

CAPITULO II

De la ley que debe regular la posesión y el derecho de retención

773. Concepto de la posesión.—**774.** De la ley que debe regular las acciones posesorias.—**775.** Sirven los mismos principios para los inmuebles que para los muebles.—**776.** La regla de que en cuestión de muebles la posesión constituye título debe ser aplicada aun á los extranjeros.—**777.** No obsta al ejercicio de la acción posesoria haber entablado juicio petitorio en el extranjero.—**778.** Concepto del derecho de retención.—**779.** Cómo está determinado y regulado dicho derecho por la ley de los diversos Estados.—**780.** La retención de un mueble debe regirse por la *lex rei sitæ*.—**781.** Cuestión respecto de los muebles.—**782.** Carácter del derecho de retención y regla general para determinar el principio de que debe depender.—**783.** Exclarecimiento de nuestra doctrina: observaciones acerca de la de Laurent.—**784.** Aplicación de la teoría al caso de retención de una cosa empeñada.—**785.** Retención en caso de accesión mobiliaria.—**786.** Retención de la cosa sustraída ó extraviada y adquirida por el poseedor.—**787.** Cuestión acerca de los títulos franceses al portador sustraídos ó comprados en la Bolsa.—**788.** Resumen de nuestra teoría.

773. La posesión puede considerarse bajo un doble aspecto:

1.º Como un hecho puro y simple y sin relación á la adquisición y al ejercicio de un derecho. Esta es la posesión natural que los romanos llamaron *nuda detentio, esse in possessione*.

2.º Como un hecho jurídico que, prescindiendo de todo derecho anterior, produce, no obstante, por sí mismo ciertas consecuencias legales. Esta es la posesión en sentido técnico ó posesión jurídica, que consiste en el acto de aquel que, mediante hechos sensibles ejercidos sobre un objeto exterior, manifiesta su intención de someter dicho objeto al ejercicio de un derecho por su parte.

Considerada desde este punto de vista la posesión produce importantes consecuencias jurídicas, sobre todo, cuando tiende á afirmar un derecho de propiedad ó un derecho real mediante la voluntad de retener la cosa *animo domini* y de tenerla bajo su dominio físico para adquirir así sobre ella, prescindiendo de todo derecho anterior, el derecho de propiedad ó un derecho real.

La posesión puede también considerarse como un hecho jurídico, mediante el cual se manifiesta y ejercita el dominio; pero entendida de esta manera, es más bien la manifestación y ejercicio del derecho preexistente de que se origina y constituye propiamente el *jus possidendi*.

En este capítulo nos ocupamos de la posesión como hecho jurídico existente por sí, y decimos que debe regirse, en general, por la ley del lugar en que la detención de la cosa se ha efectuado real y actualmente.

774. Resulta evidentemente que la posesión considerada como hecho jurídico realizado en las condiciones que la ley territorial determina y revestida de todos los requisitos exigidos por ésta, debe producir por sí misma todas las consecuencias jurídicas que á tal acto atribuye la citada ley.

De este principio se deduce que cualquier poseedor sea ciudadano ó extranjero, puede valerse de todos los medios jurídicos permitidos por la ley del lugar en que la cosa radica, bien para hacer desaparecer las causas que estorben su posesión y le hayan molestado en su goce, y conseguir que se le mantenga en la posesión pacífica, ó bien, si ha sido despojado de ella, para ser reintegrado en el estado anterior al atentado material y al despojo, y de esta manera recobrar la posesión perdida.

Se debe, por lo tanto, considerar como regla que el *jus possessionis* debe regularse por la *lex rei sitæ*, y que ésta debe regir también las acciones posesorias. No se puede, por otra parte, desconocer que es un principio de orden público el que establece que nadie puede ser molestado en la posesión de una cosa ó despojado de ella, siempre que la tenga bajo las condiciones requeridas por la ley, y mientras no se pruebe jurídicamente que su posesión es ilegítima. Esta cuestión, por lo que toca al fondo del derecho, esto es, si la posesión puede ó no considerarse como

manifestación y consecuencia de un derecho preexistente, puede resolverse de conformidad con la ley que haya de regir la adquisición del derecho de propiedad (de lo cual trataremos en seguida), pero siempre que se limite al hecho de la posesión deberá resolverse exclusivamente por la *lex rei sitæ*.

