model notarial llatí. El major grau d'avenç en la capacitat d'aquests professionals, és el dels *scrivener notaries* de la City de London, als qui ja ens hem referit abans en el text central d'aquest treball; i sobre l'organització, funcions i estil professional dels quals (inspirats al màxim en el tipus notarial llatí) V. FONT BOIX ha realitzat l'estudi més complet a Espanya [veure «Bibliografia consultada», al final del present treball]. El major abast que la intervenció dels *scrivener notaries* tenen sobre la dels *public notaries* respecte als efectes que produeixen a l'Europa continental (provatoris dels continguts documentals, en els primers; i només de legitimitat de signatures, en els segons) té com fonament el fet que aquells (a diferència d'aquests, tan sols autoritzats per a fer constatacions), estan no sols facultats, sinó obligats per la seva Associació oficialment reconeguda a controlar la regularitat dels negocis que contenen els seus documents en els països on aquests han de produir efectes, i també a informar i assessorar als atorgants sobre dits continguts documentals. Realment, la proximitat d'aquests *scrivener* als notaris continentals és notable; fins al punt que enguany, 1998, han reeixit a ésser admesos en la Unió Internacional del Notariat Llatí, èxit que tanmateix sembla quelcom exagerat.

Aquesta reacció és deguda a que la divergència entre els països europeus de sistema anglès o inspirats en ell (que rebutgen la categoria de documents públics), i els que segeixen el sistema continental llatí (que basa precisament en aquests, i més especialment en els notaries, la seguretat jurídica extrajudicial o contractual), és tan radical, que en la pràctica ha constituït un important entrebanc perquè es realitzés en el grau necessari el principi de lliure circulació de persones, serveis i capitals, i l'intercanvi de títols, contractes i documents. El Parlament Europeu, en resolució de 19 de gener de 1988, es va fer ressò d'això i va instar a la Comissió i als Estats membres a utilitzar els instruments jurídics del Tractat de Roma per a garantir el reconeixement mutu, sense cap formalitat addicional, dels documents notaries; és a dir, la seva lliure circulació en tot l'espai de la Unió; atès que el valor representatiu que respecte als béns i drets continguts en ells tenen els títols documentals, permet que la circulació d'aquests substitueixi avantatjosament a la d'aquells.

És clar, però, que el problema no acaba de sortir del cercle viciós; per tal com si la seva circulació es restringeix *de facto*, és degut a la diversitat de règims que sobre el document existeix en els països membres, la qual cosa provoca en els receptors una reacció contrària a tractar paritàriament documents que en els seus respectius països d'origen han estat formalitzats amb molt diferent grau de garanties; o que fins i tot tenint-ne formalment les mateixes, presentin disparitats encara més grans, com que en uns ordinaments estiguin reconeguts, i en altres no pas, tots o una part dels efectes legalment assignats al document públic notarial en el país de destí. És per això que la Comissió d'Afers de la Unió Europea, de la Unió Internacional del Notariat Llatí, en un informe elaborat sobre la lliure circulació de documents jurídics en la Unió Europea, denunciï l'absurd de que un document generat en un país que no el reconeix valor provatori en el seu àmbit interior, produeixi tanmateix aquest efecte en un altre país estranger en el qual la prova documental és reco-

adjectiu no va ser mai una presumpció *iuris et de iure* ni per tant una incontrovertible imposició legal; però fins i tot en el seu més moderat nivell *iuris tantum* va conèixer èpoques, avui relegades a l'oblit, en què va arribar a sostenir-se que l'única via per desmuntar la presumpció legal de veracitat i exactitud del document notarial era la querella penal de falsedat. I també va passar a la història el que —fins i tot dins de l'esfera del civil— va representar el núm. 7è de l'art. 1.692 de la Llei d'Enjudiciament civil de 1881 (estrictament acatat per la jurisprudència del T.S. en una ostentació d'assumpció judicial del paper de servidor de la llei), que el fonament del recurs de cassació fóra «*l'error de fet... si... resulta de documents o actes autèntics que demostrin l'equivocació evident del jutjador*»; text que va regir fins que la primera de les dues postconstitucionals lleis de «reforma urgent» de la d'Enjudiciament civil, la 34/1984 de 6 d'agost, la va modificar amb certa tendenciositat que traslluïa en l'expressió de la seva exposició de Motius

---

neguda i fins i tot valorada en atenció a la presumpció legal *iuris tantum* d'exactitud que la seva llei li atribueix. I nogensmenys, sobre aquest absurd està establerta l'admissió a efectes provatoris, en un país continental europeu de sistema llatí, d'un document que un *scrivener notary* autoritzi a Anglaterra —on no se'ls reconeix dit efecte— perquè ho produeixi en un país de l'exterior, on aquest reconeixement sí existeix. Aquesta possibilitat ens resulta tant més estranya quant que el propi país d'origen en té instituïdes unes estructures específiques per això; la qual cosa, com encertadament diu GARCÍA COLLANTES [vid. «Bibliografia consultada»] és una mena «d'imperialisme documental» que hauria d'entendre's inadmissible, car ¿com hom pot atribuir a l'*scrivener notary*, per exemple, «caràcter públic»... cap a l' Exterior (!) quan no el té reconegut per al propi interior? Tanmateix, això es ve fonamentat de fet en una «variant relativa» del principi de reciprocitat, pel fet d'haver-se adherit Anglaterra al Conveni de Brussel·les de 1968; la qual cosa —inversament al que hem vist a propòsit de la hipòtesi abans esmentada— ha de subjectar-la a admetre en el seu interior, a efectes provatoris, el document notarial autoritzat en un país continental de sistema llatí, sense poder pretendre, per reconèixer el fet del seu atorgament, o la realitat de la seva data, el testimoni oral del notari autoritzant o/i dels seus signants, parts o testimonis; sinó que haurà de bastar-li la comprovació d'haver-se complert en el país d'origen el requisit del «caràcter públic» de l'autoritzant (del qual no podrà prescindir, i que, en controlar la seva concurrència, estarà assumint com una institució jurídica que li afecta, encara que sigui indirectament) així com les formalitats necessàries segons la llei del país d'origen per meritjar en ell l'efecte provatori que es pretén produir a Anglaterra.

Com indica GARCÍA COLLANTES, la reciprocitat resulta tanmateix impossible, ni absoluta i directa ni relativa i indirectament, en matèria de «força executiva» documental; car aquesta només la tenen a Anglaterra les sentències judicials fermes, o els contractes inscrits en el Registre de la *Hight Court of Justice*; essent aquest sistema tancat (i paral·lelament, l'existència, com una garantia bàsica, d'una fase cognitòria en tots els processos) qüestió d'ordre públic; el qual precisament es preveu en l'art. 50 del Conveni de Brussel·les, i bloqueja per a aquest país el que dit precepte enuncia com a regla general, i que serà utilitzable per la resta dels signants del mateix. La «comunicació d'efectes executius» que entre ells suposa l'*exequatur* especial i simplificat de l'art. 31 del Conveni pels documents públics notariais de la resta de països europeus quins ordinaments interns reconeixen als mateixos aquesta força processal, no cap entre Anglaterra i els restants països signants del Conveni o adherits a ell, ni en una direcció ni en l'altra, per manca en el cas del requisit de l'admissió general en ambdós ordinaments de l'efecte institucional de que es tracti. En canvi sí cap per a Escòcia, on els títols que constitueixen una obligació de prestació específica són inscribibles en un registre oficial, la certificació del qual autoritza l'execució amb la mateixa eficàcia que una resolució judicial ferma; i aquestes certificacions entren, com documents oficials, en l'àmbit d'aplicació de l'art. 50 del Conveni.

en dir: «la reforma... prescindeix de la inassequible categoria del document autèntic; car perquè aquest acomplís la funció evidenciadora que se li ha vingut assignant seria precis que el Tribunal sentenciador hagués actuat amb els ulls tancats». El problema va ser que la tendenciositat va passar factura; ja que el text substitutiu del reprovat va ser el del núm. 4t del reformat art. 1.692, que indicava com a motiu de cassació «l'error en l'apreciació de la prova, basat en documents que demostrin l'equivocació del jutgador, sense resultar contradits per altres elements probatoris»; cosa que agreujava el problema de l'abús del recurs de cassació, que així podria interposar-se si la desviació del jutgador era respecte al contingut de *qualsevol* document (fins i tot *privat*, carent de les garanties i controls del públic) que no hagués resultat contradit per altres proves; fet que obligava al Tribunal Suprem a revisar tota la fase probatòria i a esmenar amb el seu criteri el que hagués aplicat l'Audiència per considerar contradit amb altres proves el contingut d'aquell.

Aquest remei pitjor que la malaltia va ser finalment eliminat en la «segona reforma urgent» de la mateixa Llei, la de 30 d'abril de 1992 (Llei 10/92), que va fer desaparèixer el desgraciat núm. 4t de l'anterior, mantenint amb aquell número el 5è de la de 1984: «*infracció de les normes de l'ordenament jurídic o de la jurisprudència, que fossin aplicables per resoldre les qüestions objecte del debat*». Això suposa que tota contravenció de la Llei o de la doctrina legal aplicable al cas és motiu de cassació; però en haver-se derogat des de 1984 la previsió específica de tal virtualitat en la hipòtesi de desviació de continguts documentals coberts per la fe pública segons l'art. 1.218 del C. civil, aquest queda com una norma enunciativa d'una presumpció legal de natura *iuris tantum* i, per tant, susceptible de total contradicció per altres proves, apreciades totes en el conjunt dels mitjans probatoris.

Així, l'única incidència estimativa en el comportament del jutge es produeix, no per *taxació*, en el terreny dels mitjans de prova; sinó per *classificació* en el pressupòsit superior dels dos sobre la base del qual s'articula la regla de judici. El pressupòsit inferior, el *de fet*, acumula tots els factors a sospesar pel jutge d'una manera purament subjectiva, el que inclou les presumpcions *facti* o *hominis*. El superior, el *de Dret*, reuneix en canvi les normes legals aplicables al procés, ja siguin imperatives positives (preceptives), o negatives (prohibitives); i també (encara que no amb el caràcter inqüestionable de les anteriors) les *pressumptives iuris tantum*, com la que enuncia l'anomenada *fe pública*. El jutge pot admetre contra aquesta presumpció qualssevol mitjans de prova i valorar-la dins del conjunt d'aquests; però en no estar a nivell de pressupòsit *de fet*; sinó —pel seu assentament a la llei— en el de pressupòsit *de Dret*, la seva condició de primer servidor de la Llei el vincula a no estimar desvirtuada aquesta presumpció des del *simple dubte* provocat per la confrontació dels mitjans ordinaris de prova; sinó només quan resulti d'aquesta confrontació una *evidència contrària* al contingut de la presumpció legal. *Ergo*, l'admissió o no del recurs de cassació dependrà en definitiva del que sobre aquest extrem resulti de l'obligat raonament judicial en la sentència.

Així estimada, la fe pública notarial no constitueix causa real per crear un problema d'incompatibilitat en el debat harmonitzador que en el futur se suscitï en l'Europa Unida entre els dos sistemes de seguretat jurídica que en ella existeixen. I cal pensar que aquesta harmonització no hagi estat un factor estrany en el gir de l'estimació de la fe pública en les reformes de la nostra llei processal civil, tot i que cap directiva no ho hagi reclamat.

