

virtud de la equidad? Puede decirse que al pagar á los acreedores inscritos, ha libertado al inmueble de un derecho real, que por consiguiente ha prestado servicio al propietario, que se habría visto obligado á pagar á los acreedores hipotecarios si el poseedor no lo hubiese hecho. Esta es la consideración que Pothier hace valer. Pero el propietario no puede responder sino cuando el poseedor ha pagado sin ser perseguido, él ha hecho mal, porque los acreedores quizás se habrían dirigido al deudor principal; que habiendo pagado por el deudor, el poseedor debía hacerse reembolsar por éste. Hé aquí de nuevo la equidad en conflicto con la equidad. Los tribunales resolverán según las circunstancias; ellos gozan en esta materia de un poder discrecional (1).

Hay excepción á estos principios en los casos en que el propietario de una cosa mobiliaria robada ó perdida la reivindica contra el que la ha comprado en una feria ó en un mercado, ó en una venta pública, ó á un mercader que vende cosas similares; en estos diversos casos, el propietario originario no puede hacérsela devolver, dice el art. 2280, sino reembolsando al poseedor el precio que le ha costado. Esta disposición es una excepción que no puede extenderse á la reivindicación de los inmuebles, porque la reivindicación de los objetos mobiliarios está regida por principios especiales fundados en el interés del comercio; estos principios son, por eso mismo, extraños á los inmuebles.

180. El poseedor consiente arrendamientos antes de la reivindicación. Se pregunta si el propietario debe respetarlos. Se ha fallado, y con razón, que el poseedor no tiene ningún derecho para dar los bienes en arrendamiento (2). No es que se necesite ser propietario para consentir arrendamientos, pero al menos se necesita tener un derecho

1 Pothier, *De la propiedad*, núm. 343, y la nota de Buguet.  
2 Bruselas, 14 de Marzo de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 190).

cualquiera sobre la cosa; el que carece de todo derecho no puede ciertamente dar la cosa en arrendamiento. Ahora bien, cuando se admite la reivindicación, por eso mismo está probado que el poseedor jamás ha tenido derecho sobre la cosa. El ha poseído, es cierto, pero la posesión no es más que un hecho, y un hecho no da más derechos que los que la ley le atribuye. Luego se necesitaría un texto para conceder al poseedor el derecho de consentir arrendamientos que obliguen al propietario. El silencio de la ley decide la cuestión.

181. Queda una última dificultad sobre esta materia demasiado descuidada por los autores del código civil. El poseedor ha hecho mejoras ó construcciones; tiene derecho á una indemnización por este capítulo contra el propietario: ¿goza del derecho de retención como garantía de su recurso? En derecho romano, se decidía que el propietario no podía, en este caso, obligar al poseedor á que le abandonase la cosa, si previamente no había reembolsado las sumas que le debía (1). Las ordenanzas de los reyes de Francia consagraban formalmente ese derecho de retención. Había un riesgo para el propietario, y era que el poseedor difiriese con intención la liquidación de la indemnización para prolongar su posesión; la ordenanza de 1667 (art. 9) permite que el juez imponga un plazo, el cual transcurrido, el propietario podía ser puesto en posesión de su heredad, dando caución de pagar las indemnizaciones (2). ¿Este derecho de retención existe todavía bajo el imperio del código?

La cuestión es debatida y dudosa. Así es que las opiniones están divididas. Hay autores que no admiten el derecho de retención fuera de los casos expresamente previstos por la ley, y que por consiguiente, lo rehusan al poseedor.

1 L. 33, D., *de rei vindic* (V1 1).

2 Pothier, *De la propiedad*, número 343, y la nota de Buguet.



Otros lo conceden al poseedor sin distinguir entre el poseedor de buena fe y el de mala. Hay algunos que hacen esta distinción. En seguida vienen las opiniones intermedias que nosotros encontraremos al discutir la cuestión. La misma dificultad se presenta en otros casos. Nuestros mejores autores tratan la materia en el título de las *Hipotecas*, y nosotros haremos lo mismo. Por el momento, nos limitamos á establecer el principio general y á aplicarlo al poseedor.