335. Debe aplicarse este principio, lo mismo cuando se trate de cosas inmuebles como de cosas muebles. La diversa naturaleza de las cosas no puede ser un motivo para someterlas en este concepto á distinto derecho, y no se podría invocar útilmente el adagio *movilia ossibus personæ inherant*, ni el principio que admite que los muebles deben regirse en todas partes por la ley personal del propietario; para concluir, que la teoría que hemos establecido relativamente á la posesión y á las acciones posesorias no debe aplicarse para decidir acerca de la autoridad de las leyes en caso de posesión de muebles pertenecientes á extranjeros. Ya hemos dicho anteriormente (1) que no se puede sostener que las cosas muebles puedan estar completamente excluidas de la acción de la ley del lugar donde se encuentren. Se puede solamente conceder que los muebles considerados como universalidad han de reputarse sujetos, por regla general, á la ley de la persona á que pertenecen, de la misma manera que los inmuebles considerados como universalidad deben estar sujetos, por regla general, á la *lex rei sitæ*; pero no puede sostenerse que todos y cada uno de los muebles que realmente se encuentren en una localidad dada, no deban también permanecer sujetos á la ley vigente en aquel punto. Esto se ha de admitir especialmente respecto de las disposiciones que tienen el carácter de leyes de orden público y de policía, y cuya autoridad como tales debe ser exclusiva en el territorio. Ahora bien; siendo de tal especie las que regulan la posesión y las acciones posesorias, claramente se deduce que no puede establecerse ninguna distinción en las cuestiones relativas á la posesión, ora versen sobre cosas muebles, ora sobre inmuebles pertenecientes á un ciudadano ó á un extranjero. La autoridad de la *lex rei sitæ*, en lo que toca á esta

(1) Véase la parte general. vol. 1.º, § 91.

cuestión, debe considerarse absoluta, exclusiva y sin limitación de ninguna clase (1).

336. Como consecuencia de tales principios, deberá decidirse en armonía con la *lex rei sitæ* cuáles sean las cosas y cuáles los derechos que pueden ser objeto de la acción posesoria, las cualidades que debe tener la posesión y el tiempo que ha de durar para dar lugar á la acción posesoria, y de aquí que, si en el país donde la cosa mueble perteneciente á un extranjero se encuentre actualmente, la ley sanciona la regla «en cuestión de muebles la posesión constituye título», atribuyendo al poseedor el derecho de oponerse en principio á la acción de reivindicación por parte del propietario, aduciendo el hecho de la posesión como único título para detener la acción de aquél, podrá invocarse útilmente la susodicha regla contra el extranjero propietario de la cosa mueble, y la ley personal del mismo en que la acción de reivindicación se funde, no podrá tener ninguna autoridad para modificar la ley territorial «en cuestión de muebles la posesión constituye título», ni aun en el caso en que el poseedor fuese también extranjero.

337. Debemos asimismo notar, que la teoría que exponemos debe tener aplicación aun en la hipótesis de que las acciones posesorias se ejerciten después de entablado el juicio petitorio ante el Tribunal extranjero competente para ello, sin que puedan constituir ningún obstáculo las disposiciones sancionadas por la ley territorial que prohíba entablar el juicio posesorio después de entablado el petitorio, porque las disposiciones que regulan el ejercicio de las acciones y la competencia de los Tribunales del Estado, no pueden tener aplicación en la hipótesis de que el juicio petitorio se haya promovido ante el Tribunal ex-

(2) Demangeat, *Sur Fœlix, Droit international privé*, tit. I. página 134, n.º 62; Laurent, *Droit civil intern.*, tomo VII, n.º 178, 226, 240 y siguientes; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, págs. 10 y siguientes; Durand, *Droit intern. privé*, pág. 410; Massé, *Droit commercial*, tomo I, n.º 551 y siguientes; Weiss, *Droit international privé*, págs. 767 y 768; Demolombe, *Titre préliminaire*, chapitre III, n.º 96; Aubry y Rau, tomo I, pág. 102, y Brocher, tomo I, página 48, n.º 117.

trajero, puesto que, aun en esta hipótesis, las disposiciones de la ley territorial reguladoras de la posesión y de las acciones posesorias deberán aplicarse sin tener en cuenta el juicio petitorio entablado en el extranjero, el cual no podrá producir ningún efecto sino cuando el derecho del propietario no haya sido reconocido por sentencia declarada ejecutiva y eficaz en el lugar donde se haya promovido y decidido con arreglo á la *lex rei sitae* la cuestión relativa á la posesión.