Major transcendència i compromís té a aquests efectes el fonament de la fe del document públic, que en el notarial no és sinó el fet que el notariat no sigui una professió liberal, sinó un ofici públic, figura híbrida<sup>14</sup> en què sobre la inspi-

<sup>14</sup> La figura, d'origen francès, de l'«*officier public*» (el significat del qual és equivalent a l'expressió «professional oficial» que utilitza —en mala traducció d'aquella— la Llei General Tributària espanyola) té reconeixement des d'antic en la doctrina administrativista d'aquell país, sense que aquesta qualificació, usada en la legislació notarial del mateix, suscités mai cap rebuig, ja que el funcionariat —al qual, sense formar part d'ell, està pròxima aquesta figura— gaudeix allà de prestigi institucional. La situació no va ser en canvi la mateixa a Itàlia, on encara que la legislació notarial usa una denominació equivalent a la francesa (*pubblico ufficiale*) la doctrina administrativista i la notarialista l'han mirat amb desfavor, ja que suggereix de proximitat a l'allí no gens prestigiats funcionariat; afanyant-se en construccions que permetessin explicar el notariat i altres institucions afins mantenint-les ben distants de la noció de funcionari (Així, ZANOBINI i la seva proposta de l'«exercici privat de funcions públiques», que a Espanya va assumir SAINZ MORENO). No obstant això, a partir del GIANNINI i la seva teoria dels *munera* (encàrrecs), el tipus capdavanter de la seqüència del qual és el *munero*-professional (professió que, sense perjudici de poder atendre altres activitats secundàries compatibles, té un *munus publicum* (encàrrec públic) com a dedicació intrínseca i tipificadora), la doctrina administrativista italiana ha progressat en l'admissió de l'esmentada construcció híbrida entre el funcionariat i la corporació professional; i els notarialistes en l'acceptació de la figura del *pubblico ufficiale* com a espècie jurídico-administrativa a la qual correspon el notariat. En la legislació espanyola, la figura està rebuda explícitament (com al principi es va indicar), encara que sota la traducció poc fidel de «professió oficial», en l'art. 80 de la Llei General Tributària, des de la seva reforma de 1963, on es va aplicar als notaris, als registradors i als agents de canvi i borsa i corredors de comerç; i si bé la doctrina administrativista ha trigat (potser per la seva excepcionalitat o marginalitat) en assumir-la i desenvolupar-la, en el moment actual ha despertat l'interès (i la crítica positiva) d'autors com J. R. PARADA VÁZQUEZ i S. DEL SAZ; mentre contràriament la doctrina notarialista espanyola s'ha instal·lat en una postura de resistència passiva a l'admissió de l'esmentada configuració, a la vegada que d'interès a dividir les activitats del notari en públiques i privades, però totes elles notariales *se ipsae* i, en conseqüència, inescindibles. El valador aferrissat d'aquesta postura és un notari prestigiós per la seva puresa professional i per la seva vocació i altes dotes d'estudis, A. RODRÍGUEZ ADRADOS, qui la va proposar en el seu treball «*El notario: función pública y función privada. Su inescindibilidad*», conferència a l'Academia Granadina del Notariado que publicada originàriament en el Boletín del Il·ltre. Colegio Notarial de Granada ho va ser posteriorment en la Revista de Dret Notarial, gener/març 1980; i l'ha ratificat recentment en una altra conferència en la citada Academia Granadina, pronunciada el 25 d'octubre de 1996 amb el títol «*De nuevo sobre la inescindibilidad notarial*». Des del profund respecte i afecte que sense límits em mereix personalment aquest autor i company, vinc sostenint al llarg de diversos treballs i reitero de nou aquí (encara que sense aprofundir en la qüestió per no creure que aquesta ocasió sigui la pertinent, i reservar per fer-ho una altra que confio trobar sense massa tardança) que aquesta tesi em sembla un error, per molta que pugui semblar la seva conveniència corporativa per sostenir tant la legitimitat com la bondat social que el notari pugui desenvolupar, a més a més de les seves funcions constataadores revestides de la seva fe pública, altres de perícia jurídica en que faci valer la molta que posseeix, tant al servei de la llei com al de l'interès personal del ciutadà que requereix els seus serveis, sense caure per això en parcialitat cap al mateix que comporti confrontació bel·ligerant respecte a altres; i també altres funcions més (que la societat necessita) d'home bo

ració professionalista domina clarament la de la funció pública, l'entitat de la qual és a aquests efectes igual a la que pugui derivar de la qualitat de funcionari públic competent (que és l'altra alternativa en la definició del document públic en l'art. 1.216 del C. civil) en els documents fefaents administratius i judicials. Com en totes les situacions híbrides (i encara més en les purament mixtes) hi ha una ambigüitat que crea tensions desequilibradores; i en el notariat (i en concret en l'es-

---

i de confiança. Adoptar el prejudici que això sols és possible a base de la mixtura d'unes funcions públiques i altres privades sostenint després la seva inescindibilitat, és una postura voluntarista que en el fons és pessimista, i el risc de la qual de no evitar el que vol impedir, és molt major que amb un altre plantejament. El mixt és sempre susceptible d'escissió o descomposició, i la prova és l'aigua, element bàsic de la natura, però a la qual la simple electròlisi escindeix i descompon. Al que deu aspirar-se és a constituir una entitat híbrida; no mixta. Un autèntic híbrid (com vgr., el blat de moro americà) no sols reuneix qualitats distintives en un tipus propi; sinó que a més a més, com a tal, les perpetua sense risc de descomposició ni necessitat de tornar a repetir cada vegada l'empelt o la mutació genètica assistida. O per no sortir de la fisico-química, un producte de fusió tèrmica, però irreversible i inoxidable, com el millor acer: aquesta és la fermesa, la solidesa institucional, que s'ha de buscar. Amb una mixtura (com la de públic+privat) l'«invent» estarà sempre a la mercè d'una «electròlisi política». Al que s'ha d'aspirar és que des d'una base doctrinal que assumeix l'estable figura híbrida, la Llei porti a terme la mutació institucional adequada i necessària; i això és el que ha significat primer en la doctrina del Dret Administratiu i després en les lleis del Continent europeu, la recepció de la categoria híbrida de l'«ofici públic», aplicada als notariats llatínogermànics d'Europa amb una generalitat que sorprèn contrastar amb l'excepció doctrinal espanyola. En la figura de l'ofici públic no hi ha barreja per additament, sinó fusió; incorporació per assumpció, a una institució de fins socials, de funcions que si també existeixen a l'àrea professional privada, és sense l'obligatorietat ni la independència imparcial que la funció pública (integralment pública) comporta *per se*; sense que no obstant això suposi (ni suposarà) absorció en el funcionariat; ja que ni aquest té ja l'exclusiva de la funció pública des que l'híbrid «ofici públic» va guanyar carta de natura institucional en la ciència jurídica administrativa i a la legislació. Pel demés, la funcionarització del notariat no convé a cap Estat ni per raons d'eficiència ni pressupostàries, i el model de notari-funcionari ha tingut tan exigua difusió i tal descrèdit, que es troba «en situació d'enderrocament» en el món, pel qual està de més fer despeses en va de temps i forces en intentar espantar ningú agitant semblant fantasma, semblant desqualificar de pas a algú que mai ha defès el funcionarisme notarial, sinó —el qual és molt diferent— la naturalesa pública de totes les funcions del notari com a tal, des de l'assumpció del concepte «ofici públic», que no és funcionariat com ho prova que a la normativa notarial francesa, que va començar en la Llei de Ventoso amb la qualificació de funcionari públic, li va ser suficient després per desmarcar-se d'ella adoptar la d'oficial públic en l'Ordenança notarial de 2 de novembre de 1945, sense necessitat de forçar a la norma a difícils equilibris amb un peu en el públic i l'altre en el privat. D'altra banda, la mateixa figura híbrida ha tret també a les professions liberals l'exclusiva de la professionalitat. I a Espanya concretament, a nivell de Llei, des que la General Tributària va reconèixer aquella categoria (aplicant-la tant al notariat com als registres) sota la traducció (no ideal, però sí significativa) de *professions oficials*; per la qual cosa no té sentit agafar-se a la veu «privada» per salvar la professionalitat en l'exercici d'una funció-missió. ¿Potser no la tenen els jutges en l'aplicació del Dret, exercint com exerceixen no ja una funció pública, sinó un Poder Públic? ¿Com no l'han de tenir els notaris en la seva missió no menys pública, que és, en l'aplicació del mateix Dret, la d'intentar evitar que els jutges hagin d'actuar, o mitigar la càrrega de la seva decisió si no pugués impedir-se el conflicte, disposant a més a més com disposen del gran estímul —del qual aquells manquen de crear i potenciar una clientela, i amb ella beneficis diferencials, acreditant la seva competència en dit objectiu en la societat a la qual serveixen? La professionalitat «afegida» en comptes d'«integrada en» la funció pública presenta el risc de que, per molta inescindibilitat que es prediqui —prenent per realitat el plausible desig— el notari aparelli a la presència definitòria de «funcions privades» la temptació de desplaçar el centre de gravetat de la institució a la concepció liberal i incontrolable del professionalisme (a la

panyol) també n'hi ha, malgrat ser, en aquest, aclaparadora la desproporció de la influència exercida pel factor Funció sobre el del factor Professió en l'híbrid resultat institucional.<sup>15</sup>

I això sí que pot ser conflictiu en el procés harmonitzador, perquè mai podrà admetre's que una professió liberal o assimilable a aquesta classe professional disposi de prerrogatives públiques que altres no tinguin, ja que a això s'oposa el prin-

