

o a industrias i carreras que requieran conocimientos particulares.

He pedido la conservacion i fomento de la lengua i Literatura latina a nombre de la educacion intelectual i a nombre de la ciencia; permítaseme que termine este Discurso reclamando tambien a nombre de la religion del Estado la enseñanza de una lengua inmutable como sus dogmas, fecunda como su enseñanza, profunda como sus misterios, bella como su culto, misteriosa i espresiva como sus ritos; de la lengua en que hablan con la Divinidad sus Ministros, en la que escriben sus Doctores e instruyen sus Pontífices; de la lengua que mas aborrecen sus enemigos, de la lengua a que la Iglesia ha confiado los archivos de sus tradiciones, la gloria de sus héroes, la historia de sus combates i de sus victorias.

JURISPRUDENCIA. Sobre el derecho de retencion.—Memoria de prueba de don Moisés del Fierro en su exámen para optar el grado de Licenciado en Leyes, leída el 19 de diciembre de 1862.

Señores:

La Memoria que tengo el honor de leeros, en cumplimiento del art. 13 del Reglamento de grados universitarios, versa sobre el *derecho de retencion*. He adoptado este tema, porque el derecho de retencion es de una aplicacion tan variada como frecuente en las relaciones de acreedor a deudor i en las de acreedores entre sí; i porque, acerca de su naturaleza i efectos, están en desacuerdo hasta los mejores tratadistas. Para la claridad en la esposicion, la he dividido en nueve partes, agregando al fin un resumen: 1.^a Oríjen i fundamento; 2.^a Definicion i efectos; 3.^a Es un derecho *real*; 4.^a No existe *por regla jeneral*; 5.^a El retenedor puede perseguir la venta de la cosa retenida; 6.^a Se estingue con la detencion; 7.^a Co-existe con el embargo i la cesion de bienes; 8.^a Comparacion de él con la prenda; i 9.^a Breves consideraciones sobre materias comerciales.—

I.

ORÍJEN I FUNDAMENTO.

El Derecho romano, que sirve de base a las legislaciones modernas de los países civilizados, es el oríjen del derecho de retencion; el Derecho natural, que tiene en éstas una parte no ménos importante, es su fundamento.

Para demostrarlo, examinemos cuál era, segun la lei de las Doce Tablas la condicion del poseedor de una cosa ajena sobre la que habia hecho gastos de conservacion o de mejoras, cuando se le demandaba ya por una accion real, ya por una personal. En el primer caso, el juez, no pudiendo

desviarse un punto de las reglas del derecho estricto, una vez que el reivindicador probaba que la cosa era suya, tenia que condenar precisamente al poseedor a la restitucion pura i simple de la cosa, sin tomar en cuenta para nada la equidad natural. Restituida la cosa al dominio del reivindicador ¿qué accion podia intentar el poseedor evicto? Ninguna. No la de *mandati*, porque habia obrado sin conocimiento del dueño; no la *negotiorum gestorum*, porque su intencion habia sido hacer los gastos en negocio propio i no ajeno; i es regla jeneral que los actos de una persona no producen mayor efecto que el que tiene intencion que produzcan aquel que los ejecuta; no la *in factum*, porque ningun hecho habia intervenido por parte del propietario; no la de *ligno juncto*, porque solo se da contra aquel que unió *el mismo* los materiales ajenos a sus casas. El poseedor no podia, pues, ni por via de accion, ni de exepcion, obtener el reembolso de los gastos que habia hecho en conservar o mejorar la cosa.

Esta irregularidad no podia ser largo tiempo tolerada; i el derecho pretorio, con el fin de mitigar el rigor de la lei de las Doce Tablas, introdujo en el Derecho civil la escepcion de *dolo malo* o de *retencion*, que permitia al juez combinar el derecho estricto con la equidad natural. Así, pues, si el reivindicador reclamando la restitucion pura i simple de la cosa, no violaba aquel, faltaba a ésta, que no permite que *nadie se enriquezca a costa de otro*. Entonces el juez podia negarse a la restitucion solicitada por el reivindicador, mientras no pagase al poseedor las espensas de conservacion o de mejoras.

En el segundo caso, esto es, tratándose de una accion personal, el poseedor que era condenado a la restitucion pura i simple de la cosa, podia alcanzar el reembolso de sus espensas por una accion *contraria*, que derivaba su fundamento del contrato o cuasicontrato en virtud del cual habia ido la cosa a su poder. No obstante, la exepcion de retencion tenia tambien su utilidad en este caso, si bien menor que en el precedente. El poseedor, que se escudaba con ella contra la entrega pura i simple solicitada por el demandante, conseguia mas *pronto* que por via de accion el reembolso de sus espensas. Esta indemnizacion previa, como condicion indispensable para entrar en la posesion de su cosa, estimulaba al reivindicador a no diferir el pago de lo que debia con ocasion de ella. Agrégase a esta ventaja la de que, ventilándose en un solo juicio la pretension del demandante contra el poseedor i la de éste contra aquel, se realizaba una no insignificante *economía de gastos*.