338. Pasemos ahora á tratar del derecho de retención.

El derecho de retención consiste en la facultad correspondiente al que tiene de hecho en su poder una cosa ajena—cuyos gastos de conservación ha tenido que sufragar para conservarla é impedir que perezca ó para aumentar su valor,—de retenerla (contra uno que tiene el derecho de obtener su restitución) hasta que se le reembolse de la cantidad que en tal concepto haya gastado. Este derecho se funda en los principios de la equidad natural, pero nosotros nos ocuparemos de él en cuanto se deriva de la ley que, sancionando estos principios, reconoce en el que retiene la cosa extraña el derecho de que se le mantenga en su posesión hasta que aquél á quien pertenece el derecho de obtener su entrega en calidad de propietario ó en virtud de una obligación, no le haya pagado el crédito, fundado en actos ejecutados por su parte, durante la posesión de la cosa, para conservarla y mejorarla. En efecto, á nosotros sólo nos incumbe tratar esta cuestión, únicamente desde el punto de vista de la ley que debe regular el derecho de retención legal, cuando esté fundado éste en una disposición expresa de la ley.

339. Conviene decir ante todo que en las legislaciones positivas se ha considerado y regulado de manera muy varia el derecho de retención. En algunas existe tan sólo un conjunto de disposiciones especiales relativas á esta institución, sucediendo así, por ejemplo, en la legislación prusiana, que contiene muchas disposiciones en cuanto á dicho asunto, en la sección segunda del tít. XX, parte 1.^a del Código, artículos 536 á 567. En otras, por el contrario, está reconocido este derecho en algunos casos, apreciado en las diversas partes de la legislación misma. Tal sucede en la legislación francesa, donde lo encontramos admitido

en el art. 867 del Código civil, que atribuye al coheredero obligado á la colación la facultad de retener la posesión del inmueble hasta el reembolso efectivo del gasto ocasionado para conservarlo y mejorarlo; el mismo derecho hallamos reconocido en los arts. 1.948 y 2.280 del Código civil, en el art. 577 del Código de comercio, amén de otros casos que los jurisconsultos consideran como aplicaciones especiales del derecho de retención. Por lo cual, considerando también muy en su lugar lo que escribe Laurent, á saber, que en la legislación francesa falta un conjunto de disposiciones positivas referentes al derecho de retención, es necesario reconocer, sin embargo, que la ley francesa consigna este derecho en diversas ocasiones (1).

En el Código civil austriaco, á diferencia de las otras legislaciones de origen germánico, no hallamos reconocido el derecho de retención en materia civil. En efecto, en las disposiciones que conciernen á la posesión, se ha dispuesto en el art. 334: «si al detentador de buena fe corresponde el derecho de retener la cosa sobre la que crea tener algún crédito, esto se determinará en el capítulo del derecho de prenda». Ahora bien: en este capítulo se excluye todo derecho de retención en virtud de la disposición del párrafo 471, que dice: «Ni aquel que ha recibido la cosa en prenda, ni cualquier otro detentador de la cosa ajena puede, una vez que haya cesado su derecho sobre ésta, retenerla por ninguna otra pretensión. Pero donde concurrieren los requisitos prevenidos en la Ley de procedimiento civil, si se tratase de cosa mueble, puede depositarla judicialmente, y si se trata de cosa inmueble, puede pedir su secuestro».

