

nen todos el mismo favor; debía, por el contrario, establecer un lugar entre los créditos privilegiados según sus diferentes calidades. Por otra parte, la publicidad es indiferente en lo relativo al orden de los privilegios; la inscripción no añade nada al favor que se debe á un crédito; puede, pues, suceder que un privilegio inscripto al último esté preferido al que fué inscripto el primero. En principio lo mismo pasa cuando hay conflicto entre un acreedor privilegiado y un hipotecario, porque la cualidad del privilegio prevalece á una garantía hipotecaria que puede estar ligada indiferentemente á toda clase de crédito, por muy poco favorecido que sea.

283. ¿Los privilegios y las hipotecas son las únicas causas de legítimas preferencias? Si se atiende uno al texto de la ley la afirmativa no es muy dudosa. El art. 8 establece como regla general que los derechos de todos los acreedores son iguales; de ahí la consecuencia de que el precio de los bienes que les sirven de prenda se distribuye entre ellos por contribución. Esta regla recibe una excepción: «A menos, dice la ley, que existan entre los acreedores causas de legítima preferencia.» Los términos del art. 8 indican que se trata de una excepción á la regla que establece. Queda por definir esta excepción: esto es lo que hace el art. 9 (Código Civil, artículo 2094) diciendo que «las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas.» Siendo una excepción estas causas de preferencias legítimas son por esto mismo de estricta interpretación; no se pueden, pues, admitir otras causas de preferencia que las hipotecas y los privilegios. La interpretación restrictiva que damos á la ley está también fundada en razón. En efecto, los derechos de los acreedores en los bienes [de su deudor] son de interés general; el crédito y, por consiguiente, la riqueza pública dependen de ellos. Por esto es que la ley tiene cuidado de determinar y limitar las causas de preferencia; prescribe

también las condiciones de publicidad bajo las que ciertos créditos ó ciertos acreedores gozan de una preferencia para con la masa quirografaria; si hubiera otras causas de preferencia que las establecidas por la ley en el art. 9 (Código Civil, art. 2094) los terceros ya no podrían tratar con seguridad el objeto que el legislador tuvo al organizar la publicidad del régimen hipotecario no se alcanzaría. Luego en el espíritu de la ley las causas de preferencia son de la más estrecha interpretación.

Sin embargo, la cuestión está controvertida; se admiten generalmente dos causas de preferencia que no están mencionadas en el art. 9: el empeño y el derecho de retención. En realidad la primera se confunde con la segunda; no se trata de la prenda que da un privilegio al acreedor, por tanto, un derecho de preferencia, se trata de la anticresis, que no da ningún privilegio al acreedor; éste no tiene más que un derecho de retención; pero se pretende que puede oponer este derecho á los terceros. Este mismo derecho de retención existe también en otros casos, ya sea en virtud de la ley, ya en virtud de la doctrina de los autores. ¿Dará siempre al acreedor un derecho de preferencia contra los terceros; es decir, un derecho real? Lo que hemos dicho de la anticresis prejuzga nuestra opinión. En nuestro concepto el acreedor anticresista no puede oponer su derecho de retención más que al deudor; no puede prevalecerse de él contra los terceros (t. XXVIII, núms. 561-573). Nos queda por ver si el derecho de retención es un derecho real en los demás casos en que el Código Civil lo admite, y si se puede extender este derecho á casos no previstos por la ley.



Núm. 3. Del derecho de retención. (1)

I. ¿Qué cosa es el derecho de retención y cuáles son sus efectos?

284. El Código Civil no menciona, en términos generales, un derecho de retención, sólo da, en ciertos casos, al acreedor el derecho de retener la cosa que está obligado á devolver hasta que el deudor satisfaga sus obligaciones cuando éstas se relacionan á la cosa sujeta á la restitución. Nos parece que el silencio de la ley es demasiado significativo. ¿Si el legislador hubiera entendido hacer del derecho de retención un derecho general no lo hubiera dicho, como lo hizo, por ejemplo, con el derecho de resolución subentendido en los contratos sinalagmáticos? Debería haberlo dicho en la opinión que liga una preferencia al derecho de retención. En efecto, toda preferencia entre acreedores es una excepción á la regla (núm. 283) y legislador sólo puede consagrar las excepciones porque hacer una excepción á la regla es hacer la ley derogándola. Si, pues, los autores del Código hubieran querido restablecer un derecho general de retención lo hubieran dicho, y aun debieran haberlo hecho terminantemente. También debieran determinar las condiciones bajo las que el acreedor está admitido á oponer á los terceros su derecho de retención, porque este derecho conduce á una preferencia entre los acreedores; y está en el espíritu de la legislación nueva que los terceros estén informados de la existencia de los derechos reales que se les pueden oponer. También se debió decir quiénes son los terceros contra los que el acreedor puede prevalecerse de su derecho de retención; esta cuestión, tan importante como difícil, no la puede resolver el intérprete; la ley sólo puede sepa-

