

Es, se dice, que los legatarios no tienen más derecho que el de su autor; y si el deudor debe respetar el derecho de retención del acreedor debe pasar lo mismo con aquellos á quienes le transmiten derechos sobre la cosa que está gravada con el derecho de retención. (1) Sin duda si el derecho de retención gravara la cosa que el acreedor retiene los adquirentes y los acreedores hipotecarios posteriores no podrían ejercer sus derechos más que sobre la cosa así gravada y desmembrada. Pero si la cosa no está gravada, si sólo el deudor está obligado, si el acreedor no tiene más que un derecho parcial, es de evidencia que los adquirentes y los acreedores hipotecarios no tienen la obligación que ligaba á su autor. Se aplica, pues, de una manera falsa la máxima que no permite transmitir á otros más derechos de los que se tienen. Este principio es verdadero cuando se trata de derechos reales, no se le puede invocar contra los legatarios del que se ha obligado personalmente; las obligaciones pasan á los legatarios á título universal y no á título particular. Insistimos acerca de este punto que es esencial aunque elemental; en el título *Del Empeño* se contestó la objeción (t. XXVIII, núm. 570).

Por esto los textos no establecen la realidad del derecho de retención, y conforme á los principios este derecho es personal. (2)

II. ¿En qué caso existe el derecho de retención?

293. Las opiniones se han dividido en esta cuestión como en todo lo relativo al derecho de retención. Si se admite que el derecho de retención es real resulta al reten-

1 Durantón, t. XIX, p. 9, núm. 8. Meurlón, Repeticiones, t. III, p. 495, núm. 1244. Pont, Pequeños contratos, t. II, p. 711, núm. 1292.

2 Troplong, Del Empeño, núms. 442 y siguientes y 552 y siguientes. Troplong, De los Privilegios é Hipotecas, t. I, núms. 255 y siguientes. Larombière, Obligaciones, t. II, núm. 46 del art. 1186 (p. 500 de la edición belga, t. I). Compárese Bruselas, 13 de Marzo de 1861 (Pasicrisia, 1861, 2, 222).

tor un derecho de preferencia que no tiene todos los caracteres del privilegio, pero que, sin embargo, da al acreedor la preferencia sobre los terceros adquirentes y acreedores. En esta opinión nos parece de evidencia que el derecho de retención no existe sino en virtud de una disposición terminante de la ley. Esto resulta del principio consagrado por los arts. 2093 y 2094 (Ley Hipotecaria, arts. 8 y 9). La igualdad de los acreedores es la regla, la preferencia de que algunos gozan con relación á los demás es una excepción (núm. 283), y la ley limita la excepción á los privilegios é hipotecas.

Para substraerse al texto de los arts 2093 y 2094 se ha ensayado acogerse á los principios generales reclamando el beneficio del derecho común. ¿Cuál es este derecho común? Hé aquí el principio que se invoca. En los casos, dicen, en que existan dos obligaciones correlativas una de otra ninguno de los dos deudores puede ser obligado á ejecutar su compromiso si el otro no lo ha ejecutado ya ó si no ofrezca ejecutarlo el suyo. Esta argumentación desde luego supone que en todos los casos en que se reclame el derecho de retención existe una convención bilateral que engendra obligaciones correlativas á cargo de cada una de las partes contratantes. Y el derecho de retención tiene lugar en virtud de la ley en el caso en que no haya habido ninguna convención entre las partes (art. 867) y en caso en que sólo una de las partes esté obligada (art. 1948), y los autores la admiten en otros contratos unilaterales. La argumentación por su base es nula; para justificar un derecho general se necesita una razón general. Hay más. Aun suponiendo que hubiera dos obligaciones correlativas no se podría concluir que el derecho de retención es su consecuencia. Todo deudor está obligado á prestar lo que debe; no puede oponer á su acreedor que éste es deudor suyo, á menos que

P. de D. TOMO XXIX—47

se halle en el caso en que la ley permite la compensación. Es sólo por excepción como el deudor puede retener la cosa que debe restituir fundándose en una obligación que incumbe á su acreedor. Por lo que lejos de ser un derecho general la retención es un derecho excepcional, lo cual no permite al intérprete extenderlo fuera de los casos previstos por la ley. El pretendido principio general que se nos opone no es inadmisibles en los contratos sinalmáticos, aunque las obligaciones que resultan sean correlativas á tal punto que una sea condición de la otra. Lo que no impide que cada uno de los deudores deba cumplir con su obligación; todo lo que en principio hay derecho á hacer es forzar á la otra parte á cumplir con las suyas. No podría tampoco, conforme al rigor del derecho, pedir la resolución del contrato; si el Código Civil lo permite es por equidad. Lo que demuestra que la equidad, que también se invoca para justificar el derecho de retención, no da ningún derecho; se necesitaba una disposición terminante de la ley para subentender la condición resolutoria en los convenios bilaterales, y se necesitaría también una disposición de la ley para autorizar el derecho de retención, porque este derecho deroga igualmente el rigor de los principios por razones de equidad. Estas consideraciones se dirigen al legislador; el intérprete no puede oír la equidad, debe obedecer á las leyes y á los principios que emanen de ella. (1)