El Código italiano provee principalmente acerca del derecho de retención en el art. 706, que dispone lo siguiente: «La retención de los bienes por causa de mejoras hechas realmente en ellos y subsistentes pertenece únicamente al poseedor de buena fe cuando aquellas hayan sido demandadas en el curso del juicio de reivindicación y se haya presentado alguna prueba de la subsistencia de las mismas». Respecto de las cosas muebles

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. VII, § 407.

arrebatadas ó destrozadas en las cuales el legislador italiano concede en el art. 708 al propietario la facultad de querellarse contra aquél en cuyo poder se hallen, á condición de que la acción se ejercite en el término de dos años, está admitido el derecho de retención en el art. 709, que dispone que en el caso en que el poseedor actual de la cosa sustraída ó robada la haya comprado en una feria ó mercado ó en una venta pública ó de un negociante que la despache públicamente, puede defender su posesión contra el propietario, al cual podrá negar la restitución hasta que se le haya pagado la cantidad desembolsada para adquirirla.

El derecho de posesión del que posee de buena fe, sancionado por el art. 706 ya citado, tiene muchas aplicaciones en la legislación italiana, ora se trate de cosas muebles, ora de cosas inmuebles. Así puede aplicarse en el caso de accesión mobiliaria y en el de depósito, respecto del cual existe además una disposición especial consignada en el art. 1.863, que dice: «que el depositario puede retener el depósito hasta el pago íntegro de todo lo que se le debe á causa del depósito mismo». Omitimos hablar de otros casos.

780. Es, pues, evidente que el derecho de retención de una cosa inmueble debe regirse exclusivamente por la *lex rei sitæ*, pero como quiera que no puede nacer sino mediante un acto realizado con relación á la cosa misma al llegar el caso de admitirlo, da origen, por regla general, á un derecho que se opone á terceras personas que han adquirido derecho real sobre el inmueble, y así, en virtud del principio incontestable de que la cosa inmueble debe estar sujeta á la ley del lugar donde radique, y que ésta debe regular también toda relación entre el propietario y el poseedor de la cosa en relación á los terceros, es preciso admitir que todo debe depender de la *lex rei sitæ*.

781. Puede surgir la cuestión especialmente en lo que se refiere á las cosas muebles, porque pudiendo transportarse de un lugar á otro, y encontrarse, por lo tanto, bajo el imperio de diversas leyes, puede nacer en este concepto la cuestión de si el derecho de retención legal debe subordinarse á la ley del propietario, ó sea á la vigente en el lugar en donde se haya realiza-

do el hecho jurídico en el cual se funda el derecho de retención, ó si por el contrario debe depender de la ley del lugar donde la cosa mueble se encuentra real y actualmente en el momento en que su propietario ó el que tenga derecho á poseerla pida su restitución ó su depósito.

782. Los juriconsultos han discutido extensamente el carácter de la retención (1), si debe considerarse éste como un derecho real ó personal, esto es, si da origen á un *jus in re* ó á un derecho eficaz tan sólo entre el detentador y el propietario. Laurent niega al derecho de retención el carácter de derecho real, porque dice: «el carácter propio del derecho real es el de llevar consigo otro de persecución» (2). No nos incumbe discutir este punto; sólo diremos que es un derecho *sui generis* fundado en la simple tenencia y en el hecho jurídico realizado bajo el imperio de la ley que atribuye al detentador que haya adquirido en virtud de tal hecho, juntamente con la cosa, un crédito contra la misma, de no entregarla al que tenga el derecho de poseerla sin obtener el pago del referido crédito. Es necesario, pues, distinguir en esta relación tres elementos: 1.º la tenencia, esto es, el mero hecho de tener la cosa en su propio poder; 2.º el hecho jurídico conexo con la cosa misma, esto es, los gastos ocasionados para mejorarla ó conservarla, por ejemplo, ó la mano de obra por parte del artífice que haga aumentar de esta manera el valor de la materia transformada (3), ó el precio pagado para adquirir la posesión de la cosa; 3.º la ley, la cual en consideración á un principio de equidad ó á otras exigencias sociales reconoce al que ha llegado á ser acreedor en esta forma el poder retener la cosa

(1) Murlon, *Examen critique du commentaire de Troplong sur les privilèges*, II, p. 215; Mazelie, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, p. 31; Hemor, *Du droit de rétention*; Lacour, *De la nature et des effets du droit de rétention*; Rauter, *Du droit de rétention en la Revue étrangere*, 1841, VIII; Guarrocino, *El Derecho de retención*, págs. 162 y siguientes.