1 Hay muchas monografías en la materia:
 Cabrye, Del derecho de retención, París, 1860.
 Glassón, Del derecho de retención, Strasburgo, 1862.
 Gislain, De las mejoras y del derecho de retención. Namur.

rar á tales terceros, si há lugar, y admitir á tales otros. En fin, el legislador debió precisar los efectos del derecho de retención; son relativos á los terceros, luego también al interés general. ¿Se concibe que los autores del Código no se hayan trasladado á la doctrina en semejante materia? Esto es imposible porque el legislador no puede delegar á los intérpretes un poder que sólo él tiene la misión de ejercer. En realidad no lo ha hecho, guarda silencio acerca del derecho de retención. Nuestra conclusión es que este pretendido derecho de preferencia, considerado como regla general, no existe bajo el imperio del Código Civil.

285. Se ha buscado en el derecho romano un apoyo al derecho de retención. Lo cual es olvidar la ley de 30 Ventoso, año XII, que sin cesar se debe recordar á los intérpretes; abroga las leyes romanas en materias que son objeto del Código Civil; y el Código trata del derecho de retención, puesto que los concede en ciertos casos; lo que basta para que el derecho romano no pueda ser invocado; lo apartamos con un fin de *no há lugar*. Si establece el derecho de retención como un derecho general lo recusamos porque el Código no conoce derecho de retención con tal título. Si sólo admite el derecho de retención en ciertos casos lo apartamos también en los casos que el legislador moderno no lo ha reproducido; sólo la ley tiene el poder de fijar esta materia. Fuera hasta muy azaroso recurrir al derecho romano en los casos en que la ley antigua y la nueva ley consagran el derecho de retención, pues el derecho romano difiere del derecho moderno en lo relativo á los efectos de los contratos sinalagmáticos. No admite la condición resolutoria tácita que el Código Civil subentiende. El derecho romano difiere también de nuestro derecho en un punto esencial; descansa en la clandestinidad; no tiene ningún cuidado de los terceros, ignora hasta la idea del crédito; mientras que nuestro régimen hipotecario tiene por base la publicidad y

siempre prevee el interés de los terceros, que se confunde con el interés general. Autorizarse del derecho romano para completar el Código Civil en esta materia es hacer un singular anacronismo: es nada menos que retrogradar veinte siglos. (1)

286. En nuestro concepto hay que atenerse estrictamente á los textos del Código. Hablar de un derecho general de retención cuando el Código nada dice de este pretendido derecho es entrar en una vía abstracta, hasta ilegal, puesto que es entrometerse en el poder del legislador. De esto la incertidumbre extremada que reina en esta materia, lo que es inevitable, haciendo cada autor la ley que le conviene. No puede tratarse de un derecho de retención más que en el caso en que la ley lo concede. Diremos otro tanto de los efectos que produce el derecho de retención. ¿Cómo determinar los efectos de un derecho que el Código ignora? Esto es colocarse fuera de la ley, cuando la misión del intérprete es interpretarla. En cada caso que el Código Civil prevee se debe preguntar lo que es el derecho de retención que la ley consagra, cuáles son las condiciones requeridas para que exista, cuáles los efectos que la ley le da.

