

299. La controversia es mayor aún y la incertidumbre más grande cuando se trata de los terceros detentores de un inmueble hipotecado. Pueden repetir sus gastos y mejoras contra los acreedores hipotecarios hasta la concurrencia del aumento de valor (art. 2175; Ley Hipotecaria, art. 103). ¿Tiene por esta parte un derecho de retención? Vamos á exponer los sistemas diversos que han sido sostenidos acerca de esta cuestión. Prueban hasta la evidencia que la doctrina se colocó fuera de la ley, lo que quiere decir que trató de hacerlo, pero lo hizo muy mal; uno de los sistemas destruye al otro y queda la duda sin solución posible, á menos que se admita, como lo creemos, que no hay derecho de retención ni ley que lo conceda.

En una primera opinión se dice que el tercero detentor tiene el derecho de retención. Y los motivos de equidad no fallan en su favor. Es un propietario que hace trabajos que tenía derecho de hacer; estos trabajos aumentan el valor del inmueble y el mayor valor aprovecha á los acreedores hipotecarios. ¿No es de justicia estricta que los acreedores le tengan cuenta de sus gastos con los que se enriquecen? El derecho á la indemnización no basta, es necesaria una garantía para el detentor y no hay otra más que la retención del inmueble. Es verdad que la ley no le da este derecho, pero ¿qué importa? ¿No es de principio que la retención pertenece de derecho pleno á todo detentor que ha conservado y mejorado el fundo que se le quiere quitar? (1) Aun otro privilegio; éste está evidentemente imaginado para la necesidad de la causa. ¿No sucede lo mismo con todo principio que los autores ponen avante? Cada cual tiene el suyo y rechaza el de los demás. Esto es la plena anarquía.

La segunda opinión niega á los terceros detentores la retención por la razón decisiva de que la ley no les concede este derecho. Pero por una inconcebible contradicción se

1 Tarrille [véase p. 339, nota 2] y Battur, t. III, núms. 491 á 507.

concede al detentor un privilegio, aunque para este privilegio se pueda decir lo que se dice de la retención: que no hay privilegio sin ley; ¿y dónde está la ley que dé un privilegio al tercero detentor? Lo que hace estas contradicciones más chocantes y, digámoslo, más desconsoladoras es que están enseñadas por un juriconsulto que se comparaba con nuestros grandes maestros y que su ciencia elevó al sitio de primer Presidente de la Corte de Casación de Francia. (1) ¿Qué ciencia la que profesa herejías que Troplong enseña con tal certeza que se creería que se trata de una verdad evidente! El es quien pronuncia esta palabra. Veamos cuál es esta evidencia. Pothier y Loyseau concedían al tercero detentor un privilegio en el inmueble que pierde. Y nada hace presumir que esta jurisprudencia haya sido abandonada por los autores del Código. ¿Qué lógica! ¿Nada hace presumir! Troplong olvida que hay una ley que abole el derecho antiguo en las materias que trata el Código. No hay, pues, nada que presumir; el legislador habla. No se le oye; y se enseña que es evidente que al conceder al tercero detentor una acción hasta concurrencia del aumento de valor, en el momento en que el inmueble va á ser vendido y el precio distribuido, la ley entendió conferirle el derecho de ejercer su repetición en el precio por preferencia á los acreedores hipotecarios. ¿Es evidente! Y esta pretendida evidencia no es ni siquiera una probabilidad. ¿La probabilidad contraria es la segura! ¿Y qué! Los autores del Código tenían á Pothier á la vista y no repiten lo que éste dice; guardan silencio acerca del privilegio [y este silencio se vuelve una prueba evidente de su intención de mantener el privilegio! ¿Se establecen los privilegios en la intención del legislador ó en los textos? ¿Y quién dice que tal haya sido la intención de los autores del Código? Se dice que es porque dan

1 Troplong sólo desarrolló (núm. 838) lo que Grenier (t. II, núm. 336) y Persil (Régimen hipotecario, art. 2175, núm. 6) habían enseñado.

al tercero detentor una indemnización *en el momento en que se vende el inmueble* y en que el precio se distribuye. Preguntamos: ¿en qué otro momento le hubieran dado este derecho? ¿Y es el momento en que un derecho toma nacimiento el que determina la naturaleza de este derecho? Troplong prevee la objeción que se le hará: el silencio de la ley. Contesta que la preferencia no necesitaba estar escrita en los textos porque es inherente al aumento de valor. ¡Así hay privilegios tácitos! ¡Esto es una herejía jurídica como no las hay! (1)