De lo espuesto resulta: que la exepcion de *doli mali*, llamada tambien *jus retentionis*, tuvo por objeto primitivamente suplir a un defecto de accion, en unos casos; verificar economías de tiempo i gastos, en otros; que su orijen es tan antiguo como el Derecho romano, de donde trae su existencia; i que su fundamento es tan sólido como incontrovertible el principio de

Derecho natural sobre que reposa, *nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro.* (1)

II.

EN QUÉ CONSISTE I CUÁLES SON SUS EFECTOS.

Es de sentir que el derecho de retencion, consagrado explícitamente en numerosos casos de nuestro Código civil; jenerador de relaciones legales tan complicadas, como son variadas i trascendentales sus aplicaciones; de un rol importantísimo en diversas situaciones legales definidas o reglamentadas por el mismo Código hasta en sus menores detalles; no haya sido definido en éste, ni se le hayan señalado con precision i claridad sus efectos.

Sin embargo, si se recorren los diversos casos en que se halla espresamente consignado i se examinan con atencion, se verá que, considerado en sí mismo, es: “la facultad que tiene el detenedor de una cosa que pertenece a otro para conservar su posesion o detencion, hasta el pago de lo que se le debe *civilmente* con ocasion de la misma cosa.”

Si se considera en su objeto, es: “un medio puesto a la disposicion del detenedor de la cosa de otro, para estimular al propietario a cumplir las obligaciones que ha contraido con ocasion de la cosa que reclama, i por consiguiente, para obtener por este medio una satisfaccion mas pronta i mas económica que la que se obtendria por via de accion.” (2)

Pero, ¿son éstos todos sus efectos? ¿No es tambien un derecho *real*, dado para seguridad del acreedor? ¿o es solo una escepcion personal, contra la mala fe del deudor? Esta i otras cuestiones se tratarán por su órden.

III.

ES UN DERECHO REAL.

Esta cuestion, la mas importante de todas i la mas fecunda en resultados prácticos, ha dado márjen a mui serias i largas discusiones i servido de blanco a opiniones diametralmente opuestas. Algunos jurisconsultos franceses han visto en la retencion solo una escepcion de acreedor a deudor, es decir, una *excepcion personal*; otros, con mejores razones, han sostenido que es un derecho *real*, oponible tanto al deudor como a terceros. En nuestro foro se nota la misma diversidad de opiniones, la misma indecision; no hai sobre este punto jurisprudencia a que atenerse. Por mi parte, no vacilo en afirmar que es un derecho esencialmente *real*, como el de dominio o de prenda. Veámoslo.

Antes de entrar en el fondo de la cuestion, será bueno contestar a una objecion que pudiera hacerse. El Código civil, se dirá, enumera en el art 577

[1] V. Mourlon, Exámen critique sur Troplong, tom. 2.º núm. 213.

[2] Mourlon, Exámen critique sur Troplong, tom. 2.º, núm. 214.

los derechos reales, i no menciona el de retencion: luego es un derecho meramente *personal*. Este argumento peca por su base, pudiese da por sentado lo que cabalmente debe probarse. La enumeracion de los derechos reales hecha en el artículo citado ¿es *limitativa* o simplemente *enunciativa*? He aquí lo que debe resolverse previamente; raciocinar de otro modo es prejuzgar la cuestion. Si se hubiera pretendido hacer una enumeracion taxativa, se habria empleado el artículo definido o limitativo *los*; i no se habria dicho "son derechos reales etc.," sino "los derechos reales son etc." Un ejemplo pondrá esto en evidencia. Cuando se dice, v. g., son hijos de Diego, Pedro i Juan, ¿se dice o se entiende que Diego no tiene mas hijos que éstos? De ninguna manera. Para significar o entender que los mencionados son los únicos hijos, seria necesario, indispensable, poner el artículo limitativo *los*. Es fuera de duda en el lenguaje vulgar, como en las mas estrictas reglas gramaticales, que el empleo del artículo *el*, llamado definido o determinativo, limita o restringe el significado de la palabra a que se agrega; i que cuando uno quiere referir únicamente a los objetos señalados el significado de alguna palabra, hace preceder a ésta del artículo definido. [Cosa es ésta sobre que no es preciso remontarse a consideraciones teóricas, porque al instante se resuelve por sí misma. No cabe, pues, vacilacion: la predicha enumeracion es solo *enunciativa*; i de ella, por consiguiente, no puede sacarse ningun argumento contra la realidad de la retencion.

Por el contrario, si probamos que este derecho lo "tenemos sobre una cosa sin consideracion a determinada persona," forzoso será concluir que es un derecho *real*, conforme a lo dispuesto en el primer inciso del art. 577 del Código civil.

Para sostener la realidad de la retencion, podemos invocar desde luego el apoyo de las leyes romanas, que nos alumbrarán en la oscuridad producida por la diverjencia de opiniones. Conviene siempre estudiar las cosas en su fuente para conocerlas mejor en su desarrollo i progreso.