El art. 867 dice: "El coheredero que devuelve un inmueble en naturaleza puede *retener* la posesión hasta el reembolso efectivo de las sumas que le deben por expensas y mejoras." Esto es el derecho de retención bajo su forma más sencilla. Uno de los herederos debe devolver un inmueble que le fué dado; sus coherederos tienen que pagarle sus expensas que han mejorado la cosa; para asegurar al heredero donatario el reembolso de sus gastos la ley le permite retener la posesión del inmueble hasta que sus coherederos

1 Esto es lo que hace Rauber, Del derecho de retención [Revista de Legislación, 1839, X, p. 430; Revista Extranjera, 1841, VIII, p. 769; Revista de derecho francés y extranjero, 1844, I, p. 565]. Véase Revista de las revistas de derecho, t. III, p. 160; Battur, t. I, núm. 100. En sentido contrario, Cotelle, Privilegios é Hipotecas, núm. 49.

le hayan indemnizado. Este derecho concedido al heredero es una garantía; ¿es una garantía real un derecho que pueda oponer á los terceros? La cuestión no tiene sentido; la devolución sólo se debe por el coheredero á su coheredero (art. 857); no puede, pues, tratarse de terceros; todo pasa entre coherederos; uno devuelve el inmueble, los demás lo indemnizan de sus anticipos. ¿Hay en esto un derecho de preferencia? La cuestión, lo repetimos, no tiene sentido. El heredero acreedor de la indemnización no está en conflicto con nadie; el art. 867 lo supone; sólo hay en presencia un heredero y coherederos deudores. ¿Por qué la ley da la posesión al heredero acreedor de la indemnización? Es por una consideración de equidad, como lo hemos dicho en otro lugar (t. XI, núm. 19).

¿Qué sucede con las teorías de los autores en presencia de este derecho de retención? Cada autor tiene su sistema. En nuestro concepto el que más se acerca á la verdad es Larombière; liga el derecho de retención al principio sobre el que está fundado el derecho de resolución: (1) la existencia de obligaciones recíprocas entre las partes interesadas. ¿Pueden los herederos exigir que su coheredero donatario cumpla la obligación de devolución sin que ellos mismos cumplan la de indemnizarle por sus gastos? Hasta la teoría de Larombière no recibe aplicación directa en el caso del art. 867; no hay ninguna *convención* entre los coherederos; los principios de los contratos sinalagmáticos están, pues, fuera de causa.

287. El vendedor está obligado á entregar la cosa y el comprador debe pagarle el precio. Este es un contrato sinalagmático y obligaciones recíprocas. Si el vendedor entregara la cosa y el comprador no pagara el precio el ven-

1 Larombière, Teoría de las obligaciones, t. II, p. 468, núm. 37 del artículo 1186 [edición belga, t. I, p. 496].

dedor podría promover la resolución ó perseguir el pago del precio con privilegio. Sólo hay un medio sencilllo para resguardar sus intereses: es no entregar hasta que el comprador pague, lo que obligará á este á pagar para entrar en posesión de la cosa. En este sentido el art. 1612 dispone que el vendedor no está obligado á entregar la cosa si el comprador no paga el precio de ella. Esto no es una resolución de la venta, es una suspensión de los efectos que la venta produce. El derecho de retención está siempre fundado en la equidad. Conforme al derecho estricto el vendedor tendría que entregar, á reserva después de promover la resolución ó de exigir el pago del precio. La equidad indica una vía sencilla que el legislador consagra: ambas obligaciones correlativas se ejecutarán simultáneamente; el vendedor entregará la cosa y el comprador la pagará.

¿Tiene el derecho de retención del vendedor un carácter de realidad? Es seguro que en el texto no hay ningún rastro de derecho real. La ley supone que el comprador pide la entrega de la cosa; el vendedor puede oponerle una excepción: pagad la cosa y la tendréis. ¿En que se funda esta excepción? Únicamente en la equidad. No es seguramente en el derecho, pues conforme á derecho el comprador es propietario y puede reivindicar la cosa contra el vendedor, quien contestaría en vano que el comprador no le ha pagado el precio; esto no impide que sea propietario. Supongamos que el comprador enajene la cosa, como tiene el derecho de hacerlo. El tercer adquirente reivindica contra el vendedor; ¿podrá éste oponerle su derecho de retención? Nó, seguramente, pues el derecho de retención supone partes contratantes, teniendo cada cual una obligación correlativa de la de la otra parte; este derecho está fundado en la equidad, y el tercer adquirente no está obligado para con el primitivo vendedor, y éste invocaría en vano la equidad; el propietario contestaría que su derecho prevalece á la

equidad y que, además, ésta no está en causa; todo poder entre las partes contratantes no tiene ningún valor para con los terceros. (1)

