

## Por folletos y revistas

*Naturaleza jurídica del negocio de adveración* (1). «Revista de Derecho Procesal Civil» de Padua, trimestre Abril-Junio 1933. Autor, José Stolfi, Profesor de la Universidad de Cagliari. Páginas 132 a 177.

El Estado, indiferente en principio a la elección de medios para evitar controversias jurídicas entre particulares, deja a éstos que puedan recurrir, para hacerlas desaparecer, al Juez o al mutuo acuerdo, con lo cual se elevan a la categoría de Jueces; pero este negocio jurídico sólo será posible en caso de transacción, *aliquo dato, seu retento, seu promisso*, o en el de reconocimiento, advirtiéndose en este último caso que, aunque no hay transacción, procede el negocio jurídico por la protección que el Derecho moderno concede a la autonomía de la voluntad, como sucederá cuando, sin darse los elementos jurídicos de la transacción, las partes hablan equivocadamente de ellas y se trata sólo de un reconocimiento.

Acordes los autores en el punto de partida, disienten sobre la eficacia de tal negocio jurídico. Nacen las diferencias del hecho fundamental de establecer un paralelo entre dos figuras jurídicas que frecuentemente dan origen a consecuencias opuestas, en cuanto que la sentencia es declarativa en general y sólo en algún caso constitutiva del derecho, mientras que en el negocio ocurre lo contrario, quedando, por lo tanto, sólo dos caminos para resolver el problema, esto es: la solución consensual con preferencia a la judicial (sentencia), o al contrario.

(1) Refiriéndose este trabajo a un régimen hipotecario menos riguroso que el español, deberán nuestros lectores tener en cuenta las diferencias, para no ser inducidos a error por alguna de las afirmaciones o consecuencias a que llega el autor.

La primera hipótesis prevalece entre los italianos, mientras que los alemanes, aunque usen frases análogas, advierten que el paralelo con la sentencia no implica identidad de efectos entre los dos modos de arreglo del conflicto, pues si admiten la retroactividad de la sentencia, sostienen que la adveración en su doble forma de reconocimiento o transacción tiene eficacia constitutiva, no retroactiva; que si hablan de adveración y de que existe declaración, no admiten identidad de efecto entre la sentencia y el contrato; que el derecho preexista entre los contendientes, mientras el negocio sirve para determinar el derecho que quieren establecer por el contrato, sin consideración al tiempo anterior, de donde vale como derecho el que ha sido reconocido, no el que existía con anterioridad a la adveración.

Entre las dos soluciones parece preferible la declarativa en las dos formas descritas, por estar de acuerdo con la doctrina que prevaleció acerca del carácter de la transacción en el derecho intermedio y con los principios que informan las normas del derecho objetivo. La otra se debe rechazar: 1.º Porque es extraño concebir un negocio que vale *ex nunc* y *ex tunc*, según las personas que lo invocan. 2.º Porque sólo se habla de retroactividad en cuanto se trata de un acto que no implique transferencia o adquisición de derechos, pero se les declara como eran en su origen cuando se trata del titular a quien se han reconocido tales derechos. De lo que se sigue que permanecían firmes todos los derechos que había con anterioridad al acto, constituídos o transferidos sobre la cosa a los terceros, y caerán los concedidos por la contraparte por la apreciación del principio general de que *nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet*. Si así no fuese, sería inútil recurrir al principio declarativo para hacer derivar por las partes los efectos de un acto a partir de un momento anterior.

Que esa precedente distinción carece del más leve fundamento racional, se comprueba también examinando sus aplicaciones prácticas con referencia a la transcripción y al retracto litigioso.

En cuanto a la primera, debe notarse que, aunque la doctrina francesa no requiere que el negocio de la transacción se haya hecho públicamente para que sea oponible a tercero, se exige corrientemente tal requisito, llegando a decir Desserteaux «que es deseable que todos los actos relativos a la propiedad inmobiliaria que ten-