Se pretende que la ley hace con la equidad un principio general, puesto que en los términos del art. 1134 las convenciones se deben ejecutar de buena fe. (2) ¿Es que esta disposición autoriza al deudor á suspender la ejecución de su obligación hasta que el acreedor haya llenado la suya? Todo lo que quiere decir la ley es que en la legislación moderna no hay contratos de derecho estricto y contratos

1 Mourlón, Examen crítico, t. II, ps. 729 y siguientes, núm. 231.

2 Aubry y Rau, t. III, . p.115, nota 5, pfo. 256 bis (4.ª edición).

de buena fe; la buena fe se ha convertido en una regla general que se debe tener en cuenta en todas las convenciones. ¿Qué tiene esto de común con el derecho de retención? Lo que prueba que el art. 1134 es ajeno al debate es que hay casos en que la ley admite el derecho de retención sin que haya un contrato: tal es el art. 867, y vamos á decir que la doctrina lo admite en favor del poseedor de buena fe, también sin que haya convención. Se debe, pues, apartar la máxima formulada por el art. 1134. Esta es una de esas interpretaciones forzadas á las que los intérpretes recurren para hacer decir á la ley lo que no dice. Si este sistema de interpretación prevaleciera conduciría á la más absoluta arbitrariedad; cada intérprete sería un legislador, y habría tantos códigos como autores. Preguntamos si esto es el objeto de la codificación. El legislador quiso dar fin á la arbitrariedad y á la pretendida equidad de los parlamentos. ¿Sería para colocar la arbitrariedad y la equidad de la doctrina? Se va á ver á qué anarquía conduce esta falsa interpretación en nuestro debate: los autores no se entienden ni en el principio ni en su aplicación.

294. ¿En qué casos y bajo qué condiciones se puede admitir el derecho de retención? La cuestión es ya singular. En derecho no se trata de lo que puede hacer el juez sino de lo que debe hacer. Y ¿puede tratarse de lo que debe hacer cuando no hay ley? Tal es, sin embargo, la situación del juez cuando decide si hay ó no lugar al derecho de retención; puede admitirlo ó rechazarlo, sin que su decisión esté sometida á casación. De esta manera habría un derecho sin sanción en el sentido de que el juez lo puede despreciar impunemente y que también puede admitirlo de un modo arbitrario. Le es necesario, no obstante, un principio, puesto que está obligado á motivar sus decisiones. ¿Cuál es este principio?

Los que admiten el derecho de retención como regla ge-

neral dicen que se puede extender á todos los casos en que el detentor de la cosa se encuentre acreedor en razón de expensas necesarias ó útiles hechas sobre la cosa misma cuya restitución se le pide; hay en este caso *debitum cum re junctum*, como dicen en la escuela; lo que justifica el derecho de retención. Por aplicación de este principio se exigen tres condiciones para que haya lugar al derecho de retención. Desde luego, la posesión de la cosa ajena por un tercero. En segundo lugar, una obligación por parte del propietario para con el detentor; pero no basta toda especie de crédito para autorizar al detentor á retener la cosa, se necesita que el crédito se ligue á las relaciones que existen entre el posesor y el propietario; es decir, que sea correlativa á la obligación que tiene el detentor de restituir la cosa. El heredero donatario debe devolver á la sucesión la cosa dada; hizo en la cosa gastos en razón de los que tiene derecho á indemnización, lo que constituye una obligación á cargo de sus coherederos, obligación correlativa á la de la devolución. De aquí el derecho de retención en favor del heredero donatario. (1)

Esto no es bastante, dicen los Sres. Aubry y Rau, se necesita además que exista entre el posesor y el propietario un contrato ó un cuasicontrato. En su sistema esto es muy lógico. Fundan el derecho de retención sobre el art. 1134, lo que supone la existencia de un contrato ó, al menos, de un cuasicontrato. Pero el fundamento del sistema es poco sólido, puesto que la interpretación que se da al art. 1134 es forzada. En definitiva, se encuentra uno en la incertidumbre más absoluta en cuanto al principio y, por consiguiente, en cuanto á las condiciones del derecho de retención. Lo que es inevitable. El Código ignora el derecho de reten-

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. III, p. 115, nota 4, pfo. 256 bis. Debe agregarse Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 494, núm. 1241. Pont, Pequeños contratos, t. II, p. 709, núms. 1287 y 1288.

ción como derecho general; ¿es que los intérpretes tienen calidad para establecer un derecho y determinar las condiciones requeridas para su ejercicio? Siendo el principio cierto es claro que las consecuencias también lo son. Nos queda por exponer no la doctrina sino sus incertidumbres.

