

La redacción jurídica. Normalización y perfeccionamiento de cláusulas⁽¹⁾

SINOPSIS

INTRODUCCION

A) LA PREPARACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO

B) LA DIFICIL «TRADUCCION» FIEL

C) LOS SISTEMAS DE REDACCION. CLASIFICACION

- a) **Por el autor:**
 - a') *Redacción técnica.*
 - b') *Redacción particular.*
 - c') *Redacción mixta.*
- b) **Por la relación con la voluntad.**
 - a') *Redacción libre.*
 - b') *Redacción normada.*
 - c') *Redacción impuesta.*
Los formularios.

D) CAMINO DE IMPERFECCION

- a) Evolución.
- b) Ejemplos:
 - a') Reconocimiento de hijo natural.
 - b') Institución de heredero.
 - c') Cartas de pago.

E) UN FENOMENO NUEVO: EL OTORGANTE PLURAL

F) LA NORMALIZACION Y SIMILARES. PROCEDIMIENTOS DE REDUCCION:

- 1.º **Por remisión a formularios particulares.**
- 2.º **Por remisión a formularios oficiales.**

(1) Conferencia pronunciada el 15 de marzo de 1979 en el Colegio de Registradores de la Propiedad de España, en el Curso organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios.

3.º **Por perfeccionamiento de normas.**4.º **Por perfeccionamiento de cláusulas.**

- a) *Supresión de cláusulas de efecto psicológico.*
 - a') La cláusula de «intransferibilidad» del préstamo.
 - b') La cláusula de expedición de copias.
 - b) *Modificación de cláusulas.*
 - a') La cláusula sobre destino de la cantidad prestada.
 - b') La cláusula de distribución de la responsabilidad hipotecaria.
 - c') La cláusula de cancelación de hipoteca.
-

INTRODUCCION

Ilustrísimos señores, señoras y señores:

Ante todo he de expresar mi gratitud al Centro de Estudios Hipotecarios, que me ha elegido para desarrollar esta conferencia en tribuna tan prestigiada y me ha dado un público tan numeroso y selecto, y a vosotros todos, que habéis tenido la amabilidad de elegir el escuchar mi disertación como medio de ocupar una hora de vuestro tiempo.

Y en segundo lugar he de hacer una advertencia: No se concibe fácilmente que un hombre como el ilustre Director de dicho Centro, que abunda en la perspicacia y dotes psicológicas que tan justamente se atribuyen a sus paisanos del «Finis Terrae», haya tropezado dos veces en la misma piedra. Pero es lo cierto que ésta es la segunda vez que, a su requerimiento, paso por esta tribuna. Y como yo me he resistido, aunque en vano, en la medida que me lo permitían la cortesía y la obediencia, a recibir de nuevo tan inmerecido honor, parodiando la invocación de Don Juan Tenorio para hacer al cielo responsable de sus pasos por la tierra, puedo decir: de mis pasos por aquélla «responda Eugenio y no yo»...

En el desarrollo del tema señalado por este Centro y limitándome a la redacción en el instrumento público, voy a ocuparme de lo siguiente:

- De la preparación del instrumento y de la «traducción fiel» de la voluntad al papel,
- De los sistemas de redacción y su clasificación y del «camino de imperfección», bajo cuyo epígrafe expondré algo de historia de aquellos sistemas, para ocuparme a continuación
- De un fenómeno nuevo que llamo «la aparición del otorgante plural», y pasar al estudio
- De la normalización y similares, para tratar, por último, del per-

feccionamiento de normas y cláusulas, con la exposición y crítica de algunas de éstas.

Ya tenéis, pues, aquí un «avance informativo» de lo que vais a tener que oír esta noche, si Dios no lo remedia. ¡Que ello os sea leve!

A) LA PREPARACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO

En lo que podríamos llamar, siguiendo la terminología de otras latitudes no geográficas, sino científicas, el *iter instrumenti*, vamos a situarnos para centrar el tema, en la primera etapa, etapa inicial o labor preparatoria, que comprende, a su vez, dos subetapas, ambas en relación con la voluntad del que solicita la intervención notarial:

Primera subetapa: de tratamiento de esa voluntad, que exige la exposición de ella en el estado en que se halla en el momento de esa solicitud y entraña el remoldeamiento de aquélla, su adecuación a las exigencias legales para la consecución del fin pretendido.

Segunda subetapa: de fijación definitiva, de reducción a norma, de traducción a palabras escritas, de esa voluntad anteriormente trabajada, moldeada, adecuada.

Esta segunda subetapa es la que más propiamente nos interesa ahora, pero ambas constituyen partes esenciales de la función notarial. Así lo vienen a proclamar las distintas legislaciones. Por ejemplo:

La legislación italiana, al establecer que el Notario debe personalmente indagar la voluntad de las partes, *ridurla*, reducirla a forma legal y clara.

O la argentina cuando encomienda al Notario la misión de interpretar la voluntad de los requirentes dándole forma legal, cuidando de la eficiente estructuración jurídica del instrumento.

O la española prescribiendo que los Notarios interpretarán la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia.

Pero es que además esas dos subetapas son (no lo olvidemos para lo que luego veremos) complementarias, imprescindibles una a la otra: ni se puede volcar en el instrumento la voluntad informe sin previo tratamiento, ni aprovecha éste sin posterior traducción o fijación definitiva.

Y decimos voluntad informe porque esa voluntad que ha de vivificar el instrumento es, cuando llega al Notario, en la mayoría de los casos, un querer tosco, rudo, grosero (en el sentido etimológico de la palabra),

que sólo con el tratamiento notarial, con la instrucción del Notario, se afina sin renuncia, se aclara sin pérdida de identidad.

El interesado desea, quiere, persigue, una finalidad económica, un resultado práctico, pero ignora: 1.º Los varios medios que el Derecho arbitra para la consecución del fin perseguido. 2.º El alcance preciso de cada uno de ellos. 3.º Las ventajas e inconvenientes a la vista de sus deseos complementarios. 4.º La trascendencia de aquéllos. 5.º Las consecuencias jurídicas, económicas, fiscales o de otra índole que pudieran producirse. Por eso, el Notario ha de informar en el doble sentido de asesorar sobre fines, medios y consecuencias y de dar forma a esa voluntad informe. Y ésta es la que en otra ocasión he calificado como la más hermosa y noble misión del Notario.

B) LA DIFÍCIL «TRADUCCIÓN» FIEL

Mayores peligros y dificultades que los que, para la traducción real de un idioma a otro, condensan los italianos en el conocido aforismo *traduttore, traditore*, se dan en la traducción metafórica de la voluntad al lenguaje escrito. Trasvasar esa voluntad al papel de manera que en éste se contenga toda aquélla, y aquélla llene y vivifique a todo éste, es una labor cuya perfección no está al alcance de cualquiera. Sólo con una adecuada preparación técnica y un detenido estudio de cada caso podrá evitarse el infamante calificativo italiano.

Por ello esa traducción, la redacción del instrumento público, ha de ser deber y derecho indeclinable del Notario. Por eso parecerá raro que hablemos a continuación de «sistemas de redacción» según el autor de ella. Pero es que la historia y la vida no siempre muestran fidelidad a aquel principio.

C) LOS SISTEMAS DE REDACCION

Distinguimos:

a) Por el autor, tres clases de redacción que llamaríamos técnica, particular y mixta.

a') Redacción técnica o notarial

La actuación del Notario no cesa en esta segunda subetapa, sino que conocedor ya de la voluntad que ha contribuido a formar, redacta por sí el instrumento por hallarse en las mejores condiciones para ello, en

el más perfecto conocimiento de causa, sin perjuicio de someterse, en aras de la fidelidad en la traducción, a las enmiendas y matizaciones oportunas de los interesados.

b') *Redacción particular (lega o, al menos, inespecializada)*

No faltan legislaciones, épocas o casos en los que desaprovechando un medio insustituible para la perfección del instrumento público, se suprime la información de la voluntad por el Notario y se permite que éste reciba la voluntad del interesado plasmada en un escrito (redactado con ayuda de un técnico no especializado o de un práctico, o sin ayuda alguna), que el Notario se limita a transcribir.

c') *Redacción mixta*

Esta se produce a base de dos redacciones: una provisional o previa del interesado, que contrasta el Notario a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las explicaciones y complementos verbales que aquél solicite, y otra definitiva del Notario con base en aquélla y éstos.

¿Dónde encajaremos nuestra legislación a este respecto? ¿Por cuál de estos sistemas se decide? Pues a pesar de los inconvenientes aludidos para alguno, podemos decir que nuestra legislación se inclina... por los tres. En efecto: consagra el derecho-deber del Notario de redactar, pero admite las sugerencias escritas e incluso la redacción particular intocable. No es hora de detallar ni de lamentar, pero sí de indicar que el Reglamento de 1935 vino a derogar la, a mi juicio, buena doctrina en este particular contenida en el artículo 252 del Reglamento de 1921, que decía: «Los Notarios procurarán atenerse a las minutas que los otorgantes les entreguen, cuando así lo verifiquen, o a las instrucciones verbales que les dieran; pero siempre que encontraren en ellas ambigüedad, confusión o falta de claridad, lo advertirán a los interesados, adoptando la redacción que en su contexto exprese mejor el sentido de lo que se hubiese estipulado».