gan los terceros interés en conocer, sean publicados». Pero se observa lo contrario: 1.º Porque la transcripción es una forma de publicidad sólo de aquellos actos que tengan la aptitud de producir en la realidad ciertos efectos jurídicos; de donde la Ley los enumera, sustrayéndolos a la voluntad de las partes, porque en caso contrario quedaría gravemente comprometida la certeza del derecho de los terceros, en beneficio de los cuales se ha instituido la publicidad. 2.º Porque nadie negará que al ajustarse el ejercicio de los derechos a determinada formalidad, se restringe la autonomía de las partes, no pudiendo éstas extenderse a casos diversos o semejantes no previstos por el legislador, teniendo el propietario que haya sufrido la transcripción de un acto no previsto en la Ley acción para el resarcimiento de daños. 3.º Porque reconocida por Desserteaux la eficacia declarativa de la transacción entre las partes, no se comprende con qué objeto ha de hacerse público el contrato, pues la transcripción dirime el conflicto entre dos adquirentes del mismo propietario, pero no influye para nada sobre la decisión del conflicto entre el que la ha adquirido a *dominio* y el que la ha adquirido a *non domino*, porque el derecho del primero elimina la posibilidad de un derecho a favor del segundo, aunque éste ostente un título público.

En cuanto al retracto litigioso, basta observar que al excluirlo el mencionado autor del ejercicio contra la transacción de un golpe de muerte a su teoría, porque aquél ha sido concedido por la Ley al deudor o un tercero contra la cesión del derecho hecho a título oneroso por el acreedor a otra persona durante el desenvolvimiento de la lid, pero no se comprende por qué no se puede ejercitar contra una transacción, cuando se afirma que es para los terceros un acto de enajenación. Ni basta para legitimar la teoría decir que ésa es la opinión de Pothier y que el retracto se funda en normas excepcionales, porque Pothier sólo excluía el retracto por sostener la tesis de lo declarativo de la transacción, sin distinguir entre partes y terceros.

Considerando, por tanto, como declarativo el negocio de adverbación en su doble forma de transacción y de reconocimiento, es conveniente hacer constar, a fin de hacer más convincentes las razones de los intérpretes, al justificar la retroactividad de la transacción, que el principio de que es declarativa la transacción es una

ficción forjada primero en Italia y después en Francia durante el derecho intermedio, y presupuesta por el legislador francés o el italiano, el cual la ha acogido implícitamente en la redacción del Código italiano. Esto explica la antinomia entre los artículos 1.314 y 1.932, ya que el primero somete a la forma escrita *solemnitatis causa* los actos constitutivos o traslativos de la propiedad, de los derechos reales inmobiliarios y de las transacciones, mientras que el segundo requiere que los primeros sean transcritos y no menciona las transacciones, a las que debe negarse, por tanto, eficacia constitutiva, debiendo tenerse en cuenta que el legislador siempre ha distinguido la transacción de los negocios traslativos, o presupuesto su naturaleza declarativa.

Reconstruída así, sobre la base del derecho vigente, la naturaleza jurídica de la transacción, debemos recurrir en su confirmación a la tradición histórica, principalmente en Francia e Italia.

Si es diversa la opinión entre los juristas franceses e italianos, se debe especialmente a que no se trata de estudiar cómo el Derecho romano ha sido interpretado por los antiguos, sino explicar cómo en el Derecho común los escritores han hecho una exégesis arbitraria para sostener una serie de soluciones del todo opuestas a las que derivarían de la compilación justiniana.

Que el motivo aducido comunmente por los escritores modernos para esclarecer el origen histórico del principio en cuestión es equivocado, se demuestra: 1.º Porque los intérpretes nunca, con sus indagaciones, han suministrado armas a las partes para rehusar el pago de las tasas impuestas por las leyes, cuando éstas han ordenado el registro de las convenciones. 2.º Por la doble consideración de que en el Derecho común el problema de la tasabilidad de la transacción no se presentaba según la naturaleza declarativa o constitutiva del negocio, sino en un aspecto muy diverso, y que aun después de ser admitido el principio de que la transacción es declarativa, se tasa ésta *expressis verbis* por el legislador francés como cualquier negocio de enajenación, por lo que fué preciso dictar la ley del año VII para que el derecho tributario se adaptase en lo posible al Derecho civil. En confirmación de tales observaciones, recordemos las normas fiscales que regulaban la transacción.

Los estatutos italianos imponían la gabela sobre todos los contratos, y como la transacción era considerada como un contrato, es-

taba sometida a la tasa. Para sustraerla a la gabela, afirmaban unos que ésta se aplica sólo al verdadero y propio contrato, no al impropio, como la transacción; otros, que era un contrato innominado, y otros, finalmente, distinguían el caso en que la finca fuese entregada en virtud de la transacción, de aquel en que continuase perteneciendo al poseedor anterior; pero que tales tentativas no prevalecieron lo demuestra: 1.º Que es un contrato verdadero y propio, por tener todos sus requisitos y engendrar derechos y obligaciones entre ambas partes. 2.º Que aunque, según la fórmula justiniana, se le denominara contrato innominado, era siempre un verdadero contrato. 3.º Que no podía negarse que pertenecía a los conmutativos.