Nada decimos del tercer sistema propuesto por los editores de Zachariæ. Los mismos autores que brillan por su exactitud se vuelven fatalmente inconsecuentes queriendo conciliar lo que es inconciliable: un derecho de preferencia con el silencio de la ley, que no da al tercero detentor ni retención ni privilegio. Aubry y Rau lo confiesan, pero por un singular artificio llegan á dar al tercero detentor un derecho de preferencia que la ley le niega. Según ellos el tercero detentor goza, para con los acreedores hipotecarios, de una acción de *in rem verso* que puede ejercer en la orden por vía de abstracción; hasta puede insertar en el cuaderno de cargos una cláusula que impone al adjudicatario la obligación de pagarle directamente el monto del aumento de valor del inmueble. Queda por probar que el tercero detentor tiene estos derechos; no están fundados en nada y conducen, no obstante, á darle un derecho de retención y, por consiguiente, de preferencia, apesar de la ley que no admite otras causas de preferencia más que las hipotecas y los privilegios (núm. 284). (2)

300. El usufructuario que hace las grandes reparaciones

1 Sólo extractamos lo que Mourlón ha dicho con un gran poder lógico (Examen crítico, t. II, p. 741, núm. 232).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 452, nota 58, pfo. 287 y los autores que citan. Debe agregarse Larombière, t. II, art. 1186, núm. 44, p. 499 de la edición belga, t. I. Nosotros creemos inútil insistir en las contradicciones de este autor.

que la ley pone á cargo del nudo propietario (art. 605) tiene un recurso contra éste. Puede todavía repetir, al fin del usufructo, el capital de los cargos impuestos, así como el capital de las deudas que pagó á cargo del nudo propietario (arts. 609-612). ¿Goza por este punto de un derecho de retención? Nó, dicen unos, pues no hay relación contractual entre el usufructuario y el nudo propietario. Sí, dicen otros, porque este derecho está en los principios de la equidad, en los del derecho romano y en el espíritu del Código Civil. Proudhón, que profesa esta última opinión, es uno de nuestros mejores jurisconsultos; pero los mejores están condenados á extraviarse cuando abandonan la vía segura del texto y de los principios ciertos que de ella resultan. ¿Qué importa que la equidad esté en favor del usufructuario? ¿Hay que preguntar á Proudhón si un derecho que concede una preferencia á un acreedor sobre los demás se funda en la equidad? ¿Qué sucede entonces con el art. 2054? Los principios de derecho romano no tienen autoridad alguna en esta materia porque el Código no los ha reproducido; esto es historia antigua. En cuanto al espíritu del Código Civil es verdad que consagra el derecho de retención en casos que no son más favorables que aquel en que se hallan los herederos del usufructuario cuando su autor ha hecho gastos necesarios ó anticipos. ¿Pero será necesario enseñar á Proudhón que no es el intérprete quien juzga de las causas de preferencia, que el legislador sólo puede determinar el favor que merece tal crédito para con créditos menos favorecidos? Se va á ver en lo que se convierte el derecho cuando los intérpretes deciden conforme á consideraciones semejantes. Proudhón supone que el nudo propietario está pobre y fuera de estado de reembolsar luego los gastos hechos por el usufructuario; sería duro quitarle el goce de su cosa; la equidad pide que pueda volver en su patrimonio, á reserva de gravar especialmente el fundo en pago de la in-

demnización de que es deudor. ¿Qué quiere decir esto? Este gravamen sería una hipoteca ó un privilegio. ¿Y hay privilegios sin textos? Hay que proscribir de nuestra ciencia esta equidad parásita que viene á ocupar el lugar del derecho. Sin duda las leyes deben fundarse en la equidad, pero el legislador sólo es el que tiene esta misión.

301. Estando aislada quizá nuestra opinión tenemos que exponer la opinión generalmente admitida. Sabemos con certeza indefinida cuáles son los acreedores que gozan del derecho de retención. Queda por ver cómo la ejercen y contra quién. Se enseña que el derecho de retención es indivisible en el sentido de que puede ejercerse por la totalidad del crédito en cada parte de la cosa que forma su objeto. (1) Esto es poco más ó menos lo que dice de la hipoteca (artículo 2114; Ley Hipotecaria, art. 41). ¿En qué se funda uno para decidir que el derecho de retención es indivisible? No se trata de la indivisibilidad propiamente dicha de los artículos 1217 y 1218. La indivisión de la hipoteca es una garantía para el acreedor hipotecario. ¿Con qué derecho se extiende esta garantía á la retención? Se enlaza á la realidad del derecho que hiere á la cosa y la desmembra. Y los autores que establecen el principio de la indivisibilidad de la retención dicen que el detentor no tiene derecho real propiamente dicho. Desde luego no vemos la base para la indivisibilidad del derecho de retención.