Explícito i terminante es a este respecto el Derecho romano. En la L. 29, §. 2.º D. De *pignoribus et hypothecis* se lee: "Una casa dada en prenda se quemó, compró su área Lucio Ticio i la edificó. Se preguntó: ¿qué sucede con el derecho de prenda? Paulo (uno de los cinco jurisconsultos cuyas decisiones tenían fuerza de lei) respondió, que perseveraba el derecho de perseguir la prenda; i por esto, la superficie parece seguir al derecho del suelo, esto es, con derecho de prenda. Pero *los poseedores de buena fé no han de ser obligados a restituir el edificio a los acreedores, a no ser que recibían los gastos de la construccion*, en cuanto la cosa se haya hecho mas rica." ¿Quién no ve que lo que aquí se acuerda al poseedor es el derecho de retencion? "Si hai alguien, dice Vinnio, que tenga alguna duda, sepa que todos los antiguos dicen constantemente que las espensas hechas en una

cosa ajena no pueden conservarse de ningun otro modo que por medio de la retencion. (1)

La lei que estudiamos nos manifiesta tambien que la retencion es un derecho real, pues concede al poseedor la facultad de retener, mientras no sea pagado de sus espensas, no solo contra su vendedor sino tambien contra terceros, i aun contra los acreedores prendarios del vendedor. ¿qué otra cosa constituye lo *real* de un derecho que el poder ejercitarlo sin consideracion a determinada persona? Es, pues, incuestionable que, en la lejislacion romana, la retencion es un verdadero derecho *real*.

El texto de la lei citada indica ademas que en ella se trata de un principio jeneral i no de un favor particular, como álguien ha sostenido. No se divisa la mas remota razon, ni en el espíritu, ni en las palabras de la precitada lei, para tomarla en el sentido restrinjido que se pretende: es necesario entonces darle todo su alcance i confesar que el principio que contiene es jeneral i absoluto.

La realidad de la retencion cuenta tambien en su apoyo la opinion de graves jurisconsultos; Mourlon la defiende victoriosamente. Oigámosle. “El acreedor, dice, protegido con el derecho de retencion no puede ser compelido a abandonar la cosa que la lei le permite retener para su *seguridad*. Esta retencion es su salvaguardia contra la insolvencia de su deudor. Ahora bien, esta garantía no puede ser eficaz i útil sino en tanto que sea *real*, es decir, absoluta en sus efectos; porque si el deudor pudiera conferir, ora a un comprador, ora a cualquier otro que le represente, el derecho de recobrar la cosa que él no puede exigir por sí mismo, la retencion no seria ya para el acreedor sino una garantía ilusoria, una seguridad quimérica i mentida. El fin de la lei no se cumpliria.” Mas adelante agrega: “Así el retenedor *que no es pagado* no puede ser evicto. Poco importa de donde venga la persecucion. La retencion es su garantía; nadie tiene facultad de arrebatarla.” (2)

El solo nombre de Mourlon bastaria para inclinar la balanza a favor de la *realidad* de la retencion, si no hubiera otras razones; pero las aducidas por él son tan fuertes e incontestables que no puede uno negarse a participar de sus ideas. Sostener lo contrario es sostener un error, es esponerse a caer en inconsecuencias. Tal es lo que ha sucedido a Troplong, uno de los que han combatido con mas calor la *realidad* de la retencion. He aquí un pasaje en que, olvidándose de la doctrina que ha sostenido constantemente, viene a confesar de una manera palmaria lo que siempre habia negado. “En todas las otras circunstancias (cuando no hai lei expresa o convencion), los principios se oponen al ejercicio del derecho de retencion; porque el acreedor no puede retener *de derecho* una cosa que no le está

(1) Cuestiones Seleccionadas, lib. 1.º cap. 24.

(2) Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, núm. 215.

obligada especialmente. No puede, sin convencion o sin el socorro de una lei espresa, arrogarse sobre ella un derecho *real*." (2) Como se ve, toda la cuestion queda reducida a saber cuándo el acreedor retiene *de derecho* una cosa perteneciente a su deudor; puesto que, reteniéndose *de derecho*, Troplong mismo es el primero en proclamar la *realidad* de la retencion. Luego, cuando existe, ella es un derecho *real*.

Para convencernos mas todavia de la exactitud de la teoría sentada, entremos en el exámen detenido de los diversos casos en que el Código civil espresamente lo consagra.

COMPRADOR DE BUENA FÉ.— El primero que se presenta a nuestro estudio es el del art. 890. Este artículo, que parece una reproduccion del 2280 del Código civil francés, dispone que el poseedor de una cosa mueble que justifique haberla comprado en una feria, tienda, almacen u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, "*no estará obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella i lo que haya gastado en repararla i mejorarla.*" Aquí tenemos el derecho de retencion formalmente establecido a favor del comprador de buena fé de una cosa mueble, mientras no se le reembolsa lo que ha gastado con ocasion de ella.