---

qual res pot justificar un *numerus clausus*), amb la consegüent minimització del pes de la funció pública que és la que avui justifica i garanteix la sobrevivència de la institució. L'expressió «professional del Dret» de l'art. 1r del Reglament Notarial en res condiona, ja que al marge del seu baix rang normatiu, no té precisió, ja que aquell qualificatiu no és exclusiu de professional liberal Lletrat o Procurador col·legiat, sinó que també correspon, sense anar més lluny, al professor universitari de Dret, al publicista jurídic, als juristes adscrits a la Comissió General de Codificació, o inclòs als Lletrats del Consell d'Estat, de les Corts o Tribunal Constitucional no obstant el caràcter de funcionaris (molt *sui generis*), o de polítics jurítics, d'alguns dels membres d'aquests últims estaments. La «Santíssima Binitat» (com ha arribat a anomenar-se), és, a més a més de tan críptica com la «Tri», un bon pretext per equiparar «professional» a «privat» i «liberal», postura amb massa freqüència purament interessada, que el que busca és: 1) alliberar-se de la cotilla de l'aranzel o de compensar colmadament les seves limitacions «obrint pista» per a una competència sense cap limitació...! dins d'un monopoli funcional de número limitat d'integrants! I (com sigui) buscar l'èxit en una carrera selectiva cap a l'acaparament de clients prepotents encara que això signifiqui acabar depenent inconfessadament d'ells; i pujar il·limitadament el sostre del benefici material per alguns a costa del prestigi social de tots, que ja comença a posar-se en qüestió en les organitzacions d'usuaris; i 2) alliberar-se també de l'obligatorietat de la prestació de funcions, dels límits territorials, dels deures d'imparcialitat equilibradora (el compliment dels quals es tradueix en pèrdua del favor dels poderosos, i potser, pressionant suficientment per escindir el que es predica com inescindible, alliberar-se fins i tot de la jubilació, que només afectaria a la funció pública i respectaria la privada. A tal respecte, només cal acostar-se al fons de les tesis mantingudes en la sentència Reyners del Tribunal de Luxemburg, i per ROLDÁN RODRÍGUEZ (en l'article que es cita en la bibliografia consultada que es ressenya al final d'aquest discurs) per advertir el perill de descomposició que la seva combinació comporta i en el que concerneix a la sentència, la fragilitat que revela en una estratègia doctrinal basada en la vocació d'inescindibilitat d'unes funcions o activitats corporatives, ja que si el Tribunal luxemburguès les va dividir en un cas d'homogeneïtat teòrica tan pacífica com la de les activitats d'un advocat —professió liberal els continguts de la qual tenen com a denominador comú la llibertat, l'apertura i la privacitat— és innecessari dir el tractament que un cas de controvèrsia li mereixeria un conjunt que es presenta heterogeni, amb funcions públiques i privades en mixt maridatge. L'única garantia real de la inescindibilitat notarial està en la doble cohesió que resulti no sols de l'homogeneïtat, sinó de la naturalesa pública de tots els fins i de tots els medis homogenis de la institució; de la força que aporta el que l'optimitat del seu funcionament sigui una qüestió d'interès públic (sempre preeminent) i no merament privat (sempre subordinat), sense que hagi de xocar que un i l'altre, sense barrejar-se revolts amb el risc de contradir-se en l'aldarull, convergeixin naturalment des de la seva respectiva abscisa i ordenada fins a trobar-se en un punt coordinador del qual parteix la bisectriu compensadora; ja que la pau contractual privada és, en el seu conjunt, un *desideratum* i un objectiu públic; i la seguretat de les relacions jurídiques i les seves expectatives personals o econòmiques (aportada institucionalment per un sistema a l'empara dels poders públics) constitueix un interès i un objectiu privats, generalitats sense excepció en la societat civil. El que em sorprèn és que RODRÍGUEZ ADRADOS, que referencia analíticament la sentència Reyners, admetent que sembla contrastar amb el seu plantejament, i coneix i cita també la posició de ROLDÁN, no ponderi fins al seu grau real el seu perill comú i es despatxi amb una refutació d'estil acadèmic. Ell, que mai apadrinaria ni unes ni altres de les seqüel·les que abans he indicat, presta no obstant amb la seva postura, sense voler-ho, un argument de recolzament als qui pretenen convertir la nobilíssima «competència entre competents» (que és la que buscava la nota de «professional del Dret» del Reglament Notarial), en competència entre ambiciosos que per res sustenten en el seu magisteri jurídic la captació massiva de la contractació massiva (una redundància tan ex-

cipi d'igualtat davant la llei, general a totes les Constitucions; i perquè l'aliment de la fe pública és el deure d'imparcialitat que afecta a tot funcionari o exercent de funció pública, no garantible quan de fet, l'estatus aboqui (perquè les tensions al·ludides provoquin l'esllavissament) a un exercici realment *liberal* del component professional de l'ofici.<sup>16</sup> En tractar seguidament del segon aspecte d'aquesta diferència entre els dos sistemes seguits a Europa, insistirem sobre aques-

---

pressiva de la realitat, que la deixo com està). La «solució mixta» que afavoreix aquesta tendència no salvarà a canvi res; i no passarà com a màxim de ser una inestable situació de mera compatibilitat d'activitats, exposada a dissolució; sobretot si la provoca l'atròfia del principi d'imparcialitat que exigeix l'exercici de tota funció pública, com és la que nuclearment sosté la idea mateixa del notariat, a conseqüència de la hipertròfia que, de la mà de la mera ambició material, es produeixi en el pretès «component professional» privat d'aquesta mixtura de perillosa ambigüitat. Aquesta tensió d'atròfia >> hipertròfia de components ve (en cercle viciós) del fet que mentre els uns i els altres es mantinguin en la barreja com a elements pristins o genuïns, estaran exposats en la realitat a funcionar com a oposats, perquè institucionalment no es pot servir al mateix nivell una missió social i una ambició personal. Això és quelcom que en el millor dels casos són capaços de conciliar certes individualitats d'excepcional estatura moral, però que no es pot esperar de col·lectivitats corporatives, i menys, a més a més, en unes circumstàncies contextuais que, com les actuals, inciten a la competència salvatge que l'economicisme vigent predica, i a la que sols és aliena per natura la funció pública (ja no necessàriament funcional!); i no la privada de la que es pretén que, sense deixar de ser-ho, sigui el seu obligat acompanyant. A Alemanya, potser per haver viscut en el seu propi si el contrast dels tres sistemes que coexisteixen al seu interior: el notari funcionari judicial en part de Baden-Württemberg, i els de Nur Notär i Answalt-Notär en uns o altres dels seus restants länders, la corporació notarial que regeix a tots ells ha percebut el camí correcte de situar en la funció pública, com a deures sense específica i separada retribució, la informació i l'assessorament; un criteri que s'ha seguit també a Grècia, i que governativament ha estat imposat a Espanya per l'últim Aranzel aprovat per R.D. de 17 de novembre de 1989 arran de la Llei de Taxes de 30 d'abril del mateix any; si bé el criteri absolutament correcte seria el de distingir informació i assessorament *apud instrumentum*, que ha de ser inherent a la funció documentadora i per tant no minutable a part, i els que es facin via dictamen notarial, que poden i han de ser funció pública extraordinària, amb pròpia responsabilitat i remuneració. Quant a les restants funcions preteses privades, el pertinent és catalogar-les, declarar-les públiques, *ergo* obligatòries quan siguin requerides (que és el que les diferenciaria com a públiques davant les privades, sempre discrecionals com liberals; no devent mai una funció institucional social com és la notarial contenir res que tingui caràcter discrecional), i assignar-les una retribució aranzelària específica i adequada. En definitiva, RODRÍGUEZ ADRADOS i jo perseguim el mateix objectiu, però per divergents camins d'estratègia argumental. Ell creu en la seva, i jo en la meua. El Temps serà el Jutge.

<sup>15</sup> Com he dit en la nota anterior, l'«ofici públic» és una categoria híbrida interposada entre el funcionariat i la professió liberal; però que té molts més caràcters comuns amb el primer que amb la segona, amb la qual tan sols comparteix un estil estructural (l'organització col·lectiva per «Col·legis» i la gairebé-lliure de les personals oficines de servei), així com la compatibilitat per certes activitats privades que més que de la seva pròpia condició deriven de la titulació bàsica requerida com a substrat per aspirar al càrrec. En un treball anterior («*La independencia e imparcialidad del notario ante los agentes económicos*», publicat en la revista «La Notaría», núms. 7/8, agost de 1997) vaig posar de manifest que les notes caracteritzadores de la funció pública notarial superen decisivament a les «professionalistes» que en la seva estructura presenta. Només vuit són les notes que en el nostre sistema notarial responen a la idea de professionalitat: 1) La inexistència de jerarquies administratives i de competències *ratione materiae*; 2) la lliure elegibilitat dels prestadors del servei pels usuaris del mateix, malgrat això el caràcter públic que aquest té; 3) que els auxiliats de l'esmentat servei siguin tots de lliure contractació pel notari (si bé subjecta a la normativa legal laboral); sense que hi hagi reconegut cap estatut públic singular d'aquells; 4) la inexistència de cap retribució del notari per l'Estat, provenint tota la seva remuneració directament dels requerents del servei; si bé conforme a un aranzel estatalment fixat i controlat; 5) que tampoc siguin a càrrec de

ta qüestió; però des d'ara sostinc que sense la garantia de la imparcialitat que la Constitució Espanyola exigeix en l'apartat 3 del seu art. 103, no pot sostenir-se la independència del notariat, que ha de ser-ho no sols de l'Administració, sinó també de la clientela, i més precisament davant els poders fàctics en que avui esdevenen —ateses les grans dimensions que arriben a aconseguir al mercat— les

---

l'Estat els seus drets passius, sinó de les aportacions fetes pels propis notaris a una Mutualitat obligatòria gestionada per la Corporació; 6) que en cas d'errors en la prestació de les funcions notariales, l'Estat quedi així mateix exempt de tota responsabilitat civil, que és a càrrec dels qui individualment haguessin incorregut en ella, sense perjudici que la Corporació proveeixi a més a més un sistema col·lectiu d'assegurança per a la seva parcial cobertura; 7) l'organització territorial per Col·legis, forma estructural sens dubte imitada de les professions liberals, amb l'exclusiu finançament de la pròpia Corporació; però la majoria de competències, referides al control de les funcions públiques notariales, són delegades de l'Administració; i 8) la també exclusiva subvenció corporativa del dèficit de rendibilitat mínima, és a dir, del caràcter incongru, que puguin tenir les notaries que l'Estat decideixi crear en determinades localitats per suposades necessitats de servei que sols a ell competeix estimar. I observi's que fins i tot d'aquestes vuit notes «professionalistes», sols les quatre primeres ho són pures; ja que les quatre últimes constitueixen alternatives condicionades per l'Estat. Però davant aquestes vuit, hi ha el quàdruple; és a dir, trenta-dos caràcters, absolutament fundats en el caire públic de les funcions exercides, a saber: 1) el *numerus clausus* dels exercecents, que és assenyalat per l'Estat; 2) la selecció dels seus aspirants per mèrits i capacitat mitjançant oposició controlada per Tribunals designats per l'Estat; 3) la integració dels així seleccionats en un escalafó d'antiguitat com a paràmetre bàsic per a la seva progressió en la carrera a través del concurs de trasllat i per a un temps limitat d'exercici actiu del càrrec, existint una jubilació forçosa a una edat determinada i una altra voluntària igualment fixada a una edat a efectes de drets passius; 4) la delimitació legal d'una esfera competencial específica de la fe pública notarial davant altres àmbits paral·lels i exclusius: d'una banda els procediments judicials, i per una altra els administratius; 5) l'existència d'incompatibilitats; 6) la fixació exclusiva per l'Estat de la demarcació geogràfica del servei i el desplegament de les oficines per a l'atenció del públic als territoris col·legials, districtes i localitats, amb els límits de competència territorial funcional que això pugui suposar; i el règim reglat de les substitucions, sigui per impossibilitat o per vacant, a nivell de districtes o de localitats amb més d'un notari; 7) la localització reglada de les oficines de servei en les poblacions amb més d'un notari; 8) la regulació, en dites localitats, de guàrdies de servei; 9) el règim d'autorització, límits i condicions per a les associacions de despatxos; 10) la regulació i el control d'excedències, llicències i absències; 11) el torn dels documents en que intervinguin les Administracions Públiques (en si mateixes o a través d'entitats participades per elles) o l'autoritat judicial; 12) la previsió de fons compensatoris o correctors per evitar disfuncions per excessos de concentració d'encàrrecs documentadors de contractes d'adhesió; 13) la catalogació reglada dels tipus documentals notariales; 14) l'exigència d'una classe exclusiva i reglada de paper timbrat; 15) la regulació material de les matrius documentals (línies, síl·labes, formes de grafia de certes expressions, abreviatures, esmenes i salvats; 16) la forma oficial de la subscripció notarial documental (signe, firma, rúbrica i segell, i el seu registre); 17) la regulació del dret a còpies; 18) la inspecció, control i correcció disciplinària de prestació de la funció; 19) les sancions de suspensió, i fins i tot de pèrdua de la funció, per desviacions de la legalitat; 20) l'exigència de control de la legalitat en tota rogació de servei, condicionant l'acceptació d'aquesta al resultat positiu d'aquell; 21) l'obligatorietat de la prestació del servei quan no sigui oposat a la Llei; 22) la regulació del dret d'elecció de notari quan hi hagi una pluralitat d'atorgadors; 23) el deure d'imparcialitat, qualificat a més a més, quan existís desigualtat entre les parts, com necessàriament compensadora o equilibradora de les mateixes quant a informació i assessorament; 24) la susceptibilitat de recurs administratiu pel que fa a activitats diverses del notari (honoraris, denegació de ministeri o de còpies, condicions de prestació de la funció, etc.); així com respecte a quantes decisions de les juntes directives col·legials es refereixin a control de l'exercici de la funció; 15) la fixació estatal dels aranzels retributius per via de Decret; 26) la no meritació de retribució per les funcions d'informació i assessorament separatament de la meritada per formalització documental; 27) l'afectació per la Llei de Taxes i Preus Públics dels aranzels

empreses immobiliàries i financeres, contractants en massa en el sector en què operen els controls notariais de regularitat.