Hé aquí una aplicación de la indivisibilidad, tan dudosa como el principio de que procede. Un obrero recibe un lote de mercancías para labrarlo ó componerlo; restituye parte de las mercancías sin que se le pague; puede retener las demás para garantía de lo que se le debe. Decimos que esto es dudoso. ¿En qué se funda el derecho de retención? En la posesión, en el sentido de que es la posesión retenida y con-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 118, pfo. 256 bis. Pont, Pequeños contratos, t. II, núm. 1291.

servada á título de garantía. ¿No debe concluirse de esto que el acreedor que renuncia á la posesión renuncia á su garantía? Esto es seguro cuando el acreedor abandona la posesión del inmueble en el que hizo gastos; lo mismo fuera si, en el caso, el obrero devolviera las mercancías al dueño. ¿Si entrega una parte no debe decirse que renuncia á una parte de su garantía? Pues se trata de cosa indivisible. Lo que lo prueba es que el obrero, en la opinión general, no puede prevalecerse del derecho de retención para lo que se le debe cuando recibe mercancías en virtud de una nueva convención. Si se le deben 1000 francos por la hechura de la primera parte de la mercancía y 1000 francos por la segunda no tendrá el derecho de retención más que por la última deuda; luego por la mitad de lo que se le debe. (1) Si el derecho de retención se divide en esta hipótesis también puede dividirse en la otra; se necesitaría una disposición de la ley para declararlo indivisible en toda hipótesis.

302. Hemos supuesto que en la opinión general el derecho de retención es un derecho real aunque destituido del derecho de promoción. A decir verdad no hay opinión general en esta materia. Unos dicen que la retención engendra un derecho real, otros tratan esta doctrina como de inexacta. En todas las opiniones este es un derecho de una naturaleza singular: real sin derecho de promoción ó no real y que, sin embargo, se puede oponer á los terceros. ¿Un derecho de naturaleza particular debería ser consagrado por la ley? Los que dicen que sólo es un derecho real enseñan que, sin embargo, se puede oponer á los terceros, según su fundamento y objeto, al menos en cierta manera. ¿Qué vaguedad en una ciencia que demanda la más exacta precisión! Si no es un derecho real ni personal ¿qué es entonces? En qué se funda para oponerla á los terceros y á quién se

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 119, nota 19. P. de D. TOMO XXIX—49

puede oponer? En materia de muebles, se dice, se puede oponer al comprador así como á los acreedores quirografarios ó privilegiados del propietario de la cosa, y esto aun en caso de quiebra. ¡De este modo un derecho que no es real, que no es un privilegio, prevalece á los privilegios! ¡Y sin otra razón que porque resulta de su *fundamento* y de su *objeto*! En materia de inmuebles, se dice, el derecho de retención se puede ejercer contra el adquirente y contra los acreedores hipotecarios posteriores. Produce, pues, los efectos de un derecho real sin ser un derecho real. ¿En qué se convierte en tan extraña doctrina la garantía de los terceros adquirentes y de los acreedores hipotecarios? Su derecho estará alterado, disminuido, sin que hayan podido conocer la existencia de la retención que se les opone. Los acreedores especialmente podrán, es verdad, perseguir la expropiación del inmueble, pero á condición de desinteresarse al pesador ó hacerle desinteresarse por el adjudicatario; lo que puede acarrear la pérdida de todo ó parte del crédito. Y, sin embargo, la ley los garantiza contra todo derecho anterior no inscripto. ¡Un derecho clandestino nulificará los derechos públicos! (1) Los efectos que se reconocen al derecho de retención son contradictorios como el derecho mismo; es un tejido de inconsecuencias.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 119 y notas 21 á 23, pfo. 256 bis.

CAPITULO II.

DE LOS PRIVILEGIOS.

SECCION I.—Nociones generales.

303. El art. 12 (Código Civil, art. 2095) define el privilegio en estos términos: «Es un derecho que la calidad del crédito da á un acreedor para ser preferido á los demás acreedores, aun hipotecarios.» Por esto el privilegio se refiere á las relaciones de los acreedores entre sí, supone que hay concurso de acreedores; lo cual sucede cuando el deudor quiebra civil ó mercantilmente; es decir, cuando sus bienes no bastan para pagar íntegramente todas sus deudas. En este caso el precio se distribuye entre ellos por contribución (núm. 280), á menos que haya entre los acreedores causa de preferencia (art. 8, Código Civil, art. 2093). Una de las causas de preferencia es el privilegio. Cuando el deudor es salvente no há lugar á fijar el orden de los diversos acreedores y el orden en que se les deba pagar; la materia de privilegios no tiene importancia, lo mismo que las hipotecas, sino en caso de insolvencia del deudor: la preferencia atribuida á ciertos acreedores les asegura en general su pago, mientras que los acreedores quirografarios pierden una parte de sus créditos. De aquí se sigue que la colocación de los acreedores y, por consecuencia, la cuestión de saber