Ahora bien, esta retencion, o lo que es lo mismo, la garantía que ella envuelve para el comprador ¿puede hacerse valer solo contra el propietario o tambien contra terceros? La razon de la lei puede ilustrarnos sobre esta materia. "En este caso, dice Rogron, el comprador lo ha sido de buena fé; ha debido pensar que la cosa pertenecia al mercader; i si por otra parte, se pudiera despojar al adquirente sin volverle el precio que ha pagado, nadie querria comprar i el comercio habria recibido un daño funesto." (3)

Si motivos tan poderosos, como es evidente, son el fundamento de la garantía que se acuerda al comprador, por medio de la retencion, contra el verdadero dueño de la cosa; la misma razon existe cuando un tercero, que deriva sus derechos del propietario, se presenta reivindicando la cosa. Se falta al fin de la lei reconociendo a terceros un derecho que no tiene el propietario mismo. Si éste pudiera conferir a alguien el derecho de reclamar la cosa sin pagar previamente todas las espensas ¿no es verdad que la retencion seria una burla, i una burla de mui fatales consecuencias? ¿quién no se sustraeria entónces a los efectos de su ejercicio? No se puede suponer, pues seria un absurdo, que el derecho de retencion exista solo en las palabras de la lei, i no en la esfera de los hechos, ni en la realidad de las cosas.

Mas ¿a qué servirnos de inducciones? Sabemos que no puede pedir la restitution sino el propietario o un tercero que derive de él sus derechos; sabemos tambien el axioma de que *nadie puede trasferir sino los derechos*

(2) *Commentaire des privilèges et hypothèques*, tom. 1.º, núm. 258.

(3) *Code civil expliqué*, art. 2280.

que tiene: es así que el propietario no puede recobrar su cosa sin reembolsar al poseedor lo que haya dado por ella i gastado en repararla i mejorarla; luego no puede transmitir a un tercero el derecho de recobrarla sino con este gravámen.

El derecho de retencion consagrado por el art. 890 del Código civil puede, pues, ejercerse contra terceros, es decir, sin consideracion a determinada persona: es entónces un derecho *real*.

Todo lo dicho es igualmente aplicable al comprador o adquirente de una cosa mueble cuyo poseedor la debe a plazo, o bajo condicion suspensiva o resolutoria. Tambien el Código civil acuerda a aquel el derecho de retencion en el art. 1490, que concuerda con el 2279 del Código civil francés, con tal que la adquisicion haya sido hecha de buena fe. Siendo este caso idéntico al precedente, parece inoficioso entrar en nuevas consideraciones para probar que en él la retencion es así mismo un derecho *real*.

POSEEDOR EVICTO.—El segundo caso que se ofrece a nuestro estudio es el del art. 914. En él se estatuye que el poseedor, que vencido en el juicio de reivindicacion, tiene un saldo que reclamar en razon de espensas i mejoras, “podrá retener la cosa hasta que se verifi que el pago, o se le asegure a su satisfaccion.”

Esto está en perfecta armonía con el principio de *derecho comun* que, siempre que dos derechos son correlativos, una parte no puede exigir a la otra el cumplimiento de su obligacion, si aquella no cumple la suya o no se allana a cumplirla. En el caso propuesto, si la indemnizacion prévia o la seguridad satisfactoria, es la condicion *sine qua non* para qué el poseedor pierda su derecho de retencion ¿podria un tercero, representante del propietario, pretender con mejor éxito que éste alcanzar aquel efecto, sin realizar primero su causa? La negativa se desprende sin dificultad.

Por otra parte, el poseedor, en razon de las espensas i mejoras hechas en la cosa, tiene sobre ella hasta cierto punto un derecho de *co-propiedad*; pues de otra manera la cosa habria perecido o disminuídose su utilidad. ¿Seria equitativo, seria conforme a la justicia, conceder al propietario la facultad de recobrar su cosa sin reembolsar préviamente al que por sus dineros i cuidados la ha conservado o mejorado? Si esto pugna con la sana razon, mucho mas chocante i contrario todavia es a los principios universales de derecho, conceder a un tercero una facultad que se niega al propietario mismo. ¿En qué podría fundarse esta diferencia? ¿Por qué un tercero tendria el derecho de enriquecerse a costa del poseedor, no teniéndolo el propietario? Absurdos son éstos que resultan solo de sostener que la retencion no es un derecho *real*.

Pero aun mas. Obsérvese que el mismo art. 914 manifiesta que la retencion es la *seguridad* del poseedor, cuando con ésta la equipara. ¿Que de mas concluyente? Este artículo ha querido, por medio de la retencion, ga-

rantir, asegurar al poseedor, no tanto contra su deudor, sino mas bien contra acreedores o representantes de él; porque es éste el verdadero caso de peligro que puede haber para su crédito. Para que la retencion sea la *seguridad* del poseedor, es preciso, pues, que pueda oponerse a terceros como al propietario mismo.