El segon aspecte a ponderar d'aquesta segona diferència és, segons vam veure, que el sistema anglès recorre per al control de regularitat dels actes i negocis jurídics de translació i crèdit, amb ocasió de la seva formalització documental, a professionals liberals del Dret que, havent-hi pluralitat de parts, les assessoren també pluralment i frontalment, de forma que l'atorgament mutu d'aquestes es produeix després d'una prèvia assistència jurídica separada; mentre al continent europeu, s'encomana el control documental a un oficial públic: el notari, que uni-

---

al sosteniment de les oficines de servei i del seu personal; 28) la normativa reglamentària de l'estatut de la professió notarial (variable a criteri de la potestat reguladora del Ministeri de Justícia), sense que la legislació de Col·legis Professionals sigui una altra cosa que supletòria en cas d'imprevisió del reglament notarial mentre aquesta no sigui solucionada; 29) el caràcter vinculant que per a l'operativa notarial tenen les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat, recaigudes en recursos governatius en matèries notarial i registral; 30) les múltiples obligacions d'informació o de comprovació que l'Administració imposa al notari, ja sigui amb caràcter periòdic, o ja conjuntural, en matèries econòmiques, estadístiques, fiscals, monetàries, d'inversió estrangera, immigratòries, etc.; 31) la inoponibilitat del secret professional o de protocol a requeriments oficials de còpies de documents o d'altres informacions d'interès públic, tant en l'àmbit de la jurisdicció penal o civil com en el de procediments administratius d'ordre públic o de caràcter tributari; i 32) la propietat estatal del protocol notarial.

<sup>16</sup> Convé aquí, en un incís «en falca», aclarir que encara que en la freqüent referència a Alemanya com a Estat adscrit al sistema notarial llatí sembla donar-se a entendre l'existència d'un sol model uniforme, en realitat no és així, sinó que en aquest país (resultat com se sap d'una encara jove federació política de territoris que històricament van ser de regnes diferents) hi ha —al marge de la singularitat anecdòtica del notari funcionari judicial que com es va indicar en el text primordial regeix en una part del land de Baden-Württemberg— dues modalitats del sistema llatí en sentit lat. Una (majoritària) és la llatina pura, en què el notari, en nom de la seva imparcialitat i de la seva funció antiprocessal, no exerceix l'advocacia (model de *Nur Notär*). L'altra (minoritària) és la de l'advocat-notari (*Answalt-Notär*), en què sí que hi ha exercici de l'advocacia, al qual se suma en règim de *numerus clausus* la prerrogativa de la fe pública notarial, que sols regeix a la resta del land que acabo de citar, en una altra part dels länder de Hesse i Renània del Nord-Westfàlia, a Berlín-Est des de la reunificació alemanya, i en la integritat dels länder de Bremen, Baixa Saxònia i Schleswig-Holstein. Amb ocasió de la Reunificació, es va proposar als länder de l'extinta República Democràtica l'opció per un dels dos sistemes bàsics existents a l'Alemanya Federal, i amb la sola excepció citada de Berlín-Est, tots els altres van escollir el del notariat-funció única. Si es fa aquí aquesta menció per incís és perquè a primer cop de vista, el model d'advocat-notari sembla intermedi entre l'anglès de professionalitat jurídica liberal i el de notariat funció pública del Continent, el que potser podria servir i model inspirador a l'hora de l'harmonització institucional de tots dos. Però no obstant no és així; ja que aquesta modalitat manté en la seva integritat els caràcters cap als que la mentalitat jurídica anglesa és més reticent: la fe pública, el *numerus clausus* de la seva exercitabilitat i la presumptament difícil imparcialitat en una unipersonalitat de la informació i l'assessorament jurídic a les parts; i per més que la reglamentació d'aquesta modalitat a Alemanya estableix que la informació i l'assessorament constitueixen funció pública i no privada liberal (cosa que permet a l'estructura corporativa alemanya presentar totes dues modalitats com variants del comú sistema llatínogermànic i assumir unes competències de direcció i disciplina comunes), no pot negar-se que estem, no davant una categoria híbrida però pròpia, sinó davant una combinació simplement mixta, en què la frontera entre totes dues funcions i estils es fa més difusa i la imparcialitat notarial pateix més risc, amb el factor afegit que aquest és encara major per a la igualtat d'oportunitats de la concurrència en l'exercici de l'advocacia. Mai, per tant, una tal modalitat podria servir per inspirar una línia de síntesi o acostament suficient entre els sistemes anglès i llatí-continental.

personalment proporciona als diversos interessats en aquells la seva informació i assessorament institucional, sota deure de rigorosa imparcialitat compensadora, qualsevol que d'ells hagi estat el requiriment de les seves funcions.

En aquest aspecte concret, el sistema anglès sembla oferir d'entrada a la crítica dos motius. Un, que la inevitable polarització de l'assistència professional informadora i assessora quan a l'acte documentat hi ha més d'un atorgant, és un factor de tensió, procliu a retardar l'acord i fins i tot a afavorir el conflicte; i que endemés, multiplica els costos de transacció —factor aquest de summa importància en l'actual doctrina neoliberal de l'Economia de Mercat— per raó tant del nombre d'assessors concurrents com al fet de ser aquests professionals lliures, membres de corporacions de *numerus apertus*, les remuneracions dels quals (excepció feta dels mínims corporativament establerts per raons de dignitat i deontologia), són igualment lliures. El contrast de les indicades circumstàncies sembla clar davant les del model de notari únic, informant i assessor imparcial de totes les parts, encara que de lliure elecció entre els que hi hagi demarcats al país (amb subjecció a alguna prioritat reglamentàriament assenyalada entre els electors, no entre els elegibles) i la remuneració dels quals està limitada per conceptes i criteris fixats estatalment per Aranzel. No obstant això, la substitució en aquest punt del sistema anglès pel llatí-continental als països que segueixen el primer, sembla impossible, per dues raons.

Una, és que les professions legals que avui cobreixen a Anglaterra i països seguidors del seu sistema la missió del control de seguretat jurídica a través de la formalització documental dels actes i negocis jurídics privats, acrediten una neta executòria de col·laboració amb el Poder judicial en aquesta tasca; tenen una mentalitat constructiva i no bel·licista en la prestació del seu assessorament en els tractes contractuals; i per tot plegat i per la seriosa disciplina que exerceixen sobre ells les seves associacions professionals, gaudeixen d'un alt prestigi social que faria veure com a innecessària i injusta la seva substitució per una corporació com la notarial, que està reglamentada per l'Administració pública. Segurament s'objectarà que això comporta duplicar els costos de transacció, el que podria representar per a aquells professionals un clar desavantatge en la concurrència amb els continentals, especialment amb aquells notaris que com els espanyols, els alemanys i els grecs, tenen inclosa en la taxa aranzelària per la seva activitat documentadora, la funció informadora i assessora, no minutable a banda com assessorament liberal. L'opinió de les professions angleses sobre aquest punt és, però, que el problema de les diferències de costos de transacció el resoldrà el mercat transnacional de serveis, a part que possiblement algun òrgan comunitari de control de la competència deslleial assenyali a les organitzacions corporatives dels països membres uns marges deontològics que salvin tant la flexibilitat com la qualitat.

L'altra raó anunciada és una visió molt escèptica que el pragmatisme britànic té en el que respecta a la possibilitat d'una vertadera imparcialitat en l'infor-

mador-assessor únic de dos o més parts, sobretot si és retribuït per una sola; o si en la qualitat de professional lliurement elegible, gaudeix del favor electiu d'una d'elles amb caràcter habitual; i més, si aquesta freqüent elecció representa per al mateix una gran part de la seva feina i del seu rendiment, i d'alguna manera condiciona l'estructura del seu despatx. El risc per a la imparcialitat sembla clar en aquestes situacions, fins i tot éssent de parió poder entre si les parts ateses en el cas pel mateix informador i assessor institucional; però es potencia infinitament quan entre elles hi hagi gran desigualtat —com n'hi ha sempre que alguna sigui una empresa contractant en massa— i sigui aquesta la que habitualment i realment elegeixi aquell, per més que aparegui nominalment elegit per la part remuneradora o per totes dues. En conclusió: sols si cada part elegeix i retribueix a l'efecte un professional, hi haurà un suficient equilibri d'informació i assessorament.

Al meu parer, ens trobem —ara sí— davant la qüestió clau de la dialèctica harmonitzadora; car les reserves mentals que el sistema d'assessor únic suscita a la classe professional anglesa (i segons aquesta, també a la judicial) tenen (si més no, a títol de risc teòric) innegable fonament; i la preocupació per trobar altres sòlids que oposar-li ja ve de lluny.<sup>17</sup> El risc era minimitzable i gairebé rebutjable en tant l'equilibri contractual era regla general per ésser la normalitat la contractació entre particulars d'equivalent poder decisor respecte als seus continguts; però en l'últim mig segle, aquell equilibri ha passat a ésser circumstància gairebé excepcional; éssent la normal la contractació entre desiguals en poder, necessitat i informació, i molt sovint en un context de sobredimensió, massificació i predisposició de condicions generals. I precisament en aquell canvi contextual, s'ha produït en alguns notariats nacionals de sistema llatí una perillosa controvèrsia a propòsit de quin és, entre els dos factors que componen el disseny del model llatí, el prevalent sobre l'altre: si la professionalitat electiva pels titulars d'interessos privats, o el caràcter públic de la funció exercida.