Con esto no hemos terminado con los sistemas de redacción, porque queremos todavía distinguir:

b) **Por la relación con la voluntad, otros tres sistemas de redacción: libre, normada e impuesta.**

a') *Redacción libre*

El sistema de redacción libre, en el que el redactor trabaja, diríamos con expresión popular, «a su aire», apenas es concebible en el mundo

de las formas en que nos movemos, en el que en seguida tropezamos con esas instituciones de seguridad que son los Registros jurídicos de bienes, de personas, de estado civil, etc., con sus exigencias de requisitos y circunstancias.

b') *Redacción normada*

El sistema de redacción normada permite al Notario, dentro de las normas del Derecho adjetivo y mediante el análisis, interpretación y conjugación de las de Derecho sustantivo, crear la norma particular que haya de regir en el caso concreto de que se trate.

c') *Redacción impuesta*

Por último, el sistema que llamo de redacción impuesta, en que el Notario ha de acatar la fórmula o cliché que el mismo legislador establezca para cada caso, ahoga la interpretación (porque no puede hablarse de ésta allí donde no quepa escoger, al menos, entre dos soluciones), sofoca las particularidades del caso concreto (porque el legislador no puede prever desde su Olimpo las modalidades y variedades de la voluntad) y detiene el progreso jurídico (porque al estereotiparse la fórmula no cabe su mejoramiento posterior).

Del sistema de redacción impuesta queda dicho... lo dicho, para su aplicación a lo que luego diremos sobre la normalización. Pero volviendo, con la misma finalidad, a la que hemos llamado redacción normada, ¿cuáles deben ser los auxiliares del Notario en esa labor de creación de la norma particular? Naturalmente, deben serlo los códigos, la jurisprudencia y la doctrina. Lo que puede dudarse es si resulta indicado el aprovechamiento de la experiencia de los que se han dedicado a la misma tarea, dicho en otras palabras, la utilización de formularios particulares. Porque éstos no carecen de ventajas ni de inconvenientes. Entre aquéllas se nos ocurren las siguientes:

1.^a Las fórmulas usuales recogidas en los formularios particulares, basadas en la experiencia y contrastadas ya con la realidad, son fácilmente acogidas por los contratantes, a quienes «suenan» más o mejor aquéllas que las nuevas elucubraciones, más doctrinales, más técnicas quizá, pero menos seguras porque han de pasar todavía por la prueba del fuego de aquel contraste.

2.^a Tales fórmulas usuales al seguir una trayectoria conocida son más fáciles de apreciar, valorar e interpretar en juicio y fuera de él.

3.^a Facilitan la labor del Notario evitando las omisiones o errores en que por la prisa en su trabajo pudiera incurrir.

Pero al lado de estas indudables ventajas no carecen de inconvenientes, como los siguientes:

1.º El peligro de anquilosamiento, y con él, la falta de adaptación a los cambios legales y jurisprudenciales e incluso a la mudanza del clima social, de «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como diríamos con palabras del artículo 3 del Código Civil.

2.º La tendencia a la rutina, al mínimo esfuerzo, del que las utiliza, con lo cual se detiene el avance del Derecho, que no se realiza copiando las cláusulas de siempre, sino creando con audacia y estudio las cláusulas más acordes a los nuevos hechos.

3.º La perpetuación de sus errores, porque seguramente los tendrán, como toda obra humana, y al utilizarse sin discernimiento ni crítica, se multiplican en el tiempo y en el espacio los daños de aquéllos.

¿Qué decir en conclusión? Creemos que el formulario debe ser punto de apoyo para el avance y mejoramiento, no lecho para el descanso y la despreocupación. Y no se olvide esto para cuando hablemos de alguno de los métodos o procedimientos de agilización.

D) CAMINO DE IMPERFECCION

a) Evolución

Hemos hablado de anquilosamiento de las cláusulas. No poco han producido en nuestra historia jurídica los formularios contenidos en la tercera Partida de las siete del rey *Sabio*, que durante seis siglos fueron el alimento de nuestros escribanos. Todos conocéis aquella: contiene unas veces reglas acerca de cómo deben ser «fechas las cartas», y otras el texto mismo de las cláusulas. Y sirvió de pauta y patrón o modelo para la redacción del instrumento público hasta la publicación de las Leyes Hipotecaria y Notarial, determinando una redacción farragosa, repetitiva, plagada de renunciaciones no siempre avenidas entre sí y con tal abundancia de sinónimos que, como dice un autor, para la venta de una finca se usaban hasta 21 expresiones (vendemos, concedemos, relajamos, transferimos, etc.), cuando en realidad bastaba la primera.

La publicación de la Ley Hipotecaria determinó la de la Real Instrucción de 1861 (y poco después la de 1874, ya no tan Real...) sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro, que contiene al lado de normas de redacción, un sinfín de advertencias que los Notarios debían hacer para divulgar el conocimiento del nuevo sistema

inmobiliario instaurado por aquella ley; divulgación que no sólo necesitaba el pueblo, sino el mismo Notario, porque al no haber alcanzado el Notariado la altura que adquirió después, era menester desmenuzarle la Ley Hipotecaria. Así, pues, la citada Instrucción tiene alguna justificación por aquel tiempo. Pero hoy, en que el Notario ha estudiado por activa y por pasiva, por ejemplo, la repercusión o falta de ella del precio aplazado, ¿hará falta indicarle, como hacía el artículo 24 de la Instrucción, que debe advertir al interesado que si no se garantiza especialmente no afecta a tercero? ¿Va a ser tan insensato que exponga al vendedor a la insolvencia del comprador sin advertir a aquél? ¿O habrá alguno que inserte la cláusula de quedar hipotecados todos los bienes presentes o futuros, aunque no se lo prohibía la ley, como se lo prohibía expresamente la Instrucción de 1874?

Volviendo al siglo XIX: la decadencia del Notariado, las dificultades de aplicación de la Ley Hipotecaria y la redacción al uso, desordenada y confusa de los instrumentos, hicieron pensar al legislador en la necesidad de establecer fórmulas oficiales con valor más o menos vinculante. Y a esta necesidad respondía aquella curiosa circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 14 de mayo de 1863 a los Regentes de las Audiencias, en la que se ordenaba a los Colegios de Notarios que remitiesen a la Dirección General del Registro un proyecto de formularios para toda clase de instrumentos públicos, y en cuya Exposición de Motivos puede leerse lo siguiente:

«No se ocultó á nuestros antiguos legisladores la necesidad de uniformar y de simplificar la redaccion de los instrumentos públicos. Así es que el Rey Sabio, al consignar en las Partidas todo el saber jurídico de su época y toda la legislacion de Castilla, cuidó de establecer al mismo tiempo las fórmulas generales á que habian de ajustarse los actos y contratos. Estas fórmulas, si alguna vez llegaron á estar en uso, no serian hoy ciertamente aceptables ni compatibles con la legislacion vigente. Mas el pensamiento de establecerlos de un modo oficial para la expresión de todas aquellas cláusulas que deben ser comunes á los actos y contratos de una misma especie, es digno de imitacion en todos los siglos como resultado de la más sabia experiencia.»

Pero afortunadamente no se imitó. Y decimos afortunadamente porque, a nuestro juicio, lo que había que hacer para mejorar el instrumento público, para hacer de la escritura una obra de arte y de ciencia en lugar de un mamotreto plagado, como dice dicha circular, de «repeticiones

innecesarias, cláusulas ineficaces y relaciones prolijas e inoportunas», y para conseguir la colaboración notarial en la implantación de un eficiente sistema de Registro inmobiliario, no era «dictar» la escritura, sino hacer lo que se hizo: perfeccionar el Notariado, elevar el nivel intelectual del Notario. Creo que cuando el opositor está trabajando sobre la última aportación de la doctrina al pacto de la *Lex Commissoria*, probable e insensiblemente está poniéndose en condiciones de redactar el día de mañana una más acabada cláusula de aquél.

Sin embargo, en algunas disposiciones modernas, de hoy, de finales del siglo xx, notamos un retroceso, una vuelta al criterio de la Instrucción de 1861, y como además esa vuelta a tal criterio se hace con agravantes, hablamos en el epígrafe de «Camino de imperfección» retorciendo el título de nuestra gran escritora mística. Allí, en aquella Instrucción, se trataba de facilitar el cumplimiento de la legislación hipotecaria; ahora, y estoy aludiendo al Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 y a la Orden de 3 de febrero de 1979, se trata de obtener un mejor cumplimiento de la legislación de viviendas de protección oficial. Y el medio concebido es el de «obligar a obligarse» en los contratos con determinadas cláusulas, queridas o no por los contratantes, pero queridas por el Ministerio...