A nuestro juicio, el derecho de retención no existe sino en los casos expresamente previstos por la ley. Este principio dimana de la naturaleza misma del derecho de retención. Esta es una garantía para el poseedor; ¿contra quién puede invocarla? Acerca de este punto hay nuevas controversias; hacemos á un lado la opinión extrema que hace de la retención un derecho real y la liga al derecho de persecución. Basta con atenerse á las consecuencias que la doctrina y la jurisprudencia derivan generalmente del derecho de retención para convencerse de que es una especie de privilegio, en el sentido de que el poseedor puede oponer la garantía que de él resulta para los terceros, por lo menos en cierta medida. Así es que se enseña que el poseedor puede prevalerse de su derecho de retención contra el adquirente y contra los acreedores hipotecarios posteriores. agrégase que los demás acreedores podrán en verdad apoderarse del inmueble y mandarlo vender; pero como el derecho de retención subsiste, se verán obligados á consentir en el pago del crédito del poseedor por vía de pago provisional sobre el precio de adjudicación (1). Luego el derecho de retención, á pesar de que no es un privilegio, tiene efectos más considerables que el privilegio, supuesto que

1 Esta es la opinión de Aubry y Rau, (tomo 2º, p. 119); volveremos á tratar esto en el título de las *Hipotecas*.

predomina hasta sobre los acreedores privilegiados. Esto decide la cuestión. No hay privilegio, por restringido que se le suponga, sin ley, porque ésta sólo tiene el poder de otorgar á ciertos acreedores una preferencia sobre otros. Por la misma razón, no se pueden invocar los artículos del código que conceden el derecho de retención (arts. 867, 1612, 1613, 1673, 1748, y 1949); porque es de principio que las causas de preferencia establecidas por la ley son de estricta interpretación; ni siquiera se puede extenderlas por vía de analogía, porque eso sería crear privilegios, y el legislador es el único que tiene ese derecho. Nosotros veremos que en los diversos casos en que el código establece el derecho de retención, razones enteramente especiales, á veces enteramente personales al acreedor, legitiman esta preferencia. Al legislador corresponde ver si hay motivos suficientes que la justifiquen. No pretendemos que el poseedor, sobre todo, el de buena fe, no mereciese este favor, pero no habiéndoselo otorgado el legislador cuando á la vista tenía las antiguas ordenanzas que lo consagraban, hay que inferir que se le ha rehusado.

La jurisprudencia admite el derecho de retención para el poseedor de buena fe, y no la concede para el de mala fe. Esta distinción puede ser equitativa ¿pero la equidad es suficiente para dar ó rehusar una garantía á un solo y un mismo crédito, que tiene también su fundamento en la equidad, aun cuando el poseedor sea de mala fe? Nada tan débil como los motivos que se toman de las sentencias. Se lee, y no sin asombro, en una sentencia de la corte de casación de Francia «que la ley concede el derecho de retener hasta el cabal reembolso de las mejoras, al tercer poseedor despojado jurídicamente, cuya buena fe se presume únicamente hasta prueba en contrario» (1). Si se preguntara á la

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 279).



corte en dónde está la *ley* que concede ese derecho al poseedor de buena fe y que la rehusa al de mala fe ¿qué contestaría? La corte de Montpellier se conforma con decir que el derecho de retención está en armonía con el espíritu de la legislación civil, y cita los artículos que la aceptan, agregando en seguida que esto es de la doctrina y de jurisprudencia (1). ¿Acaso el espíritu de la ley puede crear un privilegio? ¿acaso los autores y los tribunales tienen derecho á establecer privilegios, es decir, á hacer la ley? La corte de Rouen apela á la equidad, la cual nos dicta que nadie puede enriquecerse á expensas de otro (2); sin embargo, ella limita el derecho de retención al poseedor de buena fe, por más que el derecho de todo poseedor, aun cuando fuese de mala fe, se funda precisamente en ese principio de equidad: ¿no es ésta una prueba bien evidente de que el legislador solo, que da un derecho igual al poseedor de mala fe y al de buena fe, habría podido conceder á éste una garantía y rehusársela al otro? La corte de Bastia contesta que, fuera de los casos en que la ley concede expresamente ese derecho, la condición esencial de su ejercicio consiste en la buena fe del poseedor. Y ¿cuál es la razón? Que el poseedor de mala fe debe restituir los frutos y que no debe prescribir (3). Y ¿qué tienen de común los frutos y la prescripción con el derecho de retención? La corte de Grenoble decide que este derecho no pertenece más que al detentador que tiene un justo título: esto equivale á decidir la cuestión por la cuestión. Ella llama á ese derecho un *privilegio*: y ¿acaso un privilegio se crea por vía de razonamiento (4)?