En aquesta conjuntura, la tendència professionalista, aprofitant-se de la passa en fals que l'Estat ha fet (confonent greument liberalització i desregulació) en suprimir el sistema de torn que preservava la independència i imparcialitat del notari davant els grans operadors econòmics, malda, amb una visió empresarial buida de sentit institucional, en captar com sigui la clientela dels mateixos,quina organització els afavoreix una acció contractual de masses; i amb tal objectiu,

---

<sup>17</sup> Ja amb ocasió del Congrés de la Unió Internacional del Notariat Llatí celebrat a Lima el 1984, la delegació del notariat espanyol va presentar, entre altres, una Ponència sobre «*La necesidad de un redactor imparcial del contrato*», de la qual van ser coautors A. RODRÍGUEZ ADRADOS, L. ROJAS MONTES i I. SOLÍS VILLA, exemple d'un voluntarisme no sols benintencionat, sinó revestit de qualitat jurídica. El problema, no obstant, no és de possibilitat teòrica ni de raons teleològiques, sinó de conciliació del desig i dels seus fonaments amb la realitat de l'egoisme individual humà quan troba esquerdes en què soscavar una vocació col·lectiva de missió social com la que va presorgiar el notariat en el passat, sense que la norma li surti eficaçment al pas per a impedir-li-ho.

també ells adopten, a la seva escala, una dimensió a joc, sobrecarregada, amb els inevitables ròssecs de despersonalització i dependència. I en aital tessitura, busquen autojustificar-se des de la negació de que el nucli essencial de l'ofici notarial sigui la funció pública, i la correlativa inflació i reivindicació de la seva faceta professional, que aspira a veure reconeguda com a activitat *privada i liberal*, afirmant, a l'estela de l'ultraliberalisme econòmic actual —i contra l'evidència de l'acaparadora desproporció inversa de factors— que la professionalitat és la vertadera essència del notariat llatí i que el seu exercici s'hauria d'adequar als trets més radicals de la professió jurídica liberal en el concernent a dimensions de l'oficina de servei; selectivitat en la captació de clientela; elecció consensuada del notari per les parts —fingint ignorar que en el contracte massiu i entre desiguals sempre la imposa la part dominant (cosa que convé a aquesta tendència i a la seva manera d'operar)—; racionalització del document en estereotips «àgils»; il·limitació absoluta en una lliure competència (que no obstant és fal·laç d'arrel, ja que els concurrents són *numerus clausus*); i fins i tot mobilitat territorial al servei del client personal, minimitzant el condicionament de la demarcació estatal, establerta per equilibrar el servei en els territoris on està desplegat, i el treball entre aquells que presten fidelment la seva necessària cobertura personal.

Això es tradueix, tard o d'hora, en l'atròfia, per no dir en la mort, del deure d'imparcialitat compensadora que ressalta la independència del notari en l'anomenat model llatí, desnaturalitzant definitivament i completa la seva essència, que consisteix en afegir a les funcions de control de la regularitat dels actes i contractes que formalitza el notari documentalment, les d'informació i assessorament a [tots] els atorgadors, per tal de formar integralment —i equilibradament en cas de pluralitat— la seva consciència dels efectes d'aquells i dels del propi instrument públic; fet essencial per un atorgament real, digne de tal nom, del qual el notari ha de cerciorar-se abans d'autoritzar aquell.

Aquesta, per sobre de qualsevulla altra accepció, és la vertadera autenticitat del document; la del seu fons. Aquest és «el fons de la Forma», el que la justifica; i si, per les dimensions despersonalitzadores de l'oficina de servei, pel condicionament autoassumit en la captació selectiva de la seva clientela, o per col·laboracionisme passiu en la distorsió *de facto* del natural sentit de l'exercici del dret d'elecció pels atorgants més necessitats d'assistència institucional, el notari defuig la missió equilibradora de les seves funcions docents, deixant així d'aportar al consentiment dita autenticitat de fons, està immolant al vedell d'or al model llatí de notariat i recolzant l'escepticisme anglès sobre la imparcialitat real de l'assessor únic institucional, i la necessitat, per obtenir una informació i un assessorament realment equilibrats, de recórrer a l'assistència liberal múltiple, per si mateixa compensadora.

Si la tendència professionalista abans al·ludida arribés a prevaler al continent europeu, on també va estenent-se, deixaria el sistema notarial llatí en risc de per-

dre la partida davant l'anglès en el debat harmonitzador del model europeu de seguretat preventiva de les relacions jurídicoprivades; ja que a la societat civil, segons es detecta en les associacions d'usuaris, ja ha calat el risc, amb la natural reducció de confiança institucional; només reversible si els països de model llatí corregeixen la regulació de la designació i retribució del notari en els casos de pluralitat de parts, tallant d'arrel tota relaxació en una imparcialitat com la notarial, que superant la neutralitat passiva, es qualifica per la seva missió compensadora.<sup>18</sup>

He dit. Moltes mercès a tothom per la seva pacient atenció.

---

<sup>18</sup> En tractar de la incidència dels resultats del futur debat entre el sistema anglès i el llatí-continental de seguretat jurídica preventiva sobre les institucions pròpies dels Estats membres, i més concretament respecte al sistema documental de control de regularitat dels actes i negocis jurídics privats, sembla que cal plantejar-se el paper que a aquests efectes puguin jugar els principis comunitaris d'autonomia institucional (elaborat per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees) i de subsidiarietat (proclamat en l'art. 3 B, ap. 2 del Tractat de Maastrich. Una sentència del TJCE de 1971 (en el cas *International Fruit Company*><*Produktschap voor Groenten en Fruit*) fou l'origen del principi d'autonomia institucional, segons el que normalment el compliment dels deures que com a membres de la Comunitat afectin els Estats no exigeix canviar les organitzacions institucionals ni les regles de procediment establertes en la seva Constitució; principi que es confirmà en altres dues sentències, a propòsit de possibles conflictes competencials interns que poguessin sorgir-ne entre autoritats o entre territoris d'un mateix Estat: una, de 1976 (cas *Rewe Zentralfinanz*><*Landwirtschaftskämmer für das Saarland*) i l'altra, de 1990 (cas *Deutsche Bundesrepublik*><*Comission*). Nogensmenys, una altra de 1981 (cas *Rewe Handelgesellschaft Nord MBH*><*Hauptzollamt Kiel*) va puntualitzar que el principi d'autonomia institucional no opera quan la pròpia norma comunitària estableix directament les vies per a la seva aplicació i la sanció de la seva inobservància; sinó només quan no ho fa. Quant al principi de subsidiarietat, indica que en l'actuació de les normes de Dret Comunitari els objectius de les quals siguin plenament assolibles per les estructures pròpies dels Estats membres, la Comunitat no actuarà mitjançant les seves; però sí en canvi —i no pas dites estructures nacionals— quan degut a la dimensió o als efectes de l'acció de que es tracti, la capacitat d'aquestes no garantitzi aconseguir aitals objectius del millor mode. Al meu parer, posant en relació ambdós principis, fóra ingenu confiar que el sistema notarial llatí pugui romandre tal com hi és en tots els països membres de la Unió Europea que el segueixen; car si degut a normes retributives inadequades o a relacions clientelars desmesurades, no està en alguns dels mateixos plenament garantida la independència i imparcialitat notarial d'efecte compensador; es a dir, l'equilibri de la informació i l'assessorament de les parts, que és indispensable per a un autèntic atorgament del consentiment contractual (clau per a una seguretat jurídica digna d'aquest nom), els òrgans comunitaris podrien dictar normes d'aplicació directa per corregir dràsticament aital defecte; o si aquest estigués generalitzat entre els països de sistema llatí, o no es considerés corregible, podrien fins i tot arribar a descartar aquest sistema. Això suposaria la consumació (per desaparició), del gran perill de les institucions ambigües, orientades alhora a dos interessos: el privat o particular i el públic o general, susceptibles de fricció quan no s'exerceix un control correctiu constant que refreni la tendència a fer prevaler el particular sobre el general (que és pròpia de les professions liberals, i s'aguditza en els períodes de liberalisme econòmic) i impedeixi d'arrel la desorbitació «privatista» i la minyuació de la funció pública i les coordenades d'independència i imparcialitat radical pròpies de la mateixa. Un futur, doncs, de greus responsabilitats per a les Administracions públiques i per a les estructures corporatives, on potser hi ha de sobra miops d'etiologia vària, i manca d'hipermètops que vegin i llegeixin bé de lluny.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

A més dels treballs propis o aliens citats en les precedents notes, les consultes per a l'elaboració d'aquest discurs s'han fet fonamentalment sobre els següents materials:

- 1) BAZ IZQUIERDO, F. *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés*. Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1980.
- 2) CANO MORA, V. *El notariado inglés*. Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, n.º 178 (novembre), 1995, pp. 2997 ss.
- 3) CONGRESO NOTARIAL ESPAÑOL (VI). *La función notarial en una economía de mercado* (Ponencias). Madrid, Consejo General del Notariado, 1997.
- 4) FONT BOIX, V. *El Notariado en los sistemas de Derecho latino y anglosajón. El Notariado latino en Inglaterra*. Conferència a l'Academia Matritense del Notariado el 27 d'abril de 1978; publicada en el tom XXII,2 dels seus Annals; Madrid, Edersa, 1981, pp. 57 ss., 158 ss. i 168 ss.
- 5) GARCÍA COLLANTES, J. M. *Bases para una unificación del Derecho documental*. Conferència en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo el 27 d'agost de 1998.
- 6) GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. *La función del notario en la Unión Europea. Estudio comparativo*. Eds. Colegios Notariales de España; Madrid, 1997.
- 7) GRESSER, E. *La conception du rôle du notaire dans les nouveaux pays de l'Europe de l'Est*; publicat en el n.º 47 (especial) de «Petites affiches/La Loi» de 20 d'abril de 1998 on es recullen els treballs del «VII Rencontre Notaire-Université» sobre «La fonction notariale en Europe», el 24 novembre de 1997, pàgs. 13/16.
- 8) HONDIUS, E. *Towards a European Contract Law*. Ponència en les X Jornades de Dret Català de Tossa de Mar, 18 setembre 1998, publicat en el llibre de materials de les Jornades.
- 9) REYNIS, B. *La conception du rôle du notaire dans les pays de l'Union européenne*; publicat en el mateix número de la revista esmentada en la 7.ª de les referències anteriors; pàgs. 5/12.
- 10) RIDEAU, J. *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*; París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2.ª ed., 1996.
- 11) RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *De nuevo sobre la inescindibilidad notarial*. Conferència a l'Academia Granadina del Notariado el 25 d'octubre de 1996 (separata, 1997).
- 12) RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *La fe pública y la Unión Europea*; en «La Ley», n.º 3.749 (març) 1995; vol. I; pp. 1094 ss.
- 13) ROLDÁN RODRÍGUEZ, A. *La profesión notarial y la Comunidad Europea*; en «La Notaría», gener 1991, pp. 33 ss.
- 14) VOGEL, L. *Le Statut du notaire, au regard du Traité de Rome*; publicat en el mateix número de la revista esmentada en les anteriors referències bibliogràfiques 7.ª i 9.ª, pàgs. 17/20.

# CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. LLUÍS ROCA-SASTRE MUNCUNILL



Senyors Acadèmics,  
Senyores,  
Senyors:

Segons l'article 13 dels Estatuts d'aquesta Acadèmia, «rebut el text del discurs (de l'Acadèmic electe) pel President, aquest designarà l'Acadèmic que haurà de contestar-lo en nom de l'Acadèmia...»

L'Acadèmic electe és el Dr. Josep Lluís Mezquita del Cacho.

El discurs de recepció és el que acaba de pronunciar sobre el tema jurídic «La seguretat jurídica documental a l'Europa Unida del segle XXI».

És adient, com sempre, que, prèviament a la contestació del discurs de recepció dels Acadèmics electes, es faci una exposició sobre la persona i els mèrits del jurista que ingressa a l'Acadèmia.

El Dr. Mezquita del Cacho ocuparà l'escó del gran jurista català Joan Pere Fontanella, el qual fou ocupat abans d'ell pel prestigiós Notari i jurista Lluís Figa i Faura, que durant una pila d'anys exercí amb magnífic encert i altura la presidència d'aquesta Acadèmia. Doncs bé, el successor d'aquest escó, com tot seguit es comprovarà, reuneix totes les condicions per a perpetuar la bona memòria dels citats juristes, ja que és Doctor en Dret i s'ha distingit en la investigació, l'estudi i la pràctica del Dret, tal com exigeix l'article 6è dels esmentats Estatuts de l'Acadèmia.