Que ninguna influencia ejerció el derecho fiscal italiano sobre la adopción del principio declarativo, resulta de que los autores que tratan del asunto, como Jason del Mayno, De Luca, Urceoli y Sabelli, afirmaron que la transacción estaba sometida a la tasa, porque ésta comprendía todos los contratos y aquélla pertenecía a los conmutativos, sin hacer mención de la retroactividad.

Se llega a las mismas conclusiones examinando el Derecho francés, bastando para convencernos considerar que Molineo, el sostenedor más eficaz del principio declarativo, lo acoge para afirmar que no es debido el laudemio por la división, y propone la cuestión de si podría invocarlo quien quiere sustraer la transacción al pago de los derechos feudales, pero advierte que, en tal hipótesis, se debe dejar aparte toda la cuestión de pago de la gabela, por tratarse de un problema completamente distinto.

Además, la declaración de 19 de Julio de 1714, dictada por Luis XIV, ordenó que se registrasen o insinuasen los contratos que, o transfirieran la propiedad, o constituyesen un derecho real, sin distinguir entre bienes muebles o inmuebles, extendiendo la obligación a todos los contratos; y al aplicar estas normas, el artículo 29 de la tarifa de 29 de Septiembre de 1722 dispuso que la transacción pagase la cantidad correspondiente al valor declarado del objeto del contrato; ahora bien, como estaban sometidos a la misma tarifa que la enajenación, se explica que los comentadores de la tarifa situasen entre los contratos sometidos a ella no sólo los llamados traslativos, sino a los que se les atribuía eficacia declarativa, como la transacción y la división.

Las indagaciones precedentes confirman, pues, la opinión de que no influyó en nada el motivo tributario; y como la transacción continuó sujeta al impuesto, aun después de admitirse el principio declarativo, hubiera sido inútil cualquier esfuerzo por parte de los juristas para evitar la aplicación de las normas legislativas referentes a algunas tasas. Como se ha demostrado ampliamente, el origen del principio declarativo se debe a una interpretación arbitraria de un conocido pasaje, acogida por los juristas italianos del Cuatrocientos para sustraer la transacción del pago del laudemio. Esta primera tentativa empujó a los juristas posteriores a buscar en los textos romanos las más raras ilaciones para resolver algunos problemas de manera diversa a la que hubiera triunfado si se hubiesen aplicado los textos justinianeos como habían sido redactados, sirviéndose de tales medios especialmente los juristas franceses del Quinientos para sustraer la transacción principalmente al ejercicio del retracto de linajes, hasta que cualquier escritor llegó al principio declarativo y afirmó que ni extingue antiguos derechos, ni crea nuevos, sino que declara los que anteriormente correspondían a los contratantes.

Es, pues, completamente distinta la evolución del derecho italiano y francés de lo que se venía asegurando, y procede hacer una aguda exposición en la que se distinga la contribución de los juristas italianos y la aplicación que hicieron los franceses.

En efecto, el Derecho romano consentía al enfiteuta enajenar el dominio útil entre vivos o por legados, abonando al concedente la quincuagésima parte del precio en compensación del acto de reconocimiento del nuevo enfiteuta.

Tal carga, llamada también laudemio, gravó la transacción por constituir un acto de enajenación intervivos, y no hubo duda, al menos, hasta que se hizo familiar el concepto de *alienatio* necesaria, correspondiente a lo que ahora se llama principio declarativo, sirviendo la necesidad para hacer lícito lo que no hubiera sido de otra manera. Este concepto es atribuido por Bártolo a Guillermo de Cumo.

Bártolo no extendió la solución a la transacción, pero en seguida, partiendo del mismo principio, Jason del Mayno procuró sustraerla al laudemio, formulando el principio general de que sólo se gravasen las enajenaciones voluntarias, y los escritores su-

cesivos sostuvieron que la transacción es una enajenación necesaria para evitar lides; de donde si el que transige obtiene algo, no es *iure novo sed primo*, llegando a quitarle el carácter de enajenación y afirmando explícitamente su eficacia declarativa.