Así, el artículo 13 del Real Decreto citado ordena que los contratos de compraventa y de arrendamiento de tales viviendas deberán incluir las cláusulas que al efecto se establezcan por el Ministerio correspondiente: «dicha obligación—dice—será directamente exigida a los vendedores y arrendadores», con lo cual supongo que querrá decir que en caso de omisión de tales cláusulas se sancionará a los vendedores y arrendadores. Pero ¿aun en el supuesto de que aquéllos cumplan religiosamente las obligaciones a que dichas cláusulas se refieren?

Tales cláusulas se especifican en la Orden citada y la obligación de su inclusión se justifica en ella de modo, a mi juicio, poco convincente: «Se trata—dice—de que las obligaciones y derechos dimanantes del citado Real Decreto y exigibles, por tanto, en el ámbito administrativo sean igualmente exigibles en el ámbito civil, mediante la fórmula de someterlas al consentimiento expreso de las partes y dotarlas así del carácter de *lex inter partes* de que está revestido el propio contrato». Pero se ocurre preguntar: ¿Es que ese consentimiento prestado *vellis nollis* (v. gr., a la cláusula en que el adquirente se obliga a ocupar la vivienda en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrega de las llaves) añade algo a la obligación legal establecida por el artículo 14 del repetido Real Decreto? ¿Es que al dotar esa obligación del carácter de *lex inter partes* puede ser

exigida por el vendedor, a quien ya no le va ni le viene la ocupación ni la desocupación de la vivienda de que se desprendió?

Y si se trata también, como dice la Orden, de «posibilitar a las partes interesadas un mayor conocimiento de tales derechos y obligaciones», ¿no sería mejor que se hiciesen por el Notario las advertencias pertinentes, y aún mejor, que se entregase a las partes una reproducción de las disposiciones legales en que se contienen sus obligaciones, para descargar las escrituras de repeticiones inútiles que implican más trabajo y más gastos?

b) Ejemplos

Y ahora quisiera ilustrar lo dicho con algunos ejemplos que muestren la evolución de las cláusulas.

a') *Reconocimiento de hijo natural*

En primer lugar expondré tres cláusulas de reconocimiento de hijo natural que responden: una, la antigua, al estilo ampuloso, recargado, reiterativo; otra, la decimonónica, al estilo contenido, intermedio, florido, y la última, moderna, al estilo conciso, ajustado, técnico.

La primera es del siglo XVIII (exactamente de 15 de septiembre de 1728) y en ella no se sabe qué admirar más, si la despreocupación por el tiempo perdido en su confección o la preocupación porque no quede ningún cabo suelto. Se trata de un testamento otorgado por dos cónyuges, y en él se dice:

«Declaramos hambos los otorgantes que con el motibo de estar sirbiendo en esta corte en casa de Joseph Barrueco, escriuano de S. M., ya difunto, y de doña Antonia Josepha Crespo, su muxer, vezina actual desta villa, siendo solteros y la dicha doña Gregoria doncella, nos dimos palabra y mano de casamiento y bajo deste supuesto, antes de contraer el matrimonio, le consumimos (1) y tubimos por nuestro hixo a Juan Joseph Sánchez Castañón, el qual parí yo la referida doña Gregoria de Otero el sábado día de san Juan Chrisóstomo veinte y siete de henero del año de mill setecientos e catorce en la casa de los desamparados desta corte, desde la qual se llebó a dicho niño a la de la enclusa y se bautizó en la yglesia parroquial de San Jinés della por don

(1) O sea que las experiencias matrimoniales ya tienen historia...

Pedro Calleja, presbítero, theniente cura en treinta del mismo mes y año, y se le puso por nombre Juan Joseph Castañón, y haviéndose dado a criar a Antonia de León, muxer de Pedro Cortes, vecinos de la billa de Pinto y écholo así, siendo ya de hedad de siete años cumplidos, se lo pedimos y nos le entregó como tal nuestro hixo, del qual encargó voluntariamente el referido Pedro de Jesús María relixioso recoleto descalzo del horden de Nuestro P. San Agustín, residente del lugar de Carabanchel de Arriba, para tenerle en su compañía, educarle, enseñarle y alimentarle, como lo a hecho y está haciendo en birtud de nuestro permiso y consentimiento, y para descargo de nuestras conciencias lo prebenimos así, y de como contraímos matrimonio y desposamos en veinte y vno de marzo del mismo año de mill setecientos y quatorze en la yglesia parrochial de San Justo y Pastor desta corte, con cuio sacramento quedó el dicho Juan Joseph Sánchez Castañón lexitimado por nuestro hixo lexitimo y como tal le reconocemos, declaramos, aclamamos y le amamos en la forma más anplia y baledera que nos sea permitido para que sea capaz y ábil de ser nuestro heredero y sucesor en todos nuestros bienes, etc.»

En la segunda, la del siglo XIX, se revela la caballerosidad de la época y el deseo del padre de quedar bien ante la sociedad. Dice así: «Declara el compareciente que siendo soltero tuvo relaciones amorosas con una señora cuyo nombre no es prudente revelar, y de sus resultas un niño, que fue bautizado en tal parroquia e inscrito en tal Registro, bajo tal nombre, como hijo de padres desconocidos, el cual se halla hoy día estudiando la carrera de ingeniero en Madrid, y no queriendo faltar a lo que su deber y conciencia le imponen, pues que le dio el ser, le reconoce por hijo natural suyo, puesto que al tiempo de su concepción y nacimiento podían sus padres contraer matrimonio sin dispensa». No me negaréis que si la primera de estas cláusulas recuerda algunas descripciones de nuestros antiguos autores (a mí particularmente me trae a la memoria la página bellísima en que Cervantes relata por boca de Dorotea la seducción de ésta por don Fernando en el aposento de ella: «tornó don Fernando a reiterar y confirmar sus juramentos..., y con esto y con volverse a salir del aposento mi doncella, yo dejé de serlo»), la segunda contiene todos los ingredientes (señora que se oculta, abandono, padres desconocidos, carrera de ingeniero, encuentro de padre e hijo) para una novela de Corín Tellado o de cualquiera de los autores de esa subliteratura estudiada por A. Amorós.

Y la tercera es del siglo xx: «Reconoce como hijo natural suyo, concebido en tiempo en que tenía capacidad para contraer matrimonio, al niño... nacido... e inscrito en el Registro Civil de..., al folio..., etc.».

b') *Institución de heredero*

Si de aquí pasamos al Derecho sucesorio encontramos esa misma evolución. Así, por ejemplo, en la institución de heredero encontramos estas tres fórmulas:

En el siglo xviii:

«Y después de cumplido y pagado este nuestro testamento, en el remanente que quedare de todos nuestros vienes, hacienda, derechos y azciones que nos puedan tocar y pertenecer a el tiempo del fallecimiento de qualquiera de nos por qualquier causa, título o razón que sea dexamos e ynstituimos y nombramos hambos los otorgantes por nuestro vnico y vniversal heredero al referido Juan Joseph Sánchez Castañón, nuestro hixo lexítimo, para que los aia y herede con la vendición de Dios y la nuestra.»

En el siglo xix: «En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, instituye por su único y universal heredero en plena propiedad y de libre disposición, a Fulano».

De las 29 palabras de que consta esta cláusula, que aunque del siglo xix, viene arrastrándose por algunos hasta el siglo xx (y por eso le dedicamos unas observaciones), creo que sobran 25. En efecto, son superfluas las siguientes:

«En el remanente», porque, como dijeron luego las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de agosto de 1923 y 29 de noviembre de 1956, esta frase «reproduce una corriente e incorrecta fórmula notarial que responde más a un concepto económico de la herencia que al jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional, y especialmente reflejado en los artículos 659 y 661 del Código Civil, puesto que las instituciones en el remanente, cuando no afectan a determinada categoría de bienes, comprende la universalidad de ellos».

«Único y universal» para referirse al heredero, porque si no se designa más que uno, es único, dígase o no, y porque el heredero es precisamente por precepto legal (art. 660 del Código Civil) el que sucede a título universal.

«En todos sus bienes, derechos y acciones», porque los derechos y las acciones son también bienes y porque el heredero en nuestro sistema sucesorio se coloca en la posición jurídica del causante.

«Presentes y futuros» por ser inexactas, porque si atendemos al momento en que el testador surte efecto, es decir, el de la muerte del testador, todos los bienes son presentes, y si atendemos al momento de la confección del testamento puede haber bienes entonces presentes que luego salgan del patrimonio del causante.

«En propiedad plena», porque si no se nombra usufructuario, dicho está que al heredero corresponderá el pleno dominio.

Y «de libre disposición», puesto que tal libertad se sobreentiende si no se señala ninguna limitación.