Josep Lluís Mezquita del Cacho va néixer a Madrid el dia 17 de novembre de 1928. Ben aviat es traslladà la seva família a la Comunitat valenciana, d'on era natural la seva mare. Estudià a la Universitat de València i va obtenir la Llicenciatura en Dret amb Premi Extraordinari, així com el premi especial «Olóriz», Final de Carrera de la Facultat de Dret de dita Universitat, i la Borsa d'Estudis Final de Carrera de l'Excm. Ajuntament de València per un treball sobre «Arrendamiento de empresa mercantil».

La seva tenacitat com a estudiós del Dret el portà a preparar oposicions a Notaries i als vint-i-quatre anys ingressà en el Notariat. Ha exercit des d'aleshores de Notari, sense cap excedència. Va ésser Notari de Friol (Col·legi de La Corunya) el

24 de març de 1954, de Belchite (Col·legi de Saragossa) el 20 d'abril de 1956, de Baena (Col·legi de Sevilla) el 16 d'agost de 1956, i, per oposició entre Notaris, d'Inca (Col·legi de Balears) el 27 de febrer de 1962 y de Barcelona el 25 de març de 1965.

Quan assolí la Notaria de Barcelona s'integrà plenament a la cultura i l'ambient catalans. Les seves obsessions eren l'ensenyament i l'estudi, ambdós degudament combinats. És Doctor en Dret «Cum Laude», per unanimitat en la Universitat Central de Barcelona (21 de juny de 1988). És Professor Convidat a la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, impartint un curs de «Fonaments de Dret Documental» i és participant al Diploma Post-Grau de Dret Immobiliari i Urbanístic. Entre 1978 i 1988 va dirigir el «Seminari Notarial de Catalunya», el qual coordinava l'acció de les diverses Acadèmies de Preparació de les Oposicions a Notaries. Entre 1988 i 1991 va organitzar i coordinar el Conveni de Col·laboració de l'Il·lustre Col·legi Notarial de Catalunya amb la Facultat de Dret de la Universitat Central de Barcelona per a un «Pràcticum» de Redacció de Documents. Per encàrrec de la Direcció General dels Registres i del Notariat redactà el 1982 la Memòria anomenada «El Cambio, en el Notariado Español». És nomenat per l'esmentada Direcció General el 1983 com un dels sis membres de la Comissió que va elaborar el Projecte per a la Reforma del Reglament Notarial que el Ministeri de Justícia aprovà l'any 1984. Participà el 1983 en el Simposi Notarial de Barcelona amb diverses Comunicacions envers el Notariat i en el IV, V i VI Congresos Nacionals del Notariat (Madrid, 1989, 1993 i 1997) presentant diverses Comunicacions sobre la funció notarial. D'acord amb el Consell General del Notariat, el Govern d'Andorra el va nomenar el 1997 membre de la Comissió establerta per a la reorganització institucional del Notariat al Principat d'Andorra, la revistó del seu Projecte de Reglament i la integració del Tribunal que havia d'elaborar el programa i jutjar les proves d'accés, les quals tasques varen ésser complertes l'any actual acabant amb la celebració del concurs-oposició, mitjançant el qual va ingressar la primera promoció postconstitucional del Principat (quatre Notaris).

És actualment Degà de l'Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya. Ha estat guardonat dues vegades amb la Creu de l'Orde de Sant Raimon de Penyafort, successivament amb la categoria de «Creu Distingida de Primera Classe» i «Creu d'Honor».

És autor de llibres, treballs, conferències i articles de divulgació, segons en resulta de la relació següent:

a) *Llibres individuals*

«Introducción al Notariado» (Barcelona, Seminario de Notarios, Cataluña, 1983).

«Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar», 2 toms, Bosch Casa Ed. Barcelona, 1987. Tom I: «Teoría de la Seguridad Jurídica.» Tom II: «Sistema Español de

Derecho Cautelar.» Tesi Doctoral abans esmentada i Premi Falguera de l'Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya, Convocatòria 1988.

«Sobre la unificación de la fe pública documental» Ed. Visor, Madrid, 1995.

I té en preparació dos llibres sobre «Fundamento de Derecho Documental» i «El fraude inmobiliario».

b) *Llibres col·lectius o en col·laboració*

«El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios» (en col·laboració amb J. López Medel). Ed. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985.

Va contribuir al «Comentario al Código civil» que el Ministeri de Justícia va promoure i publicar el 1992 en commemoració del Centenari d'aquest cos legal. La seva aportació a aquesta obra va ésser el comentari als articles de la subsecció «De los documentos privados» (1.225 al 1.230).

Va contribuir al llibre «Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña», Bosch, C.E. 1994, aportant els comentaris als capítols IV «El derecho de acrecer» (arts. 38 al 42), V «La colación» (arts. 43-44), VI «La partición» (arts. 45 al 63) i VI «La acción de petición de herencia (art. 64).

c) *Treballs monogràfics de revistes jurídiques i conferències*

«El pacto de opción y el derecho que origina» (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1951).

«El derecho de superficie en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956» (Revista de Derecho Privado, 1957).

«Conmutación del usufructo viudal común» (Revista de Derecho Notarial, 1958).

«La cuota viudal, tras su reforma» (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1958).

«Recobro mortis causa de donaciones a descendientes» (Anuario de Derecho Civil, 1959).

«La subrogación real» (Revista de Derecho Español y Americano, 1960).

«Negocio aparente y negocio fiduciario. Aplicaciones de éste como negocio modal y en función de garantía» (Revista de Derecho Español y Americano, 1960).

«El modo en el Registro de la Propiedad» (Revista de Derecho Privado, 1961).

«Conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal». Conferència a l'Il·lustre Col·legi de Notaris de Barcelona (en el Cicle organitzat conjuntament pels Il·lustres Col·legis de Notaris i d'Advocats sobre la «Reforma del Título Preliminar del Código civil»). Publicat en el llibre col·lectiu sobre el Cicle i en la Revista «La Notaría», 1974.

«El Notariado español y su papel, en las estructuras de Estado y Sociedad» (Conferència a l'Il·lustre Col·legi Notarial de Balears, 1983, publicat en la Revista de Derecho Notarial, 1984).

«*La función notarial y la seguridad jurídica*» (Conferència a l'Il·ltre. Colegio Notarial de Sevilla, 1984, publicada en «Anales de la Academia Sevillana del Notariado, Edersa, 1985).

«*El Servicio de la función notarial*» (Conferència a l'Academia Granadina del Notariado del Il·ltre. Colegio Notarial de Granada, 1984. Publicada en el Boletín de Información de este Colegio y en el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia en 1985).

«*La propiedad por períodos*». Boletín Informativo del Il·ltre. Colegio de Notarios de Granada, 1986.

«*Normativa civil y sustrato sociológico: algunos ejemplos de perentoria necesidad de ajuste*» (Revista Actualidad Civil, 1986).

«*La protección preventiva de la seguridad jurídica en la contratación del crédito bancario*» (Revista Actualidad Civil, 1987).

«*El Notariado en el Sistema Español de Derecho Cautelar*». Premi Quinquenal «Falguera» de l'Il·ltre. Col·legi Notarial de Barcelona, 1989.

«*Una valoración del Impuesto Sucesorio desde la perspectiva de la adecuación de sus estructuras a sus funciones autopropuestas*». Conferència a la Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona, 1990 (publicada en «La Notaría»).

«*La forma, garantía del contrato*». Conferència a l'Academia Sevillana del Notariado, Il·ltre. Colegio de Notarios de Sevilla, 1990 (publicada en «Anales de la Academia Sevillana del Notariado», Ed. Edersa, 1991).

«*Respondere, Postulare, Cavere*». Conferència a l'Il·ltre. Colegio Notarial de Madrid, 1990, como presentación de su libro «Seguridad jurídica y sistema cautelar». Publicada en el Vol. VII del Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo; eds. Consejo General del Notariado, 1991).

«*La vivienda, como derecho fundamental y como objeto de mercado y consumo*» (Conferència a les Jornadas de la Unión de Consumidores de Euskadi sobre «Vivienda y Consumo», Vitoria, 1990).

«*Seguridad Jurídica y Derecho de Consumidores*». Conferència a la Universidad Internacional de Verano Menéndez y Pelayo de Santander, 1990.

«*El Notariado y los Registros, pilares básicos del sistema español de seguridad jurídica privada*» (Conferència a l'Il·ltre. Col·legi d'Advocats de Barcelona, Escola de Pràctica Jurídica, 1991).

«*Función notarial y Derecho de Consumidores; especial consideración del derecho de elección de notario*» (Conferència a les «Jornadas sobre Vivienda», organitzades per la Unión Canaria de Consumidores; Las Palmas de Gran Canaria, 1991).

«*Absorción por el Notariado de los Corredores de Comercio. Su problemática y sus perspectivas*». Revista «La Notaría», 1991.

«*Sobre Registradores y Notarios*»; discurs-proemi a la presentació del llibre de M.<sup>a</sup> Purificación García Herguedas «La seguridad jurídica y el Registro de la Propiedad en España», a l'Il·ltre. Colegio Nacional de Registradores (Madrid, 1991).

Publicat en «La Notaría» i en el «Boletín de Información del Il·ltre. Colegio de Granada».

«Control notarial de la subasta hipotecaria». Revistas «La Notaría» y «Poder Judicial», 1992.

«Algunas consideraciones sobre la ejecución hipotecaria mediante subasta notarialmente controlada». Revista General de Derecho, 1992.

«Equilibrio y Libertad en el Contrato». Publicat el 1992 a les revistes «La Ley», «Revista Jurídica del Notariado» i «Estudios sobre el Consumo».

«El derecho de los consumidores y usuarios a la elección de notario en las transmisiones inmobiliarias y en los préstamos hipotecarios». Publicat el 1992 per «La Notaría», «Actualidad Civil», «Actualidad Aranzadi», «Revista General de Derecho», «La Ley», «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», «Cuadernos Jurídicos», «Tapia» i en el volumen II del «Libro-Homenaje a J. L. Lacruz Berdejo».

«La sociedades de Profesionales». Conferència a l'Academia Sevillana del Notariado, Il·ltre. Colegio Notarial de Sevilla, 1992; publicat a l'Anuari de dita Acadèmia, Edersa, 1993.

«El servicio notarial y los consumidores» (Revista «Cuadernos Jurídicos», Barcelona, 1993).

«Por un Derecho Preventivo» en «Món Jurídic» (Revista de l'Il·ltre. Col·legi d'Advocats de Barcelona i en «Tapia»; 1993).

«La dimensión racional de la oficina de servicio notarial». (Revista «La Notaría». 1993).

«Las diferencias forales de fiscalidad sobre Actos Jurídicos Documentados y la libre elección de notario». Revista «Quincena Fiscal Aranzadi», 1993.

«La imparcialidad en las funciones notariales: su necesario tratamiento a nivel de Legalidad» (Revista Actualidad Civil, 1993).

«Sobre la transparencia en el crédito hipotecario a la vivienda y cuestiones adyacentes». Actualidad Jurídica Aranzadi, 1994.

«La información notarial al usuario en la financiación hipotecaria». Ponència en el Seminari «Protección del consumidor en la contratación financiera» (Madrid, 27 novembre 1994).