295. ¿Tiene el comodatario el derecho de retención? Consultemos la ley. Sí, dice el art. 1890, el que pide prestado está obligado á la conservación de la cosa, á todo gasto extraordinario necesario y urgente, estando el prestamista obligado á reembolsarlo. El art. 1891 agrega que cuando los defectos de la cosa prestada han causado algún perjuicio al que se sirve de ella el prestamista es responsable si los conocía y si no fué advertido por el que pidió prestado. Conforme al texto del Código la acción del que pide prestado es puramente personal.

No se dice una palabra de la que se pueda deducir que el que pide prestado goce de un derecho de retención que diera á su acción un carácter de realidad. Sin embargo, la mayoría de los autores le conceden este derecho. (1) ¿En qué se fundan? Se invoca la tradición; en nuestro concepto ésta atestigua contra los que buscan en ella un apoyo. Pothier, el guía habitual de los autores del Código, enseña que el depositario, así como el que pide prestado, tienen un derecho de retención; ¿qué ha hecho el legislador francés? Ha concedido la retención al depositario y no la dió al que pide prestado. El silencio de la ley es significativo. En efecto, la equidad, que representa tan gran papel en esta materia, arguye á favor del depositario y en contra del que pide prestado. El primero presta un servicio, y sería injusto que el depositante pudiera reclamar su cosa sin que el depositario tuviera una garantía para el reembolso de los gastos que el depósito ha necesitado; mientras que el que pide prestado recibe un servicio, y sería también injusto

1 Aubry y Rau, t. III, p. 115, nota 6, pfo. 256 bis y los autores que citan.

que pudiese retener la cosa y privar de ella al que lo ha gratificado, para transformar el préstamo en prenda. No se puede dar otra razón para justificar el derecho de retención más que el principio de las obligaciones correlativas y convencionales; pero este principio es la doctrina la que lo ha inventado, la ley no lo conoce. En todo caso la aplicación que se ha hecho no prueba en favor del principio de que se desprende. El contrato de préstamo, se dice, debe ser ejecutado de buena fe. Sin duda, ¿pero la buena fe, permite al donatario prevalecerse de su donación para causar un daño al donante? Si se trata de gastos necesarios tiene un privilegio. Si de un perjuicio causado por defectos de la cosa tiene la acción que nace del cuasidelito. ¿Por qué había de gozar de un derecho de preferencia? (1)

296. ¿Goza el mandatario del derecho de retención? En los términos del art. 1999 el mandante debe reembolsar al mandatario los anticipos y gastos que éste ha hecho para la ejecución del mandato y pagarle el salario cuando se ha convenido. ¿Tiene el mandatario derecho de retención para garantía de sus créditos? Igual pregunta para el agente de negocios que también tiene una acción contra el dueño, primero para que se indemnice de los compromisos personales que ha contraído y después por el reembolso de los gastos útiles y necesarios que ha hecho (art. 1375). La doctrina contesta sí y nó, y lo mismo pasa con la jurisprudencia. Hay quien distingue entre el mandatario y el gerente de negocios y quien dé al primero el derecho de retención que niega al segundo. Después se distinguen las diversas causas de créditos: el mandatario, dicen, tiene el derecho de retención para el cobro de sus anticipos desembolsados, no teniéndolo para el pago de su salario y honorarios. Si

1 Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 736, núm. 231.

consultamos la jurisprudencia aumenta la incertidumbre. Una misma corte da y niega el derecho de retención.