Para legitimar su tesis recurrieron al Derecho romano, *questio* 20, Código *De transaccione*, 2, 4, entre otros, formulando el siguiente silogismo: La transacción se asimila a la sentencia; la sentencia es declarativa, luego aquélla también lo es; y como la premisa mayor es falsa, porque la transacción no se identifica con la cosa juzgada, la conclusión también es falsa.

Partiendo, pues, del principio de la declaración, a través de una exégesis forzada de los textos, llegaron lógicamente a las siguientes consecuencias: 1.<sup>a</sup> El enfiteuta no debe el laudemio en caso de transacción. 2.<sup>a</sup> Contra ésta no puede ejercitarse el retracto de consanguíneos, ni de vecinos, ni aun del condómino. 3.<sup>a</sup> El titular de un fideicomiso, de un mayorazgo o primogenitura puede válidamente transigir sobre tales derechos, siempre que sea de buena fe, porque la prohibición de enajenar no comprende la de transigir, y la transacción obliga también a los sucesores. 4.<sup>a</sup> Contra la transacción no se admite acción de rescisión por lesión enorme. 5.<sup>a</sup> Impugnada una transacción, se puede reclamar sólo lo que competía según el derecho preexistente.

Los juristas franceses se aprovecharon de los esfuerzos de los italianos para sustraer la transacción al canon feudal y para impedir el ejercicio del retracto de linajes.

Por lo que se refiere al primer punto, téngase en cuenta que considerado enajenable el feudo, después de una conocidísima evolución, los franceses fijaron las relaciones entre el señor y el vasallo conforme al modelo de la enfiteusis romana y establecieron que el siervo, antes de enajenarlo intervivos, debían ofrecerlo al señor, y sólo después de haberlo rehusado éste podrían transferirlo, debiendo, para evitar el ejercicio de rescate, el nuevo titular, abonar el importe de las rentas de un año; mas como este canon no hacía traslativo el negocio sino en cuanto que significaba el cambio de vasallo, se comprende por qué establecieron los juristas que también correría la misma suerte la transacción, siempre que se pasara de un feudatario a otro, y por qué Molineo repudió la distinción

entre enajenación voluntaria y necesaria, sometiendo las dos al pago mencionado.

Se observará que distinguía dos hipótesis: 1.<sup>a</sup> Se abonaría, si el feudo pasaba de una persona a otra, en virtud de la transacción o, sin pasar, se insertaba en el contrato la cláusula *cedens et transferens omne ius et actionem in quantum opus est*. 2.<sup>a</sup> No se debía si no había transmisión de la posesión. Tal distinción no tenía fundamento racional en los textos romanos, por lo cual la rechazó D'Argentré, y afirmó que sólo se transige cuando el derecho es incierto, y a veces esta incertidumbre es insoluble; pero cuando el derecho es claro, se trata de una verdadera enajenación. De lo cual se infiere que no se podía probar el efecto traslativo de la transacción; lo favorecía mucho la formulación del principio declarativo, al cual se unieron los juristas posteriores.

Estos observaban que no podía deducirse la transmisión de la propiedad de las normas que regulaban la transmisión de la posesión, y en el caso de la transacción ponían el siguiente dilema: o el fundo es abandonado, *aliquo dato*, al que tenía su posesión, y entonces nada se debe al señor, porque no ha cambiado el enfiteuta, o el poseedor restituye el fundo a la contraparte, y entonces el señor tampoco puede exigir nada, pues el contrato no sirve para transferir un derecho que no se tiene anteriormente, sino para reconocer que siempre le ha pertenecido. En ambas hipótesis lo que se da no constituye el precio de la cosa, sino el abandono de la pretensión de otro sobre la misma; al decir de Pothier, la transacción hace adquirir más bien el abandono de la lid surgida sobre el fundo que el mismo fundo.

Más importantes fueron las discusiones acerca del retracto gentilicio, institución germánica que se difundió rápidamente a cargo de otras dos poco diferentes, la *laudatio parentum* y la calumnia.

Partieron del principio de que lo que entraba en el patrimonio familiar por vía de sucesión debía permanecer en él a fin de pasar a los parientes más próximos, no pudiendo, por tanto, disponerse de él durante la vida a título oneroso ni gratuito, y si alguna excepción se autorizaba, era preciso que prestaran su consentimiento todos los parientes, si no se quería que cualquiera de los herederos presuntos reivindicara la cosa, aunque la transmisión se hubiera hecho por vía de transacción; pero en seguida cayeron en des-



uso la *laudatio* y la calumnia, porque se oponían a la libre circulación de los bienes, y porque los escritores oponían al principio germano el romano, que concedía al propietario el derecho incondicional de disponer de sus bienes.