Los autores han puesto en esto mayor rigor, pero su doc-

1 Montpellier, 25 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1852, 2, 52).

2 Rouen, 18 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 2, 100).

3 Bastia, 9 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 2, 262).

4 Grenoble, 10 de Julio de 1860 (Daloz, 1862, 2, 41). Compárense las sentencias más antiguas citadas en Daloz, en la palabra *propiedad*, núm. 435.

trina es igualmente arbitraria. Demolombe exige dos condiciones para que haya lugar al derecho de retención: en primer lugar, la reciprocidad de dos obligaciones relativas á una misma cosa, y en seguida un origen común y una misma causa de donde igualmente deriven esas dos obligaciones. El reconoce que esta última condición falta al poseedor; no obstante le concede el derecho de retención, aun cuando sea de mala fe; y concluye por referirse al poder discrecional del juez. Nosotros preguntaremos ¿si un derecho que depende del poder discrecional del juez es un derecho? Y ¿por qué el juez tiene ese poder exorbitante que es enteramente contrario al espíritu de nuestra legislación civil? Porque dicen, «este poder pertenece, en general, á los magistrados, en todo lo que concierne al reglamento de las medidas provisionales y conservatorias.»

Aubry y Rau tienen otro principio: ellos exigen que la detención del poseedor se relacione con una convención, ó á lo sumo con un cuasi-contrato, y que la deuda conexas á la cosa retenida, haya tomado origen con motivo de dicha convención ó de dicho cuasi-contrato. Nada mejor que esto. Pero ¿cuál es el fundamento de dicho principio? ¿no se necesita un texto para restringir así el derecho de retención? Porque, en virtud de su principio, esos excelentes juriscultores deciden como si su principio fuese una ley; ellos conceden ó rehusan el derecho de retención, y cuando lo conceden les acontece darlo por los beneficios necesarios y rehusarlo por los útiles. ¿No es esto lo arbitrario pleno? Nosotros les pedimos un texto, y ellos citan el art. 1134, que dice que las convenciones deben ejecutarse de buena fe. Los autores del código civil se habrían asombrado mucho si se les hubiese hecho saber que al formular un principio de equidad, fundaban un privilegio. Nosotros comprendemos



el privilegio, pero pedimos que esté normado por la ley. Aubry y Rau se constituyen en legisladores. Ellos deciden, por aplicación de su principio, que el poseedor no tiene derecho de retención; en seguida imaginan un medio que permite al juez concederle indirectamente lo que el principio no permite que se le dé directamente: si el propietario, dicen ellos, no presenta garantías suficientes de solvencia, el juez puede subordinar la ejecución de la sentencia de abandono al pago de las sumas que fuesen debidas al poseedor (1). Las dos opiniones que acabamos de exponer vienen á ser lo mismo que refutar la de Demolombe: el poseedor tiene el derecho de retención, pero el juez puede quitárselo; la de Aubry y Rau: el poseedor no tiene el derecho de retención, pero el juez puede dárselo. ¡Siempre el poder discrecional del juez! Nosotros no admitimos ese poder sino cuando la ley lo consagra.

---

1 Aubry y Rau, tomo 3º, p. 45; nota 5, p. 118, nota 18.

### CAPITULO III.

#### DEL DERECHO DE ACCESION.

#### SECCION I.—Principios generales.

##### § I.—¿QUÉ ES LA ACCESION?

182. El art. 546 dice: «La propiedad de una cosa, sea mobiliaria, sea inmobiliaria, da derecho sobre todo lo que ella produce, y sobre lo que á ella se une accesoriamente, sea naturalmente, sea artificialmente. Este derecho se llama *derecho de accesión*.» En el libro III (art. 712), la accesión está clasificada entre los modos de adquirir la propiedad. Se ha criticado esta doctrina. Por más que la cuestión sea de pura teoría, hay que detenernos en ella un instante, porque importa tener ideas netas y precisas en todo. La accesión reposa en el principio de que la propiedad de la cosa que se llama principal, implica la propiedad de la cosa llamada accesoría, porque ésta es una dependencia de la primera. ¿Esto es exacto? En tanto que los frutos estén pendientes de ramas ó de raíces, forman un cuerpo con el suelo, hasta el punto de que la ley los considera como inmuebles por su naturaleza;