Se lee en una sentencia de la Corte de Bruselas: «Es de principio que todos los contratos, tanto sinalagmáticos como los que nacen de acciones directas y contrarias, como en el depósito, mandato y otros de esta naturaleza, que una de las partes no puede obligar á la otra á cumplir el contrato, á menos que ella lo haya cumplido por su parte.» Se pregunta á la Corte de Apelación qué artículo del Código Napoleón establece este principio? Lo que es de principio en una especie no lo es en otra. En 1817 la Corte de Bruselas consagró el derecho de retención como derecho general que aplica al mandatario. (1) En 1819 lo niega al mandatario administrador, por motivo de que no habiendo más que una clase de detención del inmueble para el propietario no puede invocar las disposiciones de las leyes sobre el derecho de retención en favor de los verdaderos poseedores, en razón de expensas y mejoras. (2) Hé aquí un nuevo principio en virtud del cual se debería decir que el depositario no tiene derecho de retención; ¡sin embargo, la ley se lo da! Estos pretendidos principios que se inventan para la necesidad de la causa sólo prueban una cosa: la ausencia de principio.

A la sentencia de la Corte de Bruselas, que hace de la retención un principio general, opondremos nosotros una sentencia de la Corte de Burdeos que niega este principio. No existe en nuestros códigos, dice, ninguna disposición legal que autorice á un acreedor á retener los bienes de su deudor hasta que sea pagado de lo que pretende que se le debe. El primer juez había concedido al mandatario el derecho de retención para sus anticipos sobre los objetos que se le confiaron. Por más que se recorran todos los artícu-

1 Bruselas, 13 de Noviembre de 1817 [Pasicrisia, 1817, p. 513].

2 Bruselas, 27 de Octubre de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 469).

los del Código en el título *Del Mandato*, dice la Corte, no se encontrará nada que establezca este privilegio exorbitante del derecho común, la retención de los bienes del deudor en provecho del acreedor. El Código dice que el mandatario debe ser reembolsado de sus anticipos, pero no dice más; deja, pues, al mandatario en los términos del derecho común en lo referente á las vías que debe seguir para hacerse pagar. (1) Hé aquí, en nuestro concepto, los verdaderos principios porque se fundan en textos. Sin embargo, la opinión contraria ha prevalecido en la doctrina y en la jurisprudencia. (2)

En la opinión general se reconocía el derecho de retención al abogado, á título de mandatario, con nuevas distinciones que hacemos constar sin eucargarnos de justificarlas, ya que los que las propusieron no se tomaron ese trabajo. Los abogados, se dice, pueden retener hasta el pago de su salario y desembolsos, los actos de procedimiento que son obra de ellos, pero no pueden retener los títulos y otros actos que se les hayan confiado. En cuanto á los actos y sentencias pronunciadas y regularizadas á sus costas pueden igualmente retenerlos hasta el pago de sus desembolsos relativos especialmente á estas piezas, pero no lo pueden por sus salarios. Sin embargo, les está permitido retenerlos para tazar y liquidar las costas que se les deban. (3)

297. Se admite también el derecho de retención en favor del obrero ó del fabricante á los que han sido confiadas materias primas para labrarlas ó cosas que componer; puede retener, se dice, los efectos manufacturados ó compuestos hasta el pago de su salario. (4) No hay una sola pala-

1 Burdeos, 14 de Enero de 1830 (Dalloz, en la palabra Mandato, núm. 261).

2 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 116, nota 7, pfo. 256 bis y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Mandato, número 259.

3 Véanse las autoridades citadas por Larombière, Obligaciones, t. II, artículo 1186, núm. 40, p. 498 de la edición belga, t. I.

4 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 116, nota 11, Debe agregarse Bruselas, 13 de Marzo de 1861 (Pasirisia, 1861, 2, 222).

bra en la ley de este pretendido derecho. Sin embargo, la ley se ocupa de los obreros; les da un privilegio para las obras de conservación (art. 2102, núm. 3, y Ley Hipotecaria, art. 20, 4.º). Así los intérpretes agregan á la ley, la corrigen; la ley niega un privilegio á los obreros que hacen trabajos de mejoras; quizá no haga bien, pero no pertenece á los jueces modificarla; la modifican, sin embargo, dando al obrero, bajo el nombre de *retención*, un derecho de preferencia que equivale á un privilegio y que es hasta más eficaz, puesto que el privilegio se pierde por la enajenación de la cosa gravada. Los tribunales no juzgan, pues, según la ley, la hacen. Que se juzgue de ello por la sentencia de la Corte de Rouen que vamos á analizar.