Pues bien: si, siguiendo el consejo del maestro *Azorín*, se suprimen esas 25 palabras superfluas, queda la cláusula en la siguiente forma: «Instituye heredero a Fulano», que es la cláusula escueta, concisa, del siglo xx.

c') *Cartas de pago*

Y, por último, pasemos al Derecho de obligaciones.

La Ley 81 del título XVIII de la Partida tercera nos ofrece el formulario que titula: «Como debe ser fecha la carta del quitamiento de la debda», pero os hago gracia de ella para daros otra carta de pago del mismo estilo, del siglo xvii, pero notable por la persona del otorgante: un tal Félix Lope de Vega Carpio. Se trata de una carta otorgada por éste ante el escribano Juan de Pina, en la que después de recoger la manifestación del compareciente de que le habían sido satisfechos 300 ducados por Alonso de Vallejo, por cuenta del duque de Sesa, que le adeudaba mayor cantidad, se hacía constar (en tiempo pasado, a diferencia del tiempo presente que usamos hoy) lo siguiente:

«Y por haber recibido los dichos trescientos ducados de el susodicho, aunque la paga de presente no parece, en razón de lo cual renuncia las Leyes de la *innumerata* (2), prueba y paga y las demás que sobre ello disponen, le dió y otorgó de ellos carta de pago y finiquito, tan bastante como a su derecho convenga y de derecho es necesario, para que le sean recibidos y pasados en cuenta en la que diese al Sr. Duque y se obligó que no le serán pedidos ni demandados otra vez, ni parte alguna de ellos, ahora ni en tiempo alguno, ni en ninguna manera, y sobre ello no ha

(2) Alusión a la *exceptio non numeratae pecuniae*.

de ser oído en juicio, ni fuera de él, pena de pagarle todas las costas y pagos que sobre ello se le siguieren y recrecieren, y para lo así cumplir obligó su persona y bienes, muebles y raíces y rentas habidos y por haber, y dió poder a las Justicias que de sus causas deban conocer para la egecución y cumplimiento de ello, y lo recibió por sentencia definitiva pasada en cosa juzgada, y renunció las leyes de su favor y las de el derecho.»

En el siglo XIX, a pesar de haber mejorado la fórmula, ésta contiene todavía bastantes cosas superfluas. Dice así la que tenemos a la vista:

«Otorga que recibe en este acto de José Sánchez la cantidad de X pesetas en billetes del Banco de España de buena calidad, a mi presencia y la de los testigos, en reintegro del relacionado préstamo, por lo que otorga al José Sánchez solemne carta de pago ofreciendo jamás reclamarle otra cosa ni cantidad por el relacionado motivo, pues le releva y releva a sus bienes de la obligación al pago que en el relacionado documento contrajo, el cual con la hipoteca constituida lo cancela y deja sin ningún valor ni efecto, y consiente que de este documento se tome razón en el Registro de la Propiedad para que dicha finca obtenga la debida libertad. El José Sánchez acepta este contrato en todas sus partes.»

Y en el siglo XX encontramos esta otra, más escueta y directa, sin florituras: «Que por haber recibido antes de este acto de D., las X pesetas cuyo pago quedó aplazado del precio de la compraventa formalizada en la escritura dicha, declara extinguida la obligación de pago contraída por dicho señor en aquélla e incumplida la condición resolutoria pactada».

Pero no se han desterrado totalmente en este siglo las cláusulas repetitivas. Todavía se ven cartas de pago como la siguiente:

«Y por haber recibido dicho precio aplazado otorga que da carta de pago de las X pesetas que quedaron aplazadas de pago en la relacionada escritura y cancela, extingue y deja sin ningún valor ni efecto la condición resolutoria que impuso sobre la finca descrita para asegurar el pago del dicho precio :plazado, y quiere y consiente que tales carta de pago y cancelación de condición resolutoria se hagan constar en el Registro y así lo solicita expresamente.»

Los tres verbos «cancelar», «extinguir» y «dejar» (sin efecto) no se sabe si se aplican cumulativamente o se trata de que el lector escoja el más adecuado, y de ellos el primero es demasiado técnico (aunque impropiaamente empleado porque la cancelación no se produce en la escritura, sino en el Registro mediante el oportuno asiento), el segundo es

demasiado vulgar y el tercero alude al resultado producido por un acto anterior. Parece que lo más indicado sería hacer constar que el acreedor declara incumplida la condición resolutoria pactada, con lo cual aquél no se inmiscuye en funciones que no le son propias (cancelación), ni llama extinción a lo que es incumplimiento (de condición) ni deja unilateralmente sin valor algo convenido, claro está, bilateralmente. Por otro lado, querer y consentir, ¿no son verbos sinónimos, aunque a veces el consentimiento implique conjunción de voluntades? Querer o consentir que la cancelación se efectúe en el Registro, ¿no equivale a solicitar tal cancelación? Y si la cancelación se solicita en la escritura, ¿es menester que se indique que la solicitud es expresa?

E) UN FENOMENO NUEVO: EL OTORGANTE PLURAL

Hace algunos años, pocos, apenas unas décadas, asistimos al nacimiento de un fenómeno nuevo que amenaza con erosionar los pilares de sustentación del Notariado y transformar el Notariado latino en un Notariado anglosajón o, al menos, crear un *tertius genus*: me refiero a la irrupción en el campo de la contratación, del profesional de ésta, del contratante en masa, del que podríamos llamar «el otorgante plural».

Hasta ahora contemplábamos el espectáculo del Notario ante quien desfila pluralidad de clientes, cada uno con su caso particular. Ahora contemplamos también el del cliente que desfila ante pluralidad de Notarios, cada uno con su fórmula particular: cliente en el que se dan las siguientes peculiaridades:

- Sus otorgamientos pueden casi llenar la actividad normal de un Notario o varios.
- Su voluntad no es necesario formarla porque ya está formada, y lo que es peor, a veces deformada.
- Su poder político o económico hace más imperioso defender y salvar los derechos de la otra parte.

Estas peculiaridades plantean una serie de problemas, a saber:

- El corporativo, del alcance y organización del llamado «turno de reparto», que aquí no nos interesa.
- El sustantivo de la conversión del contrato, que debía ser libremente pactado, en contrato de adhesión, que tampoco interesa en este momento.
- El típicamente notarial de la lectura del instrumento, es decir,

de la forma de hacerse esa lectura, que ciertamente roza el objeto de esta disertación.

- El propiamente nuestro de agilización en la escrituración e inscripción de esa contratación en masa, mediante lo que ahora se llama normalización o mediante algún otro medio idóneo semejante.

Respecto al tercero de estos problemas solamente indicaré que ha sido precisamente la aparición de ese otorgante plural la que ha determinado el paso en la última reforma del Reglamento Notarial, a pesar de las posibles dificultades por aplicación de la *schaedula non lecta*, de lo que he llamado teoría subjetiva de la lectura (que encomienda ésta al Notario-redactor porque sólo el autor de un texto puede con su forma de leer, desentrañar para otro el total sentido de lo leído) a la teoría objetiva (de lectura por el Notario o los interesados a elección de éstos, porque los efectos del texto no dependen de las condiciones del lector, sino de su contenido objetivo): la contratación en masa con otorgamiento de múltiples escrituras similares haría aparecer como una salmodia la preceptiva lectura por el Notario a ese otorgante plural.

F) LA NORMALIZACION Y SIMILARES

Pero vayamos al problema propiamente nuestro de agilización o aligeramiento de escrituración e inscripción. Este se presenta, sobre todo, cuando se trata de documentar préstamos con garantía hipotecaria de las instituciones oficiales o particulares de crédito porque los instrumentos correspondientes, a fuerza de acumulación de cláusulas obligacionales y reales en busca de la mayor seguridad posible, han llegado a hacerse interminables: cláusulas de entrega, cláusulas de uso, cláusulas de devolución, cláusulas de extinción, cláusulas de ejecución. Si con tal acumulación se trata de tapar resquicios por donde pueda colarse la mala fe, asusta pensar que la maldad humana sea proporcional al tamaño de las escrituras de préstamo. Pero en serio, esa acumulación es muy natural: El particular que concede crédito, por un lado, puede medir, aparte de la solvencia económica, la solvencia moral de aquel con quien contrata, y, por otro, no compromete más que su patrimonio y en una cantidad determinada, hallándose, por tanto, en condiciones de no extremar sus precauciones o de graduarlas según las circunstancias del caso; pero el funcionario o empleado de la institución de crédito compromete no sólo el patrimonio de ésta y en una cantidad que puede llegar a ser exorbitante, sino también su responsabilidad y su prestigio profesional, y no puede

contar con la solvencia moral del otro contratante, al que en la mayoría de los casos desconoce.

Pero sea o no justificada esa desmesurada extensión de las escrituras aludidas, ella determina un aumento de gastos y de trabajo y un mayor consumo de tiempo, y con él un retraso en el disfrute por el particular del crédito concedido, que puede ser vital para él.

Para evitar o disminuir tales inconvenientes se ocurren varios procedimientos de reducción o esquematización de escrituras e inscripciones. Vamos a tratar de cuatro, que clasificamos así:

- a) Reducción por remisión:
 - A formularios particulares.
 - A formularios oficialmente aprobados.
- b) Reducción por perfeccionamiento:
 - De las normas legales.
 - De las cláusulas usuales.

Veamos cada uno de estos procedimientos:

1.º Reducción por remisión a formularios particulares

Se ha propuesto la consecución de la reducción limitando la escritura a la consignación de las características diferenciales del caso (que llamaremos clausulado especial: montante del crédito, contraprestación del acreditado o prestatario, plazo o plazos para el reembolso, finca que se grava, etc.) y a la aceptación en globo, como ley particular del contrato, de las cláusulas comunes (clausulado general) que se hicieran constar previamente y para todos los casos en otro documento. Y como este clausulado general habría de ofrecer suficientes garantías contra la alteración unilateral, habría de hallarse protocolizado en una Notaría.

Este procedimiento, aparte del peligro de anquilosamiento y demás nocivos efectos que antes hemos señalado para los formularios estereotipados, ofrece, entre otros, los siguientes inconvenientes:

- 1) No es ortodoxo que el consentimiento de los otorgantes se disloque entre lo que se les ha leído (o permitido leer) en la escritura y lo que consta en otro instrumento que una de las partes, al menos, desconoce o puede desconocer. Y no es ortodoxo porque el Notario nos garan-

tiza que el otorgante está *conforme* en manifestar su *conformidad* con el clausulado general... a ciegas, pero no que tal conformidad se daría también si conociera este clausulado. Es decir, que el particular podría invocar en todo momento la excepción (antes aludida) de documento no leído, y en la fase procesal o de ejecución de la hipoteca podría alegar que los pactos configurativos de ésta no constan en el título ejecutivo que se presenta (escritura).

2) Si para la subsanación parcial de ese inconveniente se exigiera la protocolización con la escritura de préstamo de un testimonio notarial del aludido clausulado general, la lectura de todo ello a/o por los otorgantes y la reproducción en las copias de aquel testimonio, se caería en el mismo defecto que se trata de corregir.

3) No evitaría la transcripción en el Registro de la Propiedad de todo aquello sobre lo que ha recaído el consentimiento de las partes (a saber, clausulado especial y clausulado general), ya que no sería suficiente la mera referencia al protocolo en que podría hallarse el clausulado general. En efecto: con esta mera referencia la publicidad del Registro sería imperfecta, insuficiente, y aquel a quien interesara conocer la situación jurídica del inmueble habría de acudir a la Notaría (es decir, a Madrid, aunque la finca esté situada en la periferia peninsular o en las islas), tropezar con el secreto del protocolo notarial, y aun vencién-dolo, verificar por sí la conciliación de las cláusulas generales (extrarregistrales) con las especiales (que constarían en el Registro) pactadas para el caso de que se tratara. Esto aparte del absurdo de repartir la publicidad jurídica entre un Registro público y un protocolo secreto...

Es decir, que con este procedimiento o no se consigue la agilización pretendida o se hace padecer a la lógica y se perjudica o dificulta a los que quieran conocer el estado de los inmuebles.

2.º Reducción por remisión a formularios oficiales

Este otro procedimiento implicaría la redacción oficial y aprobación ministerial, con la consiguiente publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, de un modelo de escritura al que habrían de remitirse (o acomodarse, si se admite esta variante) las escrituras de préstamo de que se trata, y la autorización al Registrador para que en el asiento registral se limitara a hacer constar las particularidades del caso y la remisión (o acomodación) de la escritura presentada al modelo oficial. El tercero a quien interesara podría obtener pleno conocimiento mediante consulta del Registro y examen del *Boletín Oficial* correspondiente.

Este sistema evitaría alguno de los inconvenientes del anterior (en su variante de acomodación de la escritura al modelo oficial no evitaría la desmesurada extensión de la escritura, si bien éste quedaría paliado por la posibilidad de utilización de medios mecánicos—con los huecos correspondientes en el impreso para hacer constar las particularidades del caso—para la confección y reproducción del instrumento). Pero aunque sea insistir en la crítica del sistema de redacción impuesta, ¿no es un contrasentido que el legislador que delega en el Notario la creación de la norma particular del caso, se arroge la configuración de ésta mediante la confección de un corsé oficial obligatorio; que, por un lado, designe un redactor oficial para esas normas particulares y, por otro, convierta a ese redactor en poco más que un amanuense testigo cualificado? ¿No habíamos quedado o, al menos, había quedado yo, en frase que he visto aceptada y copiada (y ¡perdonadme la pequeña vanidad de esta cita!) en ambos lados del Atlántico, en que la actuación del Notario como jurista se desarrolla, entre otras direcciones, «forzando la interpretación de las normas, bien para extraer de ellas todo su contenido para la solución de los casos concretos, bien en defensa de la libertad y autonomía de los individuos en sus relaciones de Derecho privado»? ¿Vamos a desperdiciar este instrumento al servicio de la libertad, hoy, por cierto, tan maltrecha por tirtios y troyanos?

Y no sería aquél el único contrasentido. En efecto: el tal modelo oficial no excluiría, como es natural, la calificación registral negativa, ya que el Registrador podría considerar no aceptable alguna de las cláusulas particulares o de las generales, bien por su ilicitud en general o, al menos, en el caso concreto de que se tratara, bien por su carácter obligatorio. En tal caso habría de denegar la inscripción, es decir, su consignación en el asiento correspondiente..., cuando las demás tampoco se inscribían. O sea, que unas cláusulas no se consignarían porque se denegaba su inscripción, y otras no se consignarían, aunque no se denegaban...

Pero además este procedimiento significaría un giro, no digo yo de 180 grados, pero sí de 90, en nuestro sistema registral. Y así más que de calificación negativa cabría hablar de un informe del Registrador sobre la legalidad y eficacia frente a tercero de determinadas cláusulas de ese modelo oficial, es decir, que así como ahora su actuación puede concretarse en estas palabras: «No consigno en el asiento de este contrato la cláusula X por considerar que no debe tener acceso al Registro por su ilicitud», con este procedimiento que examinamos su actuación sería concretada así: «No inscribo ni la cláusula X ni ninguna, pero además la X la considero ilícita». Y ¿qué alcance tendría este informe? Porque

hasta ahora la ineficacia respecto a tercero de la cláusula cuya inscripción se ha denegado tiene su fundamento en su falta de publicidad, pero en el procedimiento que se examina tan pública es una cláusula como otra y no se sabe si después podría discutirse la opinión del Registrador.

Y del mismo modo que la calificación se sustituiría por un informe técnico, la regla clásica que condensa la eficacia de la inscripción: «Lo inscrito perjudica a tercero; lo no inscrito, no perjudica a tercero», habría de sustituirse en su segunda parte por la siguiente: «Lo no inscrito de las cláusulas particulares, y las cláusulas generales que el Registrador considere inaplicables, no perjudican a tercero».

Así, pues, la reforma que este procedimiento implicaría en nuestro sistema no sería, a mi juicio, tan insignificante como se piensa.

3.º Reducción por perfeccionamiento de las normas legales

Si el legislador capta las necesidades jurídicas del pueblo, ha de encontrar en la formulación notarial, en las cláusulas que se repiten una y otra vez en la contratación, un material valioso para completar y corregir las normas. Tomemos el ejemplo conocido de la sociedad de responsabilidad limitada: la regulación notarial de este tipo de sociedad sirvió al legislador, como todos sabéis, para llenar el vacío que se notó en la regulación legal de los distintos tipos de sociedad mercantil. Pero una vez que se produce la reforma o se llena el vacío legal, la utilidad de la fórmula notarial disminuye o desaparece, sin perjuicio de que la actividad notarial se concrete, mediante nuevas fórmulas, a la interpretación de la nueva norma o a la corrección de sus defectos. Y así, una vez publicada la ley del tipo de sociedad dicho, por seguir el mismo ejemplo, las antiguas escrituras, tan detalladas, han podido ser sustituidas por otras mas escuetas, limitadas a la regulación de los puntos que hayan quedado oscuros en la ley o a aquellos otros en los que la regulación legal (si es de carácter facultativo) no se considere aceptable para el caso concreto de que se trate.

Y aquí queríamos venir a parar. Una regulación legal, con carácter imperativo unas veces y facultativo otras, de las características del préstamo hipotecario, de las obligaciones del prestatario, de las causas de vencimiento, etc., harían innecesarias muchas de las interminables cláusulas al uso, porque bastaría que las partes constituyeran el préstamo hipotecario para que sin más fuera aplicable en todo caso (o salvo pacto en contrario) la regulación establecida. Es decir, pasaría lo que en la actualidad sucede con el usufructo, que basta que conste la voluntad de

constituirlo y sobra el detalle de las obligaciones del usufructuario, las causas de extinción del derecho, etc., todo lo cual viene dado por el Código Civil.

Con este sistema, la escritura y su inscripción quedarían o podrían quedar muy simplificadas: superadas, en una, la fase de preparación, y en la otra, la de calificación, las operaciones a realizar serían muy breves. Pero su implantación exigiría un estudio detenido del problema y una cuidadosa preparación de la reforma de nuestros cuerpos legales, que no es cosa de un día.

4.º Reducción por perfeccionamiento de las cláusulas

Creo que el estudio de la cláusula, de la fórmula, está un tanto descuidado por la doctrina (aunque no olvido los notables, pero aislados, estudios de algunos compañeros Registradores, publicados en el *Boletín* de nuestro Colegio). Y es que aquí también seguimos la ley del péndulo: o despreciamos la práctica limitándonos al terreno de los principios, o despreciando éstos buscamos soluciones prácticas no demasiado técnicas.

Por ello, las cláusulas al uso son susceptibles de perfeccionamiento, y para éste sí que se necesitará una labor de colaboración de doctrina y prácticos. Esa labor llegaría a descubrir en las cláusulas usuales: unas, que han de modificarse por erróneas; otras, que habrían de suprimirse por innecesarias o por perseguir la coacción psicológica (porque no pueden alcanzar la judicial), y otras, que por ampulosas y repetitivas habrían de reducirse. Con todo ello, y más aún si se alcanzara aquel perfeccionamiento legislativo, se conseguirían instrumentos más exactos, ajustados y escuetos y que más fácil y fluidamente pasarían la prueba calificadora.

¿Y cómo se haría aquel estudio para obtener ese benéfico resultado? Yo aquí podría hacer lo que aquel hidalgo pobre de solemnidad, que al testar señaló a su escudero una sustanciosa pensión vitalicia, y al preguntar extrañado el legatario, presente en el acto: «Pero mi amo, ¿de dónde he de sacar la pensión?», contestó: «Yo bastante hago con señalarla; tú buscarás de dónde sacarla». Es decir, podría proponeros que estudiaseis dichas cláusulas.

Pero me parece más correcto exponeros mi estudio de algunas cláusulas, aunque el que yo propugnaba antes debe ser hecho con una competencia de la que carezco.

Como ya he considerado antes algunas cláusulas merecedoras de reducción por ampulosas y repetitivas, voy a limitarme ahora a algunas otras que juzgo necesarias o erróneas.

a) *Supresión de cláusulas innecesarias o de efecto simplemente psicológico*

Entre ellas encontramos las siguientes:

a') *La cláusula de «intransferibilidad» del préstamo.*—Esta cláusula dice, poco más o menos, lo siguiente: «El préstamo que en esta escritura se concierta tiene la consideración de intransferible. Por tanto, el prestatario queda obligado a no transferirlo a título oneroso en tanto las obras antes indicadas no se hayan terminado completamente, a satisfacción de la Entidad mutante. Si el prestatario incumpliera esta obligación, dicha Entidad dará por resuelto el préstamo».

Parte esta cláusula de las ideas de que existen préstamos transferibles y préstamos intransferibles y de que la transferencia puede ser a título gratuito (que aquí no se prohíbe) y a título oneroso, y hacerse por el prestatario (que es al que aquí se le prohíbe) y por el prestamista. Y como consideramos equívoca esta terminología queremos desentrañar el significado de tal «intransferibilidad».

A mi juicio, ésta tendría que referirse a alguno de los siguientes extremos:

1) Al crédito surgido contra la Entidad o Banco mutuante por un contrato preparatorio de préstamo para la entrega del capital de éste. Pero la cláusula en cuestión no puede referirse a esto porque en la misma escritura el prestatario confiesa haber recibido el importe total del préstamo.

2) Al crédito surgido contra el mismo Banco para la devolución del ingreso o depósito del capital en una cuenta especial abierta al prestatario en el Banco mutuante. Tampoco puede referirse a esto la cláusula que nos ocupa, porque este crédito no es derivado del préstamo, sino del depósito, y aunque así no fuera, hay que tener en cuenta que la intransferibilidad, según la cláusula, cesa cuando las obras, la edificación, esté terminada, y precisamente entonces no habría nada que transferir por agotamiento del depósito. Esto aparte de que la indisponibilidad de la cuenta por quien no sea el prestatario, ya está recogida en otro apartado de la misma estipulación.

3) Al capital del préstamo. Pero tampoco creemos que se trate con esta cláusula de impedir que el prestatario entregue el capital, el dinero que reciba, a un tercero, por lo siguiente:

- Porque el capital se entrega contra certificación de obra.
- Porque al tratarse de un bien fungible, no puede saberse si el transmitido es o no el recibido del mutuante.

- Porque la única forma de «transmitirlo» a título oneroso (que sería lo prohibido) sería recibiendo otra cosa a cambio, o sea, invirtiéndolo, y esa inversión es necesaria para poder edificar...

4) A la obligación de devolución del capital del préstamo. Quizá quiera referirse la cláusula que estudiamos a que no se puede subrogar a un tercero en la deuda con la Entidad mutuante. Pero si éste es el caso, surge la duda de si podrá enajenarse la finca hipotecada con el pacto del artículo 118, 1, de la Ley Hipotecaria, y la contestación sería que tal enajenación cabría siempre que el comprador, aparte del precio de la finca, no satisficiera cantidad alguna por asumir la obligación de pago de la deuda (ya que sólo se prohíbe la transferencia a título oneroso), y como tal pago complementario no es concebible, tampoco puede concebirse que vaya por ese camino la interpretación de la cláusula. Y aunque se entendiera que aun sin ese pago complementario había título oneroso, sería fácil burlar la prohibición acudiendo al descuento o retención que regula el artículo citado de la Ley Hipotecaria en su párrafo segundo. ¿O hay que entender que tampoco podría pactarse la venta por un precio líquido, sin asunción alguna de la deuda garantizada? Si se contestase afirmativamente a esta última pregunta, entonces caeríamos en la no inscribibilidad de las prohibiciones de disponer.

Ante estos razonamientos me permito pensar que esta cláusula, con la que, sin duda, se persigue que el prestatario emplee juiciosamente el capital del préstamo, solamente conseguirá el efecto pretendido por el respeto que impone el papel sellado... y frente al que lo sienta.

b') *Las cláusulas sobre expedición de copias.*—Me refiero a la cláusula que veo proliferar en las escrituras de préstamo, que constituye la primera regulación, que yo conozca, de lo que podríamos llamar «el tráfico jurídico de copias»..., y que dice así: «El prestatario solicita del Notario autorizante de esta escritura que expida la primera copia de ella a su favor, comprometiéndose con el mutuante a hacerle entrega de ella en propiedad».

En ella sobra la solicitud al Notario en instrumento público, demasiado solemne cuando podría hacerse en carta o escrito privado e incluso verbalmente, y falta la *justa causa traditionis* para que esa entrega transmita la propiedad del papel... Pero de esta cláusula ya me he ocupado en estudio que publiqué sobre las copias y testimonios notariales en la *Revista de Derecho Notarial*, al que remito al curioso oyente sin molestar más vuestra atención sobre el particular.

b) *Modificación de cláusulas erróneas*

Entre las merecedoras, a mi juicio, de modificación encontramos las siguientes:

a') *Cláusula sobre destino de la cantidad prestada.*—Agrupo aquí dos cláusulas muy frecuentes en los contratos de préstamo de dinero oficial y que tienen como finalidad controlar el destino de la cantidad prestada:

Por la primera se trata de vincular el piso hipotecado y previamente adquirido con el importe del préstamo a la persona del prestatario, a fin de evitar que el préstamo que se concede *intuitu personae*, se contraiga para beneficiar liberalmente o mediante contraprestación a persona que no reúna las condiciones exigidas para la concesión (empleado de la Entidad prestamista, persona de economía modesta, etc.). Tales préstamos de dinero oficial suelen ser un beneficio (largo plazo, corto interés, etc.) y es fácil que el que tenga «derecho» a él y no lo necesite sienta deseos de imitar a Esaú, cambiando las lentejas por billetes del Banco de España de curso legal.

Con la segunda cláusula se trata de encauzar, de vigilar, el empleo de la cantidad del préstamo, a fin de que concedido éste con una finalidad concreta y merecedora de protección (la construcción de viviendas o la adquisición de la propia), no se destine su importe a otras empresas quizá más lucrativas para el prestatario, pero menos protegidas socialmente.

La finalidad es parecida a la de la cláusula antes vista. Pero la fórmula empleada no me parece acertada.

1) La primera de las cláusulas, recomponiéndola con distintos pasajes de las escrituras en que se consigna, dice así: «El piso hipotecado no podrá utilizarse por persona distinta del prestatario y su familia inmediata... Será causa de rescisión (prescindimos de la confusión que se padece en la literatura oficial entre rescisión, resolución, ineficacia y nulidad)... el hecho de que ocupe la vivienda persona distinta del prestatario y sus familiares... Para la rescisión bastará acreditar la ocupación por persona distinta del titular del préstamo».

En esta cláusula, como no se os oculta, se establece implícitamente una prohibición de arrendar, e indirectamente una prohibición de enajenar, por la merma de facultades del dueño, porque si no se puede ocupar por el posible adquirente y no se puede arrendar o solamente puede arrendarse al prestatario, ¿quién compraría el piso a sabiendas de que no puede satisfacer con él su propia necesidad de vivienda ni obtener por el arrendamiento a un tercero una retribución al dinero invertido,

sino que ha de padecer el monopolio posesorio del prestatario? Se dirá que precisamente de lo que se trata es de quitar alicientes a la adquisición por un tercero y que esta pretensión del prestamista es loable por lo antes dicho; pero así y todo, la cláusula choca con la ley y jurisprudencia hipotecarias sobre las prohibiciones de disponer.

Pero además la cláusula peca de poco cuidada: hay una contradicción evidente en la determinación de las personas que no pueden utilizar la vivienda bajo sanción de «rescisión» del contrato. Por un lado, se habla de que debe utilizarse por el prestatario y «su familia inmediata»; por otra, que será causa de rescisión el que ocupe la vivienda persona distinta «del prestatario y sus familiares» (sin precisarse que se refiere a los inmediatos), y por otra, de que para que la rescisión se produzca bastará acreditar la ocupación por persona distinta del titular del préstamo. Es decir, que aplicando el último criterio sería causa de rescisión la ocupación por un hijo (que no es el prestatario), y aplicando el segundo no lo sería la ocupación por un hermano (que es familiar).

2) La segunda de las cláusulas aludidas faculta al prestamista para dar por «rescindido» el préstamo en caso de que el prestatario «invirtiese cualquier parte de la cantidad prestada en atención distinta de aquella para la cual se hace el préstamo». Este texto es de una vaguedad que contrasta con la seguridad que debe mediar en las relaciones jurídicas, como podemos ver en los cabos que quedan sueltos en las inversiones más corrientes: la construcción de viviendas o la adquisición de vivienda por el prestatario.

1. *Construcción.*—Esta exige una serie de contratos mediales (compra de materiales, arrendamiento de servicios, etc.) y desembolsos de distinta índole (pago de impuestos y honorarios de facultativos, organización burocrática, documentación, etc.), de los cuales unos tenderán a la construcción directamente y otros sólo indirecta o parcialmente. ¿Habrá que excluir de la inversión estos últimos en su totalidad o, en caso negativo, cómo se determinará la parte que haya que «cargar» al préstamo? Y en uno y en otro, ¿es serio que el prestamista tenga que vigilar (o esté facultado para ello) el destino del camión de ladrillos adquirido por el prestatario?

Y cada caso concreto (o muchos de ellos) planteará un problema. V. gr.: Dar una comida a los operarios con motivo de la conclusión de una fase de la construcción, ¿será cambiar la inversión convenida? ¿Lo será dar esa comida a los amigos del prestatario? Si éste trabaja en la dirección o ejecución de la obra, ¿podrá detraer del importe del préstamo una cantidad para sus gastos particulares? Con estos interrogantes no es fácil que el prestatario se halle muy seguro respecto a la continuación

del préstamo y, por el contrario, se sentirá constantemente amenazado con la espada de la «rescisión».

Se dirá que ésta no queda al arbitrio del prestamista, sino que será el Juez quien decida, en último término, si hay lugar a la rescisión según lo pactado; pero ¿con arreglo a qué criterios si el pacto no se los da? Por otra parte, no puede considerarse precisamente modélica una cláusula si no permite al prestatario saber en cada momento si infringe o no lo pactado.

2. *Adquisición.*—Todavía hay más motivos para la crítica de la cláusula en cuestión, basados en la imposibilidad (o, al menos, grave dificultad) de control de su cumplimiento (por la fungibilidad del dinero), en la inutilidad de aquélla y en la equivalencia entre el cumplimiento directo y el indirecto, sin contar con su insuficiencia para regular el destino del sobrante. Aclaremos:

La finalidad perseguida por el préstamo es que el prestatario adquiera una vivienda. El hecho de la adquisición, perfectamente comprobable, es prueba de que el prestatario no ha dilapidado el dinero recibido, sino que la finalidad perseguida está cumplida. Pues bien: la cláusula en lugar de poner el acento en aquel hecho demostrable, exige que el mismo dinero (¡las mismas monedas o billetes recibidos!) pase de manos del prestamista a las del prestatario, y de las de éste a las del vendedor de la vivienda, siendo así que lo mismo se consigue aquella finalidad pagando el precio el prestatario con su propio dinero (en cuyo lugar pondrá el que reciba del prestamista) o incluso con el facilitado por un tercero (al cual reembolsará con el que entre en su patrimonio por el préstamo). Por otro lado, no puede controlarse con qué dinero se paga, a menos que se registre la numeración de los billetes que el prestamista entregue, lo cual no es serio.

Y, sin embargo, no hay más remedio que interpretar la cláusula en el sentido de que se refiere al mismo dinero recibido, porque es aún más absurda la otra interpretación posible: la de que se refiera a una cantidad igual a la recibida. En efecto: con esta otra interpretación, el comprar con su propio dinero una finca rústica e incluso el atender a su subsistencia con sus propios medios sería causa de rescisión del préstamo, porque sería invertir una parte del equivalente de la cantidad prestada, en atención distinta de la pactada...

La cláusula parece, pues, que se refiere al mismo dinero recibido. Y piénsese desde el punto de vista registral que con la inscripción de tal cláusula, el tercero siempre tendrá el peligro de que el préstamo hipotecario se «rescinda», puesto que no podrá nunca saber si toda la cantidad

recibida del prestamista en las mismas monedas o billetes recibidos fue entregada al vendedor de quien adquirió el piso el prestatario.

Todo ello demuestra que la cláusula debía configurar la obligación del prestatario de acreditar su conducta correcta (la adquisición del piso), en lugar de obligar al prestamista a probar la conducta incorrecta (la dilapidación) a efectos de «rescisión», lo cual al sólo poder probarse por un hecho negativo (la no adquisición del piso) y no establecerse plazo, permitirá al prestatario defenderse con éxito mediante la promesa de adquisición en el futuro.

Y queda aún otra dificultad: el destino del sobrante, porque hay que suponer que, en general, lo habrá. Esa «atención distinta de aquella para la cual se hace el préstamo» no será, claro está, el pago del precio convenido con el vendedor, pero tampoco lo serán los gastos de la transmisión ni el impuesto de transmisiones patrimoniales por la misma. Si todo esto se incluye en la inversión permitida, la cantidad del préstamo es difícil que coincida con aquélla, ya que el importe total de la inversión no se puede fijar *a priori* con exactitud, y aún puede suceder que el precio varíe respecto al fijado con anticipación, en virtud de negociaciones posteriores con el vendedor. Pues bien: si después de pagados precio, gastos e impuestos, queda un sobrante, ¿podrá disponer de él el prestatario libremente, puesto que ya se ha cumplido la finalidad perseguida? Con arreglo a la letra de la cláusula, la contestación negativa se impone. Por tanto, el prestatario no tendrá más solución que devolver al prestamista ese sobrante, si está autorizado para hacer reembolsos parciales, o retenerlo hasta que llegue el vencimiento del préstamo o... hasta que quiera perjudicar al tercer adquirente con una «rescisión» inesperada.

b') *Cláusula de distribución de la responsabilidad hipotecaria.*— Las Entidades de crédito suelen conceder préstamos con garantía hipotecaria de edificios (que luego han de constituirse en régimen de propiedad por pisos) para distribuir (?) posteriormente la responsabilidad hipotecaria entre algunos de los pisos resultantes con liberación de los restantes de la carga hipotecaria y reducción del préstamo.

En las cláusulas de las escrituras correspondientes puede observarse algunas veces lo siguiente:

1) Se confunde la división del crédito hipotecario con la distribución de la responsabilidad entre las distintas fincas resultantes. En los formularios de algunas Entidades de crédito se configura exactamente la división del crédito, pero en los de otras se habla unas veces de división y otras de distribución, o se articula como distribución lo que en reali-

dad, según la voluntad de las partes, es una división del crédito. Así, en aquellas cláusulas en que se distribuye la responsabilidad y se señala una cuota de amortización para cada piso, estableciéndose que el préstamo (que es uno solo) se considerará vencido por falta de pago de una cuota cualquiera de amortización: al no haber división del crédito, el impago de su cuota por uno de los posteriores adquirentes de los pisos arrastrará a los demás, que se verán obligados a devolver el préstamo, en la parte que les afecta, antes del vencimiento normal, a pesar de ir pagando religiosamente sus cuotas de amortización. Y es que en estas hipotecas de amortización, lo adecuado es la división del crédito para independizar totalmente unos propietarios de otros.

Y esa confusión se produce no sólo cuando hay que dividir la hipoteca, sino también cuando ya nace dividida..., porque se trata de dos hipotecas distintas. Así ocurre en el caso siguiente: Dos hermanos (uno prestatario y otro no deudor ni fiador) hipotecaron sendas fincas de su propiedad en garantía de un préstamo de un millón de pesetas mediante la siguiente cláusula: «Además de la obligación personal e ilimitada de don A y don B para el cumplimiento de este contrato, dichos señores constituyen a favor de don C hipoteca sobre las dos fincas descritas, etc., y distribuyen la responsabilidad hipotecaria entre las dos fincas hipotecadas por mitad». Aparte de la inconsecuencia de establecer la responsabilidad personal de quien no es deudor ni fiador, se distribuye lo que ya está dividido, porque no se trata de una hipoteca, sino de dos en garantía de una sola obligación: cada uno de los hermanos constituye sobre su respectiva finca una hipoteca para garantizar la devolución del préstamo, si bien sólo hasta la cantidad de 500.000 pesetas.

Y el origen de esta confusión quizá se halle en algunas cláusulas poco afortunadas de constitución de hipoteca, en las que se indica que: «En garantía de las X pesetas, capital del préstamo, el prestatario constituye hipoteca...», cuando en realidad lo que se garantiza no es un capital, sino, como sabéis, la obligación de devolver un préstamo, pudiendo constituirse la hipoteca por todo el capital del préstamo o por una parte de él.

2) Se omite la cancelación parcial (o dicho con más propiedad, el consentimiento para la cancelación parcial) de la hipoteca por reducción de la obligación asegurada. Esa reducción no suele faltar, no sólo por estimarse que con la división disminuye la garantía, sino porque al excluirse determinados pisos (que quedan liberados) disminuye el valor del objeto de la hipoteca. Pero tal reducción no implica por sí sola la cancelación parcial. Aplicando el artículo 179 del Reglamento Hipotecario (y no hay razón para no aplicarlo): aun cuando se haya extinguido parcialmente por pago el crédito hipotecario, no se cancelará parcial-

mente la correspondiente inscripción mientras el acreedor no preste su consentimiento para ello. Y como, según el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca subsiste íntegra, aunque se reduzca la obligación garantizada, al hacerse la distribución de aquella entre los distintos pisos, con exclusión de algunos o sin exclusión, se produciría, salvo cancelación parcial, una desarmonía entre lo distribuido y el montante total de la hipoteca.

3) Se reduce el crédito supletorio para costas fijado en la constitución de la hipoteca, haciéndolo no expresamente, sino implícitamente, es decir, sin indicación de la cantidad en que se reduce y sin la cancelación parcial correspondiente de la hipoteca. Tal crédito suele fijarse en un porcentaje de la responsabilidad por el principal del préstamo, y como al disminuir ésta con el fraccionamiento disminuye también aquel crédito supletorio, si no se consiente la cancelación parcial, se producirá también aquí aquella desarmonía; pero aun con tal consentimiento no se podrá practicar el asiento cancelatorio mientras no se exprese, conforme al artículo 103 de la Ley Hipotecaria, «la parte del derecho que se extinga y la que subsista», por muy elementales que sean las operaciones aritméticas necesarias para determinar dichas partes.

En resumen, que, a nuestro juicio, necesita más de un retoque el formulario de algunas Entidades de crédito para las escrituras de que se trata.

No se tiene en cuenta aquí, por considerarlo un simple *lapsus calami*, otro defecto observado alguna vez, a saber: el Consejo de Administración fija como gastos de gestión, a cargo del prestatario, una cantidad, que ha de ser satisfecha como condición para acceder a la división solicitada, y en la escritura, si bien se recoge la obligación del prestatario, se configura como una obligación de futuro para cumplir en el tiempo presente... («dicha cantidad se satisfará en este momento»), con lo cual queda sin saberse si la condición impuesta por el Consejo se ha cumplido o no.

c') *Cláusula de cancelación de hipotecas*.—Apenas se concibe que pueda haber dificultades con las escrituras de cancelación de hipotecas. Su sustancia puede quedar condensada en cinco palabras: «Cobré y consento la cancelación». Casi todo lo que se añada a ellas puede calificarse de superfluo. Pero no quiero referirme ahora ni a lo superfluo que sobra ni... a lo necesario que falta, porque estoy tratando de cláusulas, aunque no resisto la tentación de clamar aquí por una interpretación correcta de la Resolución de 31 de julio de 1957, que ni prescinda, en las escri-

turas de cancelación, de los datos identificadores del inmueble (naturaleza, situación, extensión, linderos), ni las recargue inútilmente con otros datos descriptivos (construcción, distribución, elementos, etc.).

Lo que me interesa ahora considerar es otra piedra de tropiezo distinta: la representación para la cancelación o la cancelación por representante. Esta representación se concede frecuentemente con una de estas tres cláusulas:

1. Formalizar cancelaciones de hipotecas.
2. Consentir cancelaciones de hipoteca que garanticen créditos que hayan sido reembolsados.
3. Consentir cancelaciones de hipoteca siempre que se acompañe certificación del Secretario General que acredite el pago de los créditos garantizados.

Es decir se concede la representación para simple formalización de la cancelación, para la cancelación condicionadamente o para la cancelación con requisito complementario.

Se trata de fórmulas para conceder la representación de sociedades u otras personas jurídicas, cuya voluntad (como la de cualquier representado) no debe desbordarse con interpretaciones más o menos arbitrarias. Aquí no se trata de emplear más o menos rigor, sino de ajustarse a la verdadera voluntad del representado, manifestada en la concesión. Interpretemos aquellas cláusulas:

1) *Para simple formalización.*—Formalizar es (prescindiendo aquí de los actos solemnes o formales, de la forma *ad substantia*) dar forma pública a algo que ya tiene existencia. Es decir, el representante no está facultado para decidir por sí la extinción de la garantía registral, sino únicamente para hacer constar en la forma requerida por el Derecho el acuerdo de extinción, ya existente anteriormente, del órgano o representante correspondiente de la persona jurídica de que se trate. Sucede aquí lo que ocurre con la manida cláusula que encomienda al Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima el «llevar la firma social»: esto no quiere decir que el Presidente por sí solo pueda contratar, sino solamente que una vez acordado el contrato por el Consejo, basta que lo suscriba el Presidente sin necesidad de la comparecencia de todo el órgano colegiado. Pues bien: no siempre se tienen en cuenta estas ideas, por otra parte, bien elementales.

2) *Para cancelación condicionadamente.*—La fórmula suele ser simple, es decir, no contiene expresamente ninguna condición. V. gr.: «Can-

celación de hipotecas de los créditos que resulten reembolsados». Pero hay que interpretarla como si la concesión se sometiera a la condición de que el crédito haya sido pagado, y, por tanto, para que sea eficaz la cancelación habrá que acreditar el cumplimiento de tal condición. Y para esto no basta la simple afirmación del representante, sino que será precisa la del que se halle facultado para recibir el pago y liberar al prestatario de la obligación. Si el representante facultado por aquella cláusula pudiera decidir libremente qué hipotecas hay que cancelar, independientemente de que los créditos estén o no pagados o con su simple afirmación de estarlo, no habría por qué consignar la indicada limitación. Se dirá que ésta obra en la esfera interna, es decir, que es una norma de régimen interior para que el representante no cancele más que las hipotecas cuyos créditos compruebe que han sido pagados. Pero esa irrelevancia para el exterior de la aludida limitación tendría que establecerse expresamente para que pudiera ser tenida en cuenta.

3) *Para cancelación con requisito complementario.*—Esta variante apenas merecería atención si no fuera porque en la práctica se pretende algunas veces sustituir la certificación del Secretario General, Administrador General, etc., a quien indirectamente la cláusula concede facultades liberatorias (del deudor), por otra del mismo representante a quien se las niega (puesto que no da efecto a su afirmación del pago). Con ello se olvida: 1. El texto literal y terminante de la cláusula. 2. Las reglas de la lógica, que obligan a calificar de subterfugio tal forma de salvar la limitación impuesta a la actuación del representante. 3. Las normas generales, que impiden dar más valor a la afirmación de haberse efectuado el pago hecha en un documento privado, que a la afirmación de la misma persona en escritura pública.

Me gustaría hablar, por último, de las cláusulas de configuración de la hipoteca cambiaria y de insistir en la reducción ya aludida de las cláusulas ampulosas. Pero compruebo que he llegado al límite del tiempo que me había marcado para esta disertación y no sé si al de vuestra paciencia. Dejadme, os lo ruego, con esta duda y con la ligerísima esperanza de que mi oratoria no os haya sido demasiado pesada. Por esta amabilidad y por vuestra atención a mis palabras, digna ciertamente de mejor causa, ¡muchas gracias!

PEDRO AVILA ALVAREZ

Notario de Madrid (excedente)
Registrador de la Propiedad
de Madrid