«Sobre la supuesta especialidad del Derecho catalán en materia de caducidad de la acción rescisoria de donaciones en fraude de acreedores» (Revista Jurídica de Cataluña, 1994).

«Cláusulas reprobables en la contratación inmobiliaria y crediticia de adhesión». Revista Actualidad Civil, 1995.

«El principio de seguridad jurídica y la situación de pareja de hecho. Aspectos probatorios: registros y otros medios de salvaguarda». Conferència a la Fundació Internacional Olof Palmer, 14 novembre 1995. Publicat en el llibre «El derecho europeo ante la pareja de hecho», Barcelona, Cedeos Ed. Derecho, 1996.

«Sobre el marco jurídico propio de la Mutualidad notarial y aspectos adyacentes» (Revista «La Notaría», 1996).

«Fondos de compensación y juegos de diccionario» (Revista «La Notaría», 1996).

«El requerimiento de pago al deudor en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria» (tramès el 1997 per a la seva publicació en el «Libro-Homenaje a Jesús López Medel»).

«La independencia e imparcialidad del notario ante los agentes económicos» (Conferència a l'Iltre. Colegio Notarial de Valencia, 1997. Una versió ampliada com a treball monogràfic es va publicar en «La Notaría», 1997).

«Las sedicentes formas de crédito garantizado con hipoteca sobre la vivienda financiada, en la cotratación de adhesión de entidades financieras, y la pretendida inaplicabilidad a aquéllas de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, de subrogación y novación hipotecaria»; i en versió catalana «Les formes anomenades de "crèdit" amb garantia hipotecària sobre l'habitatge finançat, en la contractació d'adhesió d'entitats financeres, i la pretesa inaplicabilitat a les mateixes de la Llei de 30/3/1994 de subrogacions i novacions hipotecàries» (Comunicació a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya el 10 de març de 1998. La versió catalana ha estat tramesa per a la seva publicació a la Revista Jurídica de Catalunya; i la castellana al Boletín de Información del Iltre. Colegio Notarial de Granada.

d) *Articles de divulgació*

«En torno al leasing inmobiliario» en «El leasing, nueva técnica de financiación al comprador» (Barcelona, Imprenta del Noticiero Universal», 1973).

«El fondo de la Forma». El País, 29 març 1990.

«Vivienda a la financiera». I «Nuevos vientos para el crédito inmobiliario» y II «Firmeza frente a la especulación». «El País», 18 i 19 juny 1991.

«Control notarial de la subasta hipotecaria» (Expansión, 2, 3 i 4 abril 1992).

«La vivienda, realidad inhumana de un derecho humano» (El Periódico de Cataluña, 4 novembre 1992).

«La verdadera función notarial: algo más que fe» (Expansión, 13 a 16 gener 1993).

«No son todos los que están» (La función notarial y los «costos de transacción») «La Gaceta de los Negocios», 18 gener 1993).

«Fue tan rápido todo...» (Rigor, versus celeridad en la prestación de la fe pública) (Expansión, 4 i 5 de març 1993).

«Otro parto de los montes» (La Coordinación telemática entre Notarías y Registros) (Expansión, 31 de maig a 3 de juny 1993).

«La refinanciación hipotecaria» y «De nuevo sobre la renegociación hipotecaria» («Cinco Días», 20 i 23 novembre 1994).

«Fe y credibilidad» («Cinco Días», 13 maig 1994).

«Dogmas y ruedas de molino» («Cinco Días», 14 juny 1994).

«La transparencia: retorno a la decencia» (La Orden Ministerial de 11 de mayo de 1994) «Gaceta de los Notarios», juny 1994).

«La transparencia: del zoco al mercado» (A propósito de la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1994) («Expansión», 29 juny 1994).

«Fe pública y pública fe». «El Mundo», 27 desembre 1994.

«Fe notarial y equilibrio contractual». «Expansión», 28 juliol 1995.

«Xenofobia y discriminación» (Ante la discusión parlamentaria del Código Penal). «El País», 30 juny 1995.

Atesa aquesta relació d'activitats docents, professionals i socials i de totes les obres jurídiques i articles de divulgació de Mezquita del Cacho, en resulta que la seva primera gran preocupació es dirigeix vers les construccions de certes institucions de Dret civil o privat i que, en canvi, després, la seva obsessió és la recerca d'una bona i adient, amb tota cura, de la missió o comesa i de l'organització notarial al nostre país i a Europa. Els seus estudis inicials de Dret civil o privat sobre el dret d'opció, el dret de superfície, la commutació de l'usdefruit vidual, la llegítima vidual, la reversió de donacions, la subrogació real, el negoci fiduciari, el mode, la multipropietat, etc., i sobre Dret immobiliari i urbanístic i sobre hipoteques, són dignes d'una lectura a fons, donat el seu grau d'originalitat, de contingut i de sistemàtica. Mes, en els darrers anys, com a bon privatista que és i protector, per tant, dels interessos de les persones, tant físiques com jurídiques, considerades en la seva individualitat, s'esforça en fer una defensa, la més efectiva possible, de l'activitat notarial i del document notarial. Aquests són, per a ell, els mitjans apropiats per assolir una veritable i definitiva tutela d'aquells interessos i d'aconseguir, a voltes, una seguretat jurídica eficient. Els inclou dins del que denomina «Dret cautelar», en general, en el qual, indubtablement, és peça essencial l'instrument públic. Però, aquest instrument públic sempre ha d'estar prèviament assessorat pel Notari i ha de complir, a l'efecte, tots els requisits necessaris per a la seva total validesa i eficàcia, tant formals com substantius, principalment quant a aquest darrer aspecte, és a dir, al seu contingut, per la qual cosa cal que el funcionari autoritzant posseeixi un aprofundit coneixement de les diverses disciplines jurídiques que pertorqui aplicar a tots i cadascun dels casos que es donen en la realitat. En conclusió, ha d'ésser i actuar com si fós un bon metge de medicina general, i abarcar el seu coneixement a qualsevulla especialitat jurídica.

El discurs de l'Acadèmic electe, que acaba de llegir, es divideix en dues parts. En la primera es refereix al plantejament i pressupòsits de la seguretat jurídica documental a l'Europa Unida del segle XXI.

Es planteja la qüestió, davant del gran projecte de la Unió Europea, envers quines matèries jurídiques, en general, i amb quina urgència és precís: o bé adoptar una normativa jurídica homogènia; o bé fer una harmonització dels diversos

sistemes de tot caire pertanyents als ordenaments jurídica dels països membres de l'esmentada unió.

Enfront a dita qüestió, examina detingudament dues coordenades o presupòsits essencials a l'efecte, que són: les diversitats jurídiques i el seu grau de compatibilitat; i la possible convergència dels diferents models europeus de control documental per a la seguretat jurídica.

Parteix aleshores de l'existència de dues premisses que cal tenir en consideració per la necessària i general unificació. La primera consisteix en que existeix un mercat comú de béns i serveis, que va ésser l'origen i germen de l'Europa Unida. La segona premissa és la necessitat o conveniència d'harmonitzar a la vegada els sistemes de seguretat jurídica.

Quant a les diversitats jurídiques i el seu diferent grau de compatibilitat, Mezquita del Cacho tracta de la possibilitat de recloure l'àrea qualificada tradicionalment com a «Dret Privat» a les relacions sobre família, Successions i Donacions, que continuen mantenint una privacitat pràcticament absoluta, i la possibilitat, en canvi, d'unificació de les altres matèries de Dret privat, que seria un ampli Dret Patrimonial o Econòmic, el qual comprendria les matèries relatives a Obligacions i Contractes i les referents a la propietat i els drets reals i altres drets, relacions jurídiques o limitacions afectants a aquella. La proposada darre- ra unificació es basa, doncs, en que les expressades matèries responen, en principi, a la dita premissa d'existir en la Unió Europea un mercat comú de béns i serveis, ja que tota activitat patrimonial és mercat, sempre que no sigui familiar, successòria o gratuïta.

Indefectiblement, dins d'aquest Dret patrimonial o econòmic hi entra plenament el Dret mercantil. La seva possible unificació ja havia estat posada en relleu per diversos juristes, antics i moderns, i ha estat en gran part consagrada i dirigida per la Comunitat Econòmica Europea i seguida per les legislacions dels seus membres. També, però, altres juristes havien proposat seriosament la identitat en molts aspectes dels diversos sistemes jurídics quant a Obligacions i Contractes, més, solament, quan a aquesta part del Dret.

Sembla, per tant, que, com en certa manera afirma Mezquita del Cacho, existeix en l'actualitat un esvaïment en l'esmentat Dret patrimonial de la divisió tradicional entre Dret públic i Dret privat, així com hom considera obsoleta la distinció que separa el Dret civil del Dret mercantil.

No obstant, cal estimar, respecte de la divisió del Dret en públic i privat, que no és pas que hagi desaparegut en l'actualitat aital classificació, sinó que el que veritablement ha passat és que, degut a moltes i heterogènies circumstàncies que concorren en la contractació actual, singularment la seva massificació, es precisa una forta intervenció i control per part dels Poders públics en certs tipus contractuals, per a no dir quasi tots, amb la senzilla finalitat d'assolir la protecció de les parts contractuals.

Per a no allargar excessivament aquesta contestació, n'hi ha prou en fer referència a una de les operacions més freqüents i habituals en matèria de contractes i negocis jurídics. És tracta de la venda d'habitatges per una empresa immobiliària o constructora a favor de particulars i que és simultània d'un préstec concedit per una entitat financera amb garantia hipotecària sobre el propi habitatge comprat. La compravenda pertany institucionalment al Dret Civil, ja que és una relació jurídica general del Dret, i es regeix per aquesta disciplina jurídica. El mateix passa amb el préstec i amb la hipoteca, que també es regeixen pel Dret civil general. Ara bé, l'empresa o societat venedora pot ésser una persona o entitat de Dret mercantil i com a tal es regirà per la legislació mercantil; així mateix l'entitat financera prestamista pot regir-se pel Dret mercantil i, si s'escau, per la legislació bancària; però, en tot cas, els contractes de compravenda i de préstec són civils, com ho és també la hipoteca. Això no vol dir, però, que per una altra banda els tres negocis jurídics restin sotmesos a unes normatives que, en rigor, pertanyen al Dret públic, que són generalment de caràcter administratiu i en certs aspectes de tipus financer, i també en una altra part de naturalesa social, com les normes derivades de les lleis de protecció general dels consumidors i dels usuaris i sobre les condicions generals de la contractació. De totes aquestes normatives en resulten unes limitacions o, millor dit, unes delimitacions imposades per les circumstàncies concorrents, que afecten a les actuacions de les parts contractuals i als continguts dels contractes o negocis jurídics reflectits en els corresponents documents, i que, per tant, els configuren o structuren en una bona part.

D'aquesta manera, cal apreciar que no és que hagi desaparegut totalment la vella distinció entre Dret públic i Dret privat, ja que ella pertany a l'anomenat Dret institucional. Simplement, passa que la intervenció dels expressats Drets administratius, financers i socials és cada vegada més intensa. Cal ressaltar també que aquests tipus de normatives són moltes vegades de caire emergent i que sempre estan sotmesos a variacions i canvis incessants. En aquest sentit, tals normatives sí que indubtablement responen a unes necessitats d'un mercat comú de béns i serveis i estan condicionades per aquest. Però la relació jurídica substantiva resta, en general, intocada, malgrat els canvis produïts en l'esmentat aspecte públic delimitador dels efectes tutelars de les parts contractuals, generalment vers la protecció de la més dèbil.