Ahora bien, como el retracto era admitido contra todo negocio traslativo, era evidente que lo mismo ocurría con la transacción. Así lo comprueba una decisión de la Curia regia de 1269 y la opinión de los escritores; pero D'Argentré opinó, por el contrario, que nadie transige, si no ostenta algún derecho que suministre materia al contrato; de donde la transacción ni es título, ni mediante ella se transfiere el dominio, a menos que se transija sobre un derecho cierto, en cuyo caso, al concederse la evicción, se deja entender que se trata de un verdadero título de adquisición. Negaba, por lo tanto, el ejercicio de retracto.

Como se observa, el autor no daba razones importantes, pero como formó parte de la Comisión encargada en 1575 de la revisión de la coutume de Bretaña, no es de extrañar que su tesis fuese reconocida en el artículo 317 de la nueva coutume redactada en el 1580.

He aquí cómo a través de una exégesis poco correcta de los textos romanos, de las opiniones de los antiguos escritores sin someterlas a una crítica sagaz y de la enunciación de los inconvenientes verdaderos o presuntos, el principio declarativo fué admitido lo mismo por italianos que por franceses.

De la naturaleza jurídica atribuída a la transacción deriván las consecuencias siguientes: 1.<sup>a</sup> Tiene carácter civil o comercial, según se refiera a negocios civiles o comerciales; 2.<sup>a</sup> No es justo título para fundar la adquisición de frutos o la usucapion decenal de la cosa; 3.<sup>a</sup> No está sometida al ejercicio del retracto litigioso; 4.<sup>a</sup> No debe transcribirse a los efectos del artículo 1.492 del Código civil.

Ahora bien: si la transacción se verifica dando, prometiendo o reteniendo cada cual alguna cosa, sin que el artículo 1.764 limite el objeto de las prestaciones a la *res dubia*, se deriva que cualquiera que sea la compensación pactada, puede haber negocio transaccional siempre que concurren los demás requisitos legales; pero en este caso la transacción será declarativa en cuanto al derecho controvertido, y no lo será respecto a la compensación dada

o prometida como contraprestación de la adveración del derecho litigioso.

Demostrado que la transacción es declarativa del derecho contravertido, es fácil deducir que el reconocimiento es también un negocio retroactivo, teniendo común con aquélla el fin (adveración del derecho) y el resultado que las partes se proponen al concluir la eliminación de la lid presente o futura sobre la *res dubia*. Pero como no es lógica en Derecho italiano la diversidad de efectos entre la sentencia y la transacción, como no sería lógico tampoco distinguir entre la eficacia de la transacción y del reconocimiento, y algunos escritores lo han hecho, someteremos sus argumentaciones a un rápido examen.

Han indagado por caminos distintos, utilizando Ascanio los resultados obtenidos por algunos autores alemanes referentes a los efectos de la reproducción documental de la estimación mezclada con la determinación del valor de una cosa y de la pretendida literalidad de algunos documentos de crédito, y mostrando Lieberman, por el contrario, un prudente excepticismo sobre las doctrinas alemanas, pero coincidiendo ambos en reconocer el carácter declarativo de la transacción y la eficacia constitutiva del reconocimiento.

Para justificar esta teoría comienzan por afirmar que el negocio jurídico regula las relaciones entre los particulares desde el día de su conclusión, y sin referirse al tiempo anterior; pero como la transacción ha llegado a ser declarativa a través de una evolución histórica peculiar, cuyos resultados no se pueden extender por analogía al reconocimiento, se debe hablar de la eficacia constitutiva de éste.