Se objeta el texto del Código que, se dice, permite al vendedor oponer su derecho á los terceros acreedores. El comprador cae en quiebra civil ó mercantil; según el art. 1613 el vendedor no está obligado á la entrega aunque hubiera concedido un plazo; la ley da la razón: es que el vendedor estaría en este caso en inminente peligro de perder el precio; luego cuando los acreedores del comprador reclaman la entrega el vendedor puede oponerles su derecho de retención. (2) Contestaremos que la disposición del art. 1613 se explica sin que se tenga que inducir de ella que el derecho de retención es un derecho real. Mientras que el comprador no paga el precio su derecho de propiedad no puede estar resuelto, y la resolución retrotrae contra los terceros, puesto que el comprador está considerado como no haber sino nunca propietario; el vendedor conserva, pues, un derecho de propiedad condicional en la cosa; es en virtud de este derecho de propiedad como puede rechazar á los acreedores del comprador, no es en virtud de su derecho de retención. En otros términos: si el comprador cae en quiebra la ley misma resuelve la venta mientras que la cosa no ha sido entregada, porque no sería justo que el vendedor fuera desposeído de la cosa sin recibir su precio.

288. El art. 1673 concede el derecho de retención al comprador cuando la venta se hizo con pacto de rescate. El vendedor que usó de su derecho de resolución debe reembolsar el precio y las reposiciones necesarias y útiles; no puede entrar en posesión sino después de haber satisfecho todas estas obligaciones. ¿Es este derecho de retención un derecho real que el comprador puede oponer á los ter-

1 Martou, Comentario, t. I, p. 259, núm. 260.

2 Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 687, núm. 224.

ceros? Se supone que el vendedor hipotecó el inmueble; la hipoteca será válida si la venta está resuelta; el acreedor hipotecario persigue al comprador; ¿este puede oponerle su derecho de retención? Todos están acordes en el derecho del comprador; puede exigir que el acreedor satisfaga las obligaciones que el art. 1673 impone al vendedor. ¿Cuál es el motivo de decidir? Ahí está la verdadera dificultad. La venta con pacto de rescate es una venta hecha bajo condición resolutoria expresa, está resuelta cuando el vendedor usa del pacto. Pero el ejercicio del rescate está sometido á condiciones; la resolución es condicional en el sentido de que está subordinada al cumplimiento de las obligaciones que el art. 1673 impone al vendedor. Mientras que estas obligaciones no están cumplidas la resolución permanece suspensa; el adquirente es, pues, propietario condicional. Así es que el adquirente tiene más de un derecho de retención; es propietario y no puede ser despojado de su derecho de propiedad sino bajo la condición de que el precio le sea restituido y que se le indemnice de sus expensas. Si un acreedor hipotecario le persigue puede oponerle su derecho de propiedad, pues la hipoteca sólo es válida bajo la condición de que la propiedad esté resuelta; y sólo lo está mediante la restitución del precio y el reembolso de los gastos necesarios y útiles. Así, es el derecho de propiedad del comprador el que tiene en jaque al derecho del acreedor hipotecario, no es el simple derecho de retención. (1)

289. El art. 1749 concede á los arrendatarios el derecho de retención contra el adquirente que usa de su derecho de expulsarlos estipulado en el contrato; el arrendatario tiene derecho, en este caso, á una indemnización; no puede ser expulsado mientras que no le paga el deudor y, en su falta, el nuevo adquirente, los daños y perjuicios á que tiene de-

1 Martou, Comentario, t. I, p. 259, núm. 260. En sentido contrario Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 683, núm. 223.

recho. De que el arrendatario tiene derecho á oponer su derecho de retención al adquirente que es un tercero ¿debe inducirse que la retención es un derecho real? En el caso el adquirente no es un tercero. ¿Por qué tiene el arrendatario derecho á una indemnización y por qué el adquirente debe pagarle á falta del dador? Es porque en la teoría del Código el adquirente está subrogado á las obligaciones del dador, toma su lugar y, en consecuencia, no es tercero. No se puede decir, pues, que el derecho de retención del arrendatario es un derecho real que puede oponerse á cualquier tercero.

290. Nada decimos del derecho de retención que la ley concede al depositario hasta el entero pago de lo que se le debe por razón del depósito (art. 1948). Se trata de un derecho en un muelle y este derecho no es un derecho real. No se dirá que el depositario tiene un derecho real en la cosa, porque la ley le permite retener la cosa depositada para asegurarse del pago de las expensas necesarias que hizo en la cosa.