Tot seguit, l'autor del discurs, que es contesta, parla de la possible convergència dels diferents models europeus de control documental per a la seguretat jurídica. Des d'aquesta perspectiva concreta i de la seva possible harmonització o aproximació que pugui afectar els ordenaments jurídics dels diferents Estats membres de l'espai comú europeu, es refereix a les exempcions de Portugal i del Land alemany Baden-Württemberg, al sistema anglès i al sistema llatí-germànic o continental, i a les seves respectives especials varietats, i fa una anàlisi comparativa entre els dos grans sistemes europeus, que són l'anglès i l'euro-continental,

per la qual cosa examina amb detall, encara que amb concisió a l'esmentada perspectiva, els antecedents del Dret romà, Dret germànic, Dret comú intermedi, i els antecedents històrics a Anglaterra o del «Common Law».

Després d'aquest parangó històric conclou que es pot percebre el perquè sigui diferent l'estructura institucional del sistema anglès i del continental, malgrat existeixi en ambdós sistemes un control cautelar o preventiu en l'origen dels actes i negocis jurídics amb ocasió de la seva formalització documental, però que en realitat és ben diferent: en el sistema anglès aquest control, després de correspondre antigament a la pròpia Magistratura, va quedar al final atribuït a uns professionals molt pròxims a aquella, però sense tenir fe pública; en canvi, en el sistema continental, el Notari és diferent del funcionari públic i també del professional lliure, si bé participa de tots dos caràcters, ja que té fe pública i la seva actuació és deguda, però és independent econòmicament, té responsabilitat pròpia i és elegible pel públic que empra els seus serveis.

Davant d'aquestes diferències evolutives, Mezquita del Cacho, en una segona part del discurs, amb valentia exposa el seu criteri vers les possibilitats de convergència harmonitzadora dels dos sistemes. És en aquest punt on troba veritables diferències o, dit d'una altra manera, conseqüències estructurals importants entre els dos sistemes, les quals, en un intent de màxima síntesi, afirma que són: el radicalisme anglès, enfront a la moderació continental en el formulisme documental i registral i en el tractament dels frauds, falsetats, abusos i irregularitats econòmiques, i el caràcter bilateral i professional-liberal del sistema anglès de control documental, davant de l'unipersonal, estatalment organitzat i qualificat com «autèntic», del model llatí dominant al continent. Quant a la primera diferència o conseqüència defensa que la distància que separa ambdós sistemes en matèria de «formalisme versus espiritualisme» és més aparent que real, ja que en el tema del liberalisme formal del continent no deixa d'haver-hi una certa dissimulació jurídica. Respecte de la segona diferència o conseqüència, sobretot en tant que l'autenticitat del document notarial derivada de la fe pública notarial establerta en els ordenaments de model llatí o continental no és admesa pel Dret anglès i, per tant, en aquest, mai condiciona amb presumpció el document públic la llibertat del criteri judicial, no creu que sigui tal diferència o conseqüència, analitzada a fons, tan terminant com d'entrada sembla, per moltes raons que expressa, fent referència en aquesta possible aproximació als «scrivans notaries» de la City de Londres, que són veritables «Notaris a la llatina» per a l'autorització de documents que hagin de produir efectes en països continentals de sistema notarial llatí.

A aquests efectes, però, diu que el fonament de la fe pública en el document notarial llatí deriva del fet de que el Notariat no és una professió liberal sinó un ofici públic, i afirma que, per tant, és una figura híbrida en que sobre la inspiració professionalista domina clarament la de la funció pública, trobant molts més caràcters comuns en el funcionariat que en la professió liberal.

No obstant, Mezquita del Cacho estima que el més gran obstacle per a la substitució en aquest punt del sistema anglès pel llatí-continental consisteix en que les professions legals que avui cobreixen, a Anglaterra i països seguidors del seu sistema, la missió del control de seguretat jurídica documental tenen una neta executòria de col·laboració amb el Poder Judicial en aquesta tasca, la qual cosa, en principi, no passa en el sistema llatí.

A mode de conseqüències naturals o corol·lari del discurs i dels arguments exposats en ell, Mezquita del Cacho efectua unes consideracions finals del seu criteri en la matèria que examina. Com es dedueix d'aquestes consideracions i de tot el discurs que acaba de pronunciar i es pot comprovar millor amb la seva tranquil·la i acurada lectura, ell se sent plenament Notari. És aquesta la raó de la seva profunda preocupació envers el futur del Notariat, atesa la nostra integració total a la Unió Europea. Sens dubte, ell ha cregut i creu que el millor sistema notarial és el que s'anomena «llatí», que és el seguit pels ordenaments jurídics de tipus continental europeu, encara que subjecte a puntuals matitzacions i adaptacions a les circumstàncies que aquella integració comporti, degut a les evidents i importants varietats en cadascuna de tals legislacions. I, encara que no ho digui d'una manera directa, segurament, es pot dir que també creu que el millor sistema de tots els continentals és el nostre. Aleshores no hi ha més remei que es faci una veraç adaptació, mútuament pactada, de les expressades varietats i una transformació del sistema anglès, però en el ben entès de defensar fins on es pugui les línies o directrius bàsiques del nostre propi sistema.

Només cal iterar en primer lloc que el caràcter híbrid del nostre Notariat està proclamat per l'article 1r, paràgraf 2n, del vigent Reglament Notarial, quan destaca que «els Notaris són a la vegada professionals del Dret i funcionaris públics, corresponent a aquest doble caràcter l'organització del Notariat». També la Declaració de Buenos Aires, aprovada pel primer Congrés internacional del Notariat Llatí del 8 d'octubre de 1948, diu, en el punt 5è del temari, que el «Notari llatí és el professional del dret encarregat d'una funció pública consistent en rebre, interpretar i donar forma legal a la voluntat de les parts...». De la mateixa manera es pronuncia l'Acord de la Conferència permanent dels Notaris de la Comunitat Europea de 23 de març de 1990, coneguda per «Declaració de Madrid». En el mateix sentit es manifesta la doctrina científica, la jurisprudència del Tribunal Suprem i la doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat. Així mateix, l'Exposició de Motius del darrer Real Decret, de 4 de setembre de 1998, pel qual es modifiquen determinats articles del Reglament Hipotecari, diu, en relació als Registradors de la Propietat i Mercantils, que «tenen el doble caràcter de funcionaris públics i professionals del dret, units de manera indissoluble».

Tanmateix cal repetir que hi ha la Resolució del Parlament Europeu de 19 de gener de 1994, sobre la situació i l'organització del Notariat en els dotze països membres de la Comunitat Europea, atès l'informe de la comissió d'Assumptes

Jurídics i de Drets Ciutadans, de 9 de desembre de 1993. Aquella resolució qualifica l'activitat notarial com a professió de Notari (almenys per allò que afecta a tots dits Estats, excepció feta de Portugal i d'un dels Estats Federats alemanys, i de l'existència d'un sistema particular del Regne Unit) i expressa que en l'esmentada professió existeix una delegació parcial de la sobirania de l'Estat per a assegurar el servei públic de l'autenticitat dels contractat i de les proves, activitat independent que s'exerceix en el marc d'un càrrec públic sota la forma d'una professió liberal, però sotmesa al control estatal o estatutari, que és una funció preventiva a la del jutge. La pròpia resolució demana a l'expressada Comissió, als Estats membres i als organismes notariais que acordin conjuntament l'aplicació de les reformes estatutàries que podrien permetre l'aproximació a escala europea de determinats aspectes propis de l'organització de la funció notarial. En aquest aspecte, però, es precis oposar i constatar que, segons el sistema notarial llatí, no és que el Notari, abans que res, sigui un professional lliure, sinó que és, a la vegada, un funcionari públic, però no *fifty fifty*, sinó de manera inseparable; de tal forma que una activitat completa i complementa l'altre, recíprocament, i tant en l'esfera del Dret com en la dels fets. Una i altra activitat no constitueixen compartiments estancs, sinó que cadascuna és indispensable per a exercir l'altra, ja que, si es delega part de la fe pública és perquè hi ha plena confiança o seguretat de que s'actuarà d'acord amb la llei i l'ètica. Fins i tot això és així en l'esfera dels fets, ja que existeix certesa que la narració dels fets es fonamenta en una moral professional i, perquè no, en una responsabilitat eficaçment prevista i regulada, igualment que en l'esfera del Dret. És aquesta l'essència pròpia d'un bon Notariat, per assolir la seguretat jurídica documental.

Quan Mezquita del Cacho comença a exercir de Notari a Barcelona, alguns dels seus companys són Josep Maria Farré i Moregó, Frederic Trias de Bes i Giró, Ramon Faus i Esteve, Raimon Noguera i Guzmán, Carlos Fernández-Castañeda i Cánovas, Josep Maria Faura i Ubach, Ramon Maria Roca i Sastre, Lluís Riera i Aisa, Lluís Figa i Faura i molts altres que constituïen Notaris patriarcal i prestigiosos, seguidors de la gran tradició notarial catalana i grans estudiosos del Dret, singularment el privat perquè era el que més aleshores els afectava, fins i tot molts d'ells amb categoria de grans juristes. No és estrany, doncs, que enyori aquella situació notarial i que, en el fons, cregui que actualment s'ha de seguir la pauta marcada per aquells Notaris.

Per a últim, malgrat no sigui possible avançar-se als esdeveniments, ja que aquests, sempre variats i sovint canviants, precedeixen a una regulació adient i adaptada a ells, és indubtable que té mèrit que algú es preocupi i plasmí en un discurs i altres treballs anteriors el seu parer, criteris i arguments per a la seva defensa, perquè, s'acceptin o no s'acceptin, totalment o parcialment, nogensmenys serviran per a fer pensar a aquells que tenen, en definitiva, de decidir sobre la solució adequada.

En conclusió, és esperançador que juristes, com Mezquita del Cacho i altres, tractin de matèries com aquesta i que sostinguin criteris fonamentats de defensa d'una institució d'arrels tan consolidades a tot Catalunya, la qual realment ha contaminat la resta del nostre país. Sigui, per tant, benvingut a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, amb el desig que pugui durant molts anys col·laborar en les seves tasques.

Gràcies!



## ÍNDIX

|                                                                                                                                                                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número Il·lm. Sr. José Luis Mezquita del Cacho</i>                                                                                                                                         | 5  |
| I. Plantejament i pressupòsits . . . . .                                                                                                                                                                                        | 9  |
| a) Les diversitats jurídiques i el seu diferent grau de compatibilitat . . . .                                                                                                                                                  | 9  |
| b) La possible convergència dels diferents models europeus de control documental per a la seguretat jurídica . . . . .                                                                                                          | 15 |
| II. Les possibilitats de convergència harmonitzadora . . . . .                                                                                                                                                                  | 27 |
| a) Primera diferència: el radicalisme anglès, enfront a la moderació continental, en el formalisme documental i registral i en el tractament dels fraus, abusos i irregularitats econòmiques . . . . .                          | 27 |
| b) Segona diferència: el caràcter bilateral i professional-liberal del sistema anglès de control documental davant l'unipersonal, estatalment organitzat i qualificat com «autèntic», del model llatí dominant al continent . . | 29 |
| <i>Contestació de l'acadèmic de número Il·lm. Sr. Lluís Roca-Sastre i Muncunill</i> . .                                                                                                                                         | 45 |