Antes de refutar tal argumentación, se expondrán las razones que se oponen a las teorías germánicas, de que se hace eco Ascarelli y que por cierto no son acogidas sin discusión ni aun en su país. En efecto, haremos notar: 1.º Que los franceses e italianos, con el fin de sustraerse a la formalidad de la *cautio* indiscreta, coincidieron en que no correspondía al actor probar la existencia de la causa lícita, correspondiendo al demandado probar que no existía causa o era ilícita. Los alemanes llegaron al mismo resultado mediante el reconocimiento unilateral, el cual no sólo es extraño al Derecho francés e italiano, sino que les sería de escasa utilidad;

2.º Que los alemanes han introducido en su sistema el contrato de reconocimiento causal relativo a los hechos y relaciones jurídicas, para obligar de algún modo al deudor, puesto que su confesión extrajudicial, aun admitida por el acreedor, se considera sólo como un indicio de prueba. En cambio, como entre nosotros la confesión extrajudicial constituye prueba plena contra el que confiesa, igual que la judicial, no ha sido preciso recurrir al contrato de adveración de los hechos; 3.º Que los italianos hablan de transacción (bilateral) y de reconocimiento (unilateral) como negocios de adveración, mientras que los alemanes, que contraponen uno a la otra, afirman referirse a un reconocimiento abstracto ignorado para el Derecho italiano, o sea como medio de prueba. No parecen atendibles las razones por las que se cree en la naturaleza dispositiva de este negocio.

Comenzando por el artículo 1.098, es exacto que cualquier hecho jurídico pronuncia sus efectos sólo para el futuro; pero esta regla puede tener excepciones, pudiendo la ley atribuir a un negocio jurídico eficacia para el pasado: y si la transacción es declarativa, es que el legislador ha derogado el principio general: es así que los adversarios admiten que la transacción es declarativa; luego el reconocimiento, que es sucedáneo de aquélla, también tiene efecto declarativo.

Y no se diga que se recurre a la analogía, procedimiento interpretativo no consentido en las normas excepcionales, porque aunque faltaran requisitos de analogía, subsistirían los de interpretación extensiva, que se admite por todos los escritores. La primera supone una laguna en la ley; en la segunda existe la norma, pero formulada sólo para prever algunos de los casos, y sin tener en cuenta otros que se han podido comprender en ella, pero respetando la voluntad del legislador, y, por lo tanto, no se puede atribuir al reconocimiento eficacia distinta a la de la transacción, teniendo común la causa y el fin. No es sin causa que los alemanes, que atribuyen un carácter distinto al reconocimiento judicial y al consensual, asignen a los dos efectos constitutivos: pero no se comprende que hagan lo mismo los italianos, para quienes se identifica toda clase de adveración.

Por otra parte, no parece que la demostración contraria adelante nada recurriendo al artículo 1.327 del Código civil, como in-

tenta Liebman ; pues aun admitiendo que tal norma ha sido formulada para salvaguardar a los terceros adquirentes del perjuicio que se derivaría de la fecha anterior de la escritura, no se puede deducir de esta premisa que fácilmente podrían las partes eludir esta disposición, si les fuese posible dar vida a un acto que tuviere eficacia retroactiva, porque la retroactividad y la antidata son claramente distintas entre sí, pues existe aquélla cuando el negocio jurídico debe desplegar su eficacia a partir del día de su conclusión, mientras que la antidata implica sólo que las partes hacen correr entre ellos los efectos del negocio desde un momento anterior a su formación, pero sin mudar su naturaleza.

A fin de demostrar la exactitud de estas observaciones, las aplicaremos a la división, que es un contrato que se reconoce textualmente por el legislador con eficacia retroactiva. En efecto, suponemos que un condómino, sin intervención de los demás copropietarios, venda en todo o en parte la cosa común o constituya un derecho real sobre ella. No podrá decirse que el negocio es nulo para los efectos traslativos, porque el enajenante es potencialmente propietario del todo, salvo el derecho de los demás, mientras que la enajenación de cosa ajena es nula, porque es hecha por el que no tiene ningún derecho actual ni potencial sobre ella ; la transferencia o el derecho real, pues, se hacen bajo la condición de que el objeto entre en la cuota del copropietario, dependiendo de la división la eficacia de la enajenación ; si la cosa se atribuye al enajenante, el acto es válido, pero se resuelve si se atribuye a un tercero ; de aquí que la división opera retroactivamente entre las partes y respecto a terceros, lo cual prueba que los efectos de los negocios declarativos toman la fecha del día de su conclusión, y ésta es su única característica, no sin oponibilidad a terceros desde la fecha regulada de distinta manera.