(2) Laurent, *Droit civ.*, t. XXIX, n.º 292.

(3) Este es el caso consignado en el art. 470 del Código civil italiano.

contra el que tenga algún interés sobre ella mientras no se le haya satisfecho su crédito.

Como quiera que el extremo esencial para la existencia de tal relación es la tenencia, dada ésta, que es el supuesto indispensable, entendemos que debe establecerse como regla general que la ley vigente en el lugar donde se realizó el hecho jurídico conexo con la cosa (en virtud del cual nace el derecho de retención), debe ser la que habrá de regular el derecho mismo.

783. Este principio tiene indudablemente la más exacta aplicación en el caso de retención de cosas inmuebles, porque respecto de ellas deben verificarse necesariamente tanto la tenencia como el hecho jurídico bajo el imperio de la misma ley. Por lo cual, aun en la hipótesis de que haya de considerarse la retención como un mero derecho personal (esto es, aplicable solamente en las relaciones que median entre el detentador y aquel que tiene derecho sobre la cosa), nuestra regla tendría siempre conveniente aplicación, porque se funda en el concepto de la autoridad de la ley sobre hechos jurídicos realizados en el territorio donde impera; encontrándose ésta en armonía con la teoría general que sostiene la autoridad de cada ley relativamente á los hechos jurídicos ocurridos bajo el imperio de la misma, y sin que sea necesario que entren en juego los intereses de terceras personas.

Sírvanos de ejemplo el derecho de retención consignado en el art. 867 del Código civil francés, que permite al coheredero obligado á la colación de un inmueble retener su posesión hasta el reintegro efectivo de los gastos hechos para mejorarlo. El derecho de retención en este caso no puede ejercitarse contra terceros, porque la colación se debe por el coheredero á su coheredero; y como oportunamente observa Laurent, todo pasa entre ellos; uno debe colacionar el inmueble, y el otro pagar la indemnización debida, sin que en esta doble relación intervengan terceras personas. Este derecho no es un privilegio, y sin embargo, dice Laurent, el estatuto es real, porque como observa este escritor, se trata de derechos hereditarios sobre inmuebles situados en Francia, y debe admitirse la aplicación de la ley francesa aun cuando los herederos sean extranjeros y su

ley no conceda en tales circunstancias el derecho de retención (1).

Creemos muy justa la conclusión de Laurent, pero no podemos seguirlo en el orden de ideas en que se funda para establecer su teoría. A juicio suyo, debe admitirse el derecho de retención, porque se trata de un inmueble, y porque los derechos hereditarios sobre inmuebles se rigen por la *lex rei sitæ*. A nosotros nos parece que debe realizarse el hecho jurídico bajo el imperio de la ley territorial, que concede tal derecho, y que este hecho jurídico es el que debe determinar la aplicación de las disposiciones de la misma independientemente de la existencia de otro principio. Sostenemos, por consiguiente, que aun en el sistema del Código civil italiano, que considera la sucesión de los extranjeros regida por las leyes de su patria, debe tener aplicación la disposición del art. 706 de nuestro Código civil, que atribuye al poseedor de buena fe el derecho de retener el inmueble á causa de las mejoras hechas en él, todavía subsistentes. Aun cuando no se encuentre una disposición parecida en la ley extranjera llamada á regular la sucesión, aquel que poseyendo un fundo en Italia lo haya mejorado, puede con razón pedir la aplicación de la ley italiana, que en consideración á las exigencias sociales y á los principios de equidad, regula en las relaciones entre el detentador del inmueble y el que tiene derecho sobre él, las consecuencias jurídicas de las mejoras realizadas y subsistentes.

Parécenos, pues, que la autoridad territorial de la ley puede estar fundada en motivos diversos de los que sirven de fundamento á Laurent, y en nuestro concepto puede justificarse todo atendiendo á que la ley que concede el derecho de retención en los casos especiales consignados en ella, haga esto por razones de orden general y de necesidades sociales; y como quiera que toda ley que se refiera á este punto debe tener autoridad exclusiva en el territorio respecto de todas las cosas que en él se encuentran y respecto á todos los hechos y relaciones jurídicas que

(1) Laurent, *Droit civil international*, tomo VII. § 407.