291. Es el derecho de retención del acreedor anticresista (art. 2087) el que suscitó los más vivos debates. Traducimos á lo dicho en el título *Del Empeño*. Se hace una objeción que se dice ser decisiva; es que el legislador mismo ha zanjado la dificultad. El art. 445 del nuevo Código de Comercio (ley de 18 de Abril de 1851) declara nula, relativamente á la masa, cuando ha sido hecha en los diez días que precedieron á esta época, toda hipoteca y todo derecho de anticresis ó de prenda constituidos en bienes del deudor por deudas anteriormente contraídas. La ley pone en la misma línea la anticresis y la hipoteca; esto implica que el acreedor anticresista puede oponer su derecho de retención á la masa; luego es un derecho real. Contestamos que la ley acerca de las garantías es una ley enteramente especial que no puede servir para interpretar el Código Civil. La

disposición del art. 445 es la reproducción de la ley francesa acerca de las quiebras, y en Francia la anticresis está generalmente considerada como un derecho real; sin embargo, la cuestión está controvertida y la controversia subsiste después del nuevo Código de Comercio. En Bélgica la opinión contraria es la que domina, y ha sido implícitamente consagrada por nuestra Ley Hipotecaria, que fué promulgada el mismo año que la ley sobre quiebras. Hay, pues, que apartar el Código de Comercio é interpretar el Código Civil por los principios generales de derecho; creemos haber demostrado que los principios no dejan mucha duda acerca de la naturaleza del derecho del anticresista.

292. ¿Cuál será nuestra conclusión? ¿Los textos que consagran el derecho de retención dan un derecho real á quien está autorizado á conservar la posesión de un inmueble hasta el pago de lo que le debe el propietario de la cosa? De todos los artículos que acabamos de estudiar sólo hay uno que permite al poseedor de un inmueble oponer su derecho de retención al tercero acreedor: es el art. 1613. La ley no dice que el vendedor puede oponer su derecho á cualquier tercero; luego no es un derecho real: dice sólo que el vendedor puede oponer su derecho á los acreedores del comprador caído en quiebra civil ó mercantil. Hemos dicho que la preferencia que la ley concede al vendedor en los acreedores del comprador se explica en derecho por la consideración de que el vendedor que no entregó la cosa al comprador permanece propietario en el sentido de que la venta puede ser resuelta, y cuando el comprador cae en quiebra todo pago se hace imposible. Aunque no se admitiera esta explicación, aunque se decidiera que el vendedor puede oponer su derecho de retención á los acreedores, no como vendedor y propietario sino en virtud del derecho de retención que la ley le concede, no se podría inducir de ello que el derecho de retención es un derecho real. El arren-

damiento puede también ser opuesto al adquirente y, sin embargo, el arrendamiento no da al arrendatario más que un derecho de crédito contra el dador. Los textos no deciden, pues, la dificultad y hay que volver á los principios. Y hay un principio que nadie contesta: es que los derechos reales que gravan un inmueble dan el derecho de persecución. ¿El derecho de retención da el de perseguir? Nó; esto es evidente, puesto que el derecho que la ley concede consiste precisamente en retener la cosa. Debiera, pues, decirse que el derecho de retención es un derecho real de naturaleza especial; pero ¿en qué se funda esta realidad imperfecta? ¿En los textos? No los hay. ¿En los principios? Se dice que el derecho de retención es una garantía y que para ser eficaz la garantía debe ser real. (1) Los intérpretes que razonan así deberían comenzar por probar que el legislador quiso dar una garantía completa á los que gozan del derecho de retención. Si lo hubiera querido les hubiera concedido un privilegio con el derecho de persecución. (1) Son los intérpretes los que suponen que la garantía debe ser completa y que concluyen de esto que debe ser real. Esto es olvidar su papel y emprender en los derechos del legislador. La ley sólo puede determinar la extensión de la garantía que sólo tiene el poder de conceder. Para unos da una preferencia para con los terceros, á los otros da una preferencia sólo para con los acreedores quirografarios; los hay, en fin, y son precisamente los detentores á quienes protege únicamente contra el propietario que reclama su cosa y que tiene obligaciones que cumplir hacia el poseedor relativamente á la cosa. ¿Con qué derecho los intérpretes extienden á los terceros una garantía que la ley ha limitado á las partes contratantes?

1 Valette, De los privilegios é hipotecas, p. 8, núm. 7. Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 663, núm. 215.

2 Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 495, núm. 1245.