Se puede tambien invocar, en apoyo de la teoría que sostenemos, la *historia fidedigna* del establecimiento del derecho de retencion; esta demostracion es decisiva i aleja toda duda. Desgraciadamente no tenemos otra historia fidedigna del Código civil que el Proyecto presentado por el señor Bello a la Comision revisora. Pues bien, el art. 1035 del citado Proyecto dice que el poseedor puede "*retener la cosa en prenda* hasta que se verifique el pago, etc." El señor Bello, quiso, pues, constituir por el ministerio de la lei, i bajo el nombre de retencion, una *especie de prenda*, para seguridad del poseedor. Mas la Comision, como viera que la locucion *retener en prenda* es redundante, puesto que, en el lenguaje jurídico i comun, la idea de retencion lleva envuelta la de prenda, suprimió la frase *en prenda*, evitando así el pleonismo que habria imperfeccionado la redaccion del que vino a ser art. 914 del Código civil.

De lo espuesto se deduce que, tanto el redactor del Proyecto como la Comision revisora, tuvieron la mente de hacer de la retencion una *especie de prenda* legal; debiendo, en consecuencia, participar de la naturaleza del derecho de prenda. I es espreso que éste es *real*.

VENDEDOR A PLAZO.—Pasemos al derecho de retencion que el inc. 4.º del art. 1826 concede al vendedor a plazo; disponiendo que, "si despues del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en *peligro* inminente de perder el precio, *no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago.*"

Como se ve, la retencion tiene por fin espreso poner al vendedor a cubierto del "*peligro*" de perder la cosa i el precio, sustraerlo a los efectos funestos de la insolvencia en que pudiera caer el comprador. Mas ¿de dónde viene este peligro? Solo de las pretensiones de los acreedores del comprador. Supongamos que éste caiga en falencia i que sus bienes sean reducidos a concurso; supongamos tambien que la retencion sea personal. ¿Qué sucederia entónces? Los demas acreedores podrian decir al vendedor: entregadnos la cosa vendida, puesto que un contrato válido i perfecto señala dueño de ella a nuestro deudor; es verdad que teneis un derecho de retencion; pero, siendo personal, solo podeis hacerlo valer contra nuestro deudor, mas no contra nosotros que ninguna intervencion hemos tenido en vuestro contrato; en cuanto al precio, tendreis un crédito i, en el concurso, el grado que la lei asigna, esto es, el de los acreedores comunes. Por mas injusto que esto parezca, tendria el vendedor que guardar silencio i en-

tregar la cosa vendida para ver a los acreedores preferidos pagarse con ella, ¡, cubiertos éstos, perder todo su crédito, o si algun sobrante quedaba, pagarse sobre él sueldo a libra con los demas acreedores valistas.

Con el sistema de la personalidad de la retencion ¿se pone al vendedor a salvo del “*peligro*” de perder el precio? ¿No es de la presencia de terceros de donde nace el verdadero *peligro* para el vendedor? ¿Se cumpliría, en una palabra, el fin espreso de la lei, si la retencion fuera personal? No: por el contrario, se pugnaria con él. Es necesario, por tanto, rechazar el absurdo de que la retencion sea solo una palabra consoladora, una promesa halagüeña, i jamás una garantía efectiva, un derecho positivo, una lei que ha de tener su aplicacion.

Concluyamos. Si no se quiere sostener que el inc. 4.º del art. 1826 sea solo una ilusion para el vendedor, confesemos que el derecho de retencion que él le acuerda es *real*.

ARRENDATARIO.—Otro caso de retencion es el del art. 1937, que la concede al arrendatario por las indemnizaciones que le debe el arrendador. En él se dispone testualmente que, “en todos los casos en que se debe indemnizacion al arrendatario, no podrá éste ser *espelido o privado* de la cosa, sin que previamente *se le pague o se le asegure* el inaporte por el arrendador.”

Se observa desde luego, que este artículo declara solemnemente que el arrendatario no podrá ser *espelido o privado* de la cosa arrendada, si no se le *paga o asegura* la indemnizacion; habla en términos jenerales i absolutos. ¿Sería lógico entónces limitar la retencion al caso en que la cosa es reclamada por el arrendador i no estenderlo tambien al en que es reclamada por terceros, cuyos derechos traen su existencia de los del arrendador? Cuando la lei no distingue, nadie puede distinguir: es necesario por consecuencia admitir que la retencion se puede ejercitar sin consideracion a determinada persona.

Troplong mismo, impugnador constante de la realidad de la retencion, la reconoce en este caso; i cree con Tarrible, que el arrendatario tendria incontestablemente la facultad de retener el inmueble contra los acreedores del arrendador, que quisieran desposeerle para hacer vender el fundo, o contra el adjudicatario. (1)”

Antes de pasar mas adelante, voi a contestar a un argumento sacado del inc. 2.º del artículo preinserto, aunque parezca mui fútil. Puede decirse: si se estingue sin voluntad del arrendador su derecho sobre la cosa arrendada, se estingue tambien el derecho de retencion del arrendatario; por consiguiente, este derecho no existe en oposicion a terceros: luego es meramente *personal*.

(1) Commentaire des privilèges et hypothèques, tom. 1.º, núm. 262.

Una comparacion me ahorrará el trabajo de entrar en largas refutaciones. ¿El derecho de prenda, digo a mi turno, deja de ser *real*, porque se estingue cuando se estingue el derecho del deudor sobre la cosa en que se ha constituido? ¿pasa a ser personal este derecho solo porque se estingue cuando v. g., se destruye completamente la cosa en que se tiene? Esto prueba solo una verdad mui trivial i conocida, cual es que el derecho de retencion, como todo derecho, es susceptible de estincion; pero no que, cuando existe, sea personal.

La historia fidedigna de este derecho viene tambien en nuestra ayuda. En efecto, el inc. 2.º del art. 2118 del Proyecto no contiene la frase “estincion *involuntaria* del derecho,” que se halla en el inc. 2.º del art. 1937 del Código civil, sino solo esta otra: “estincion del derecho.” Pero la Comision revisora, notando que de este modo se minaba por su base el derecho de retencion, puesto que se dejaba al arrendador una puerta abierta por donde pudiera sustraerse a sus efectos, notando ademas que asi desaparecia la realidad de la retencion, agregó la voz “*involuntaria*” i conservó a la retencion su carácter de *real*. Existe, pues, siempre i *contra todos*; no hai mas escepcion que el caso de estincion *involuntaria*, lo que nada implica contra nuestro sistema: es, por tanto, un derecho *real*.

ARRENDADOR.—Todo lo dicho precedentemente es aplicable en los mismos términos al derecho de retencion que el inc. 2.º del art. 1942 establece a favor del arrendador, “para *seguridad* del pago del precio o renta, i de las indemnizaciones a que tenga derecho, sobre todos los frutos existentes de la cosa arrendada, i todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, i que le pertenecieren.”

I aquí tambien la historia de su establecimiento nos ayudará en nuestra investigacion. El inc. 2.º del art. 2122 del Proyecto dice a la letra: “la lei da al arrendor para *seguridad* de este pago (el alquiler) un *privilejio* sobre todos los frutos existentes de la cosa arrendada, etc.” ¿En qué consiste esta *seguridad*? ¿en qué, este *privilejio*? Consiste en que el arrendador no puede ser despojado de los objetos que la lei le permite conservar para su *seguridad* i por *privilejio*, ni por el arrendatario ni por ninguna otra persona, mientras no se le pague lo que se le debe por alquiler. Este *privilejio* o *preferencia*, sobre los objetos mencionados, se ha establecido en beneficio del arrendador cabalmente para el caso en que sus derechos pudieran hallarse en colision con los de terceros. Mas la Comision para ser consecuente con su tecnología i dar siempre el mismo nombre a las mismas entidades legales, quitó la palabra *privilejio* i en su lugar puso la voz *retencion*. Sin embargo, nada anuncia que se quisiera hacer alteracion en el sentido o espíritu del artículo del Proyecto; se intentó únicamente harmonizar la redaccion de este artículo con la de otros varios.

“El derecho de retencion explicado, dicen Delamarre i Le-Poitvin, lo

llamaremos no obstante indiferentemente *derecho de retencion* o *privilegio* puesto que esta calificación es la que la lei le ha dado (1).”

Resulta, pues, que el derecho de retencion (*privilegio*, segun el Proyecto) es una *preferencia* o *seguridad* dada al arrendador para ponerle fuera del alcance de los riesgos que su crédito podria correr, si el arrendatario o un tercero tuviera la facultad de despojarlo sin pagarle previamente lo que se le debe. La historia de su establecimiento prueba bastante su *realidad*.

MANDATARIO.—El art. 2162, concordante con el 1849 del Código civil de los Países Bajos, se espresa así: “podrá el mandatario *retener los efectos* que se le hayan entregado por cuenta del mandante *para la seguridad* de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte.”

En este punto es explícito por demas el Proyecto. Consecuente su Redactor con el sistema de constituir una *seguridad efectiva*, una *especie de prenda legal*, un verdadero derecho *real*, por medio de la retencion, concibió i espresó el art. 2313 en esta forma, “*retener en prenda*.” Suprimida por la Comisión la frase “en prenda,” por supérflua i pleonástica, teniendo por principio, que quien dice *retencion*, dice tambien *especie de prenda*, conservó todo lo demas de su redaccion i de su espíritu en el art. 2162 del Código civil.

En vista de estos antecedentes, no se puede desconocer que la retencion enjendra una *seguridad* cierta; una *especie de prenda* para el mandatario; i, por consiguiente, que es un derecho *real*.

Delamarre i Le-Poitvin, cuya autoridad es incontestable, atribuyen los mismos resultados a la retencion. Oigámosles. “Derecho de retencion, derecho de seguridad, el efecto de ellos es el mismo; es siempre la ventaja que tiene el detenedor de ser pagado sobre el precio de la cosa que detiene, con preferencia a todos los otros acreedores, *nemine excepto* (2).” Esta doctrina no necesita comentarios, basta esponerla para deducir la consecuencia. Si la retencion encierra una *seguridad* i una *preferencia* para el retenedor contra todos los otros acreedores, *nemine excepto* ¿se puede negar que es derecho *real*?

COMODATARIO.—El derecho de retencion del comodatario, problemático en el Derecho francés, se halla espresamente establecido en el art. 2193 de nuestro Código civil. Tómese en cuenta su concordancia con el art. 2182; i se verá que todas las razones alegadas en favor de la *realidad* de la retencion, en los casos anteriores, abogan tambien por ella en el presente.

El art. 2329 del Proyecto, completado por su referencia al 2335, suministra un argumento decisivo. He aquí el texto de esos dos artículos.—2329. “El comodatario no podrá escusarse de restituir la cosa, ni aun *reteniéndola a título de prenda, para la seguridad* de lo que le deba el comodante.”

(1) Droit Commercial, tom. 3.º núm. 236.

(2) Droit Commercial, tom. 3.º, núm. 237.

salvo el caso del art. 2335." Este es como sigue: "El comodatario podrá *retener* la cosa prestada *para la seguridad* del reembolso de las espensas o indemnizacion de los perjuicios de que se trata en los dos artículos precdentes, a ménos que el comodante asegure el pago de la cantidad en que se le condenare." Basta la mera esposicion de estos artículos para convencerse de que, en sentir del Redactor del Proyecto, tanto vale decir: "*retener a título de prenda para seguridad*," como "*retener para seguridad*." La retencion es, pues, una especie de prenda: luego ¿será un derecho personal?

DEPOSITARIO.—"El depositario *no podrá*, dice el art. 2234, *retener la cosa depositada en seguridad de lo que el depositante le deba, sino solo en razon de las espensas i perjuicios etc.*" Las razones aducidas ántes prueban igualmente la *realidad* del derecho de retencion del depositario.

"El depositante, dice M. Réal, no puede sacar la cosa depositada sin que pague previamente lo que debe; porque el depósito, por su naturaleza misma i sin el socorro de ninguna estipulacion, es la *prenda* de los créditos oriijnados de él." "El depositario, dice M. Favard, tiene un *privilegio* (es decir, segun Mourlon, el derecho indirecto de preferencia comprendido en el derecho de retencion) para el reembolso de sus espensas, *puesto que* la lei lo autoriza a *retener* el depósito, *quasi quodam jure pignaris*, hasta el entero pago de lo que se le debe (1)."

Cuando jurisconsultos tan eminentes ven en la retencion una *especie de prenda*, i por consiguiente un derecho *real* ¿no es ya una razon, un motivo bastante fuerte, para que nosotros, en igualdad de casos, la consideremos tal?

La manera como están redactados los artículos 2390 i 2391 del Proyecto confirman nuestro sistema. Recuérdese lo ya dicho en demostraciones análogas, para evitar en esta parte repeticiones inútiles.

ACREEDOR PRENDARIO.—El art. 2401, que está en perfecta consonancia con el 2082 del Código civil francés, consagra el derecho de retencion a favor del acreedor prendario, por créditos ciertos i líquidos, contraidos *despues* de la constitucion de la prenda i exigibles *antes* del pago de la obligacion anterior. Explicativo de este artículo, para nuestro objeto, es el 2392. En él se dice que el acreedor retiene la cosa del *deudor* "*en seguridad de la deuda*."

Por otra parte, ¿cuál es el fundamento del derecho de retencion del acreedor prendario? Se funda en una convencion tácita entre el acreedor i el *deudor*, que la lei no hace mas que sancionar. "Observemos, dice M. Gary, que se trata de una deuda contraidada *posteriormente* a la constitucion de la prenda, para *seguridad* de la primera. Al exigir esta prenda, el acreedor ha mostrado que no se fiaba en la *persona del deudor*, i la *seguridad* que ha

(1) V. Mourlon, Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, núm. 226.

tomado una vez, *se presume haberla conservado para garantía del segundo crédito.*” ¿Cuál es, dice M. Berlier, la situación de las partes? El acreedor ha tomado ya una prenda por una primera deuda; si no la pide por una segunda que o debe pagarse *antes* que la primera o al mismo tiempo que ella, es indudable que deja de pedirla porque considera la prenda, de que está ya *asegurado*, como suficiente para responder de las dos deudas (1).”

El fundamento de la retención en el presente caso i los artículos citados que la consagran, nos revelan que ella es la *seguridad*, que es la *prenda* del acreedor: luego es un derecho *real*.

También los artículos 2559 i 2565 del Proyecto no hacen mas que robustecer nuestras convicciones.

ACREEDOR ANTICRÉTICO.—El art. 2440, en todo conforme con el 2629 del Proyecto, concede el derecho de retención al acreedor anticrético, no por su acreencia, sino por las *mejoras, perjuicios i gastos*, como en el caso del arrendatario, según el art. 1937. Por consiguiente, todo lo dicho en aquel lugar debe tenerse presente en éste.

POSADERO I ACARREADOR O EMPRESARIO DE TRASPORTES.—Según el art. 2474, el posadero goza del derecho de retención, sobre los efectos del deudor introducidos en la posada, *mientras permanezcan en ella*, i hasta concurrencia de lo que se le deba por *alojamiento, espensas i daños*; i el acarreador o empresario de trasportes, sobre los efectos acarreados *que tenga en su poder, o en el de sus agentes o dependientes*, hasta concurrencia de lo que se le deba por *acarreo, espensas i daños*.

Después de las numerosas i fuertes razones que hemos presentado para probar que el derecho de retención es *real*, no es necesario aquí reproducirlas o alegar otras nuevas. ¿Podrían éstas aumentar nuestro convencimiento? “Si la retención es *real*, dice Moulton, en los casos particulares que acabo de estudiar, ella debe serlo en todas partes i siempre, es decir, en todos los casos en que la lei la establece directamente (2).”

IV.

NO EXISTE POR REGLA JENERAL.

Se ha podido observar que tres condiciones deben concurrir simultáneamente para que el derecho de retención tenga lugar: posesión de la cosa de otro por un tercero; obligación del propietario para con éste i conexión entre la cosa retenida i el crédito del retenedor, esto es, que la obligación del propietario nazca con ocasión de la cosa retenida. Mas, siempre que se reúnan estas condiciones ¿habrá lugar al derecho de retención? en otros términos ¿existe por regla jeneral? o solo por escepción?

(1) V. Moulton, Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, núm. 227.

(2) Id., Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, núm. 229.

Tratándose de *materias civiles*, lo aceptamos solamente en los casos que hemos recorrido, con ampliacion a los contratos bilaterales; puesto que en éstos ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma i tiempo debidos. En esta especie de contratos, la obligacion de una de las partes es la *causa* de la obligacion de la otra; si aquella no cumple, puede ésta evidentemente retener su cosa materia del contrato. Hasta aquí todo está mui amoldado a los principios; no sucede lo mismo cuando se quiere atribuir a la retencion de una manera absoluta el carácter de regla jeneral.

Para que se pueda apreciar la exactitud de nuestra opinion, examinemos las razones que le sirven de fundamento. La distribucion de todos los bienes del deudor debe hacerse, segun el *derecho comun*, con igualdad proporcional entre todos los acreedores, esto es, a prorrata de sus créditos. Ahora bien, el derecho de retencion, como *real*, ejendra una *preferencia* para el acreedor que lo invoca, rompe esta *igualdad proporcional* i sustrae al retenedor la aplicacion de la *lei jeneral*, para colocarlo en una posicion mucho mas ventajosa que la de sus coacreedores. Es ésta, pues, una *gracia* especial de la lei, una *excepcion* al derecho comun; pero excepciones al derecho comun no hai ni puede haber sino las que la lei establece. Cuando ésta guarda silencio, conserva aquel todo su imperio.

El principio de que *ubi cadem ratio ibi idem jus* que razonablemente no puede aplicarse mas que a las cuestiones de derecho comun, prueba solo que el lejislador pudo o debió, si se quiere, acordar el derecho de retencion siempre que aquellas condiciones se verificasen; mas no que nosotros, por nuestra propia autoridad, podamos estenderlo por analogía. La lei ha determinado los casos en que este derecho tiene lugar, luego no se puede admitir que exista por regla jeneral. “No reconozco, dice Mourlon, el derecho de retencion sino al que lo puede fundar sobre un *texto positivo de la lei* (1).”

La historia confirma nuestra teoría i da a su demostracion el carácter de evidencia. “*Se podrá*, dice el inc. 1.º del art. 2559 del Proyecto, *retener* una cosa del deudor *como prenda*, aun contra su voluntad, si la deuda fuere cierta i líquida, *salvo en los casos especialmente exceptuados*.” Como se ve, el Proyecto admitia el principio de la *jeneralidad* de la retencion; mas la Comision lo rechazó i siguió el opuesto. “*No se podrá*, inc. 2.º del art. 2392 del Código civil, *retener* una cosa del deudor *en seguridad* de la deuda, sin su consentimiento; *excepto en los casos en que las leyes expresamente lo designan*.”

¿Qué de mas formal i concluyente? ¿Se puede abrigar todavia alguna du-

(1) Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, núm. 231.

da? Cuando las leyes hablan en términos tan claros i decisivos, no queda lugar a vacilaciones, ni a opiniones, por mejor fundadas que sean. Debemos, pues, dar por cierto que el derecho de retencion, en *materias civiles*, que son las tratadas por nuestro Código patrio, no existe por *regla general*.

V.

EL RETENEDOR PUEDE PERSEGUIR LA VENTA DE LA COSA RETENIDA.

¿Puede el retenedor perseguir la venta de la cosa retenida, sin perder su privilegio? Moulron sostiene la negativa. “Por el hecho mismo de ponerla en pública subasta, dice, ha consentido en la enajenacion, lo que importa de su parte una *renuncia tácita* de su derecho de retencion (1).” A la verdad que la fuerza de este argumento se escapa a la penetracion mas delicada. No se comprende cómo el consentir en la enajenacion de la cosa retenida, sobre la cual la lei