Se trataba de un fabricante que blanqueaba las telas que le entregaba un negociante. Este cayó en quiebra; acción del síndico para reclamar las telas que habían quedado en posesión del blanqueador. Este opuso su derecho de retención, que calificaba de empeño. El primer juez desechó la excepción por motivo de que no había privilegio más que aquellos que la ley establece Apelación. La Corte comienza por sentar en principio que las formalidades prescriptas por el art. 2074 para el empeño deben ser observadas en materia comercial. Pero, agrega, este principio general es susceptible de modificación, según las circunstancias y según los casos. ¡Hé aquí un singular principio! ¿Quién es juez de estas circunstancias? Los tribunales. Esto equivale á decir que los tribunales hacen el derecho á su autojo. La Corte decide después que el art. 2084 da implícitamente el privilegio de prenda al acreedor que reclama el salario de su mano de obra y que retiene como prenda la mercancía dada para manufacturarla. Esto conduce á crear un privilegio que la ley ignora y un privilegio que está sometido á las formalidades del art. 2074; de modo que los terceros se en-

contrarían primados con un privilegio sin que hayan gozado de las garantías que la ley quiso darles. La Corte concluye que un empeño semejante es válido tanto por *la naturaleza de las cosas* como por *el uso habitual del comercio*. ¡Así los privilegios se establecen por *la naturaleza de las cosas* y basta con un *uso de comercio* para consagrarlas! ¿Qué sucede en esta doctrina, si así puede llamarse, con el verdadero principio que gobierna los privilegios, á saber, que son de estricta interpretación y que, por tanto, no hay privilegio sin texto? ¡Cosa singular! Después de haber creado un privilegio que la ley ignora la Corte agrega que todo privilegio es un derecho exorbitante y que debe restringirse en límites justos y equitativos. ¿Quién marca estos límites? Siempre los tribunales; no puede ser la ley en el caso, puesto que ésta no conoce el privilegio de los trabajos de mejoras, *la naturaleza de las cosas*; es decir, el juez, crea el privilegio y por *la naturaleza de las cosas* lo limita. Después la Corte se pone á limitar dicho privilegio y acaba por concluir que el acreedor puede, en los casos así definidos, reclamar un privilegio como siendo válidamente en posesión por *la naturaleza de las cosas* y de *las circunstancias*. (1) Hé aquí lo que sucede en la jurisprudencia cuando se atreve á hacer la ley.

298. Aubry y Rau no admiten el derecho de retención donde no hay relaciones contractuales ó cuasicontractuales de un deudor con un acreedor. Este principio, que deducen del artículo 1134, es también arbitrario; hasta está en oposición con el texto de la ley, puesto que el Código concede un derecho de retención al heredero donatario contra sus coherederos aunque no exista ninguna liga de obligación entre ellos. Además, esta es una opinión aislada. Hay nuevas controversias y nuevas incertidumbres. Los terceros poseedores reconocidos por el propietario tienen derecho á una

1 Rouen, 9 de Junio de 1826 (Daloz, en la palabra Retención, núm. 18).

indemnización, cuando son de buena fe, por los plantíos y las construcciones que hicieron. Aun cuando son de mala fe el propietario tiene que indemnizarles si quiere conservar los trabajos. ¿Goza el poseedor del derecho de retención como garantía de su indemnización? En nuestra opinión la negativa es segura; el silencio de la ley basta para decidir la cuestión. Hay controversia en la opinión general; la mayor parte de los autores conceden la retención al poseedor de buena fe y se la niegan al de mala fe. (1) La distinción parece natural y moral; en realidad no tiene razón de ser. En efecto, ¿en qué caso y bajo qué condiciones el poseedor de mala fe puede reclamar una indemnización? El propietario puede pedir la supresión de las plantaciones y construcciones á cargo de quien las haya hecho; si prefiere conservarlas tiene que reembolsar al poseedor el valor de los materiales y el precio de la mano de obra, aunque los gastos excedieran del aumento de valor; lo que sucederá amenudo. La ley considera, pues, esta indemnización como muy legítima y parece hasta concederle mayor favor del que concede al poseedor de buena fe. Esto prueba que la mala fe y la moral están fuera de causa. La equidad está en favor del poseedor. Si la equidad basta para legitimar el derecho de retención se debe concederlo al poseedor vencido. Pero la ley no la da al poseedor, lo que basta para negársela. La posesión del propietario reivindicante es ya muy dura, puesto que tiene que pagar una indemnización por trabajos que quizá no hubiera hecho; obligarlo á indemnizar al poseedor antes de que pueda entrar en posesión sería amenudo ponerlo en la imposibilidad de ejercer su derecho ú obligarlo á contratar un préstamo. La ley debía dar protección al derecho de propiedad con preferencia al hecho de posesión. (2)

1 Véase Rauter, Del derecho de retención (Revista extranjera, 1841, página 782).

2 Compárese Tarrille, en el Repertorio de Merlin, en la palabra Privilegio de crédito, sec. IV, pfo. 5, núm. 11 (t. XXV, p. 202).