Si suponemos ahora que los condueños, habiendo administrado cada una de las partes, en vez de proceder a la valoración de gastos e ingresos, coinciden en fechar el acto con anterioridad, de modo que cada uno sea considerado propietario de la parte que administra, ¿será válida la antidata? Evidentemente, porque se permiten todas las cláusulas que no choquen con una prohibición expresa, o carezcan de causa o sea ésta ilícita o falsa, y porque si los contratantes pueden dar fecha anterior a un contrato destinado

a tener eficacia desde su conclusión, con mayor razón podrán hacerlo respecto al negocio que influye sobre sus relaciones aun antes de que éstas existan, no comprendiéndose, por tanto, el auxilio que pueda prestar el artículo 1.327 para sostener la naturaleza dispositiva del reconocimiento.

Eliminados los argumentos a que se había recurrido para demostrar la inadmisibilidad de mi tesis, demostraré ahora cómo no es persuasiva la afirmación de Liebman de que «razones de oportunidad y de equidad prohíben reconocer a las partes el poder dar vida a negocios con eficacia retroactiva oponibles a terceros y capaces de perjudicar derechos adquiridos con anterioridad».

Prescindiendo de que la posibilidad de los inconvenientes no autoriza admitir una solución con preferencia a la otra, parece claro que el reconocimiento o corresponde a la realidad de la relación de adveración o sirve para atribuir a uno de los sujetos una cosa que no le pertenece; en el primer caso no hay perjuicio para terceros, porque continúan los derechos concedidos por el que es reconocido como titular de la *res dubia* y caen los concedidos por el *non domino*; en el segundo, tanto los sujetos como sus causahabientes pueden sufrir la acción de simulación, por haberse transferido o constituido un derecho mediante la adveración, desvaneciéndose, por lo tanto, la posibilidad de los inconvenientes que señala Liebman.

Pero, a pesar de las razones de oportunidad, a que alude este escritor, hay también inconvenientes que se oponen a la admisión de su tesis, pues si la adveración es un acto de disposición, la parte, a quien se reconoce el derecho, debe considerarse como causahabiente de la otra, debiendo sufrir todas las cargas impuestas por ella y por los terceros, y publicar el negocio para asegurar su derecho contra ulteriores enajenaciones efectuadas antes de la transcripción, no teniendo el negocio el interés práctico que se le atribuye, puesto que las partes preferirían ir a un juicio para obtener una sentencia de retroactividad que les libra de las consecuencias apuntadas.

Si no bastaran estas razones, agregaremos que Ascarelli admite implícitamente una antítesis entre disposición y adveración, contraponiendo la adveración y la disposición, llegando a sostener que no hay reconocimiento cuando las partes no entienden advenir, sino

disponer, aun recurriendo a una especie de reconocimiento, que sería, en esta hipótesis, simulado.

Podríamos estar de acuerdo con Ascarelli, si se pudiera admitir una gradación entre los actos traslativos, considerando distinto el negocio que dispone, cuando se da la eventualidad prevista por las partes, y el que dispone desde su nacimiento; pero si se parte del principio más correcto de que un negocio es traslativo o constitutivo si tiende a modificar actual o potencialmente el estado de derecho entre las partes, parece evidente que se hable de eficacia declarativa respecto al negocio formado para advenir las relaciones jurídicas preexistentes y de eficacia constitutiva, respecto a aquel que, bajo la forma de reconocimiento, se dirija a originarlo, modificarlo o extinguirlo.

Con el fin de reforzar estas observaciones, notaremos que Ascarelli no sólo extiende al reconocimiento las normas dictadas para la transacción, sino que admite que una transacción inválida pueda convertirse en un reconocimiento eficaz, con lo que estoy de acuerdo; pero eso supone que los dos negocios deban tener idéntico carácter, porque en tanto puede hablarse de conversión en cuanto que las partes habiendo querido lo más (transacción), pueden haber querido también lo menos (reconocimiento), no en la hipótesis contraria o diversa, que siendo eficaz el negocio para advenir las relaciones jurídicas entre las partes se quiera conservarlo para darles origen, o querer establecer una gradación entre ellas, si se pretendiera deducir que siendo inválido el negocio *al minus* podría actuar eficazmente el *maius*.

Por consiguiente, si las consideraciones anteriores son exactas, los resultados de la investigación pueden formularse así: 1.º El negocio de adveración tiene siempre eficacia declarativa, ya en la forma de transacción, ya en la de reconocimiento. 2.º Respecto a la cosa o derecho que eventualmente se haya constituido o transmitido para ser sometido a la adveración, la transacción tiene eficacia dispositiva.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ.

De la Dirección general de los Registros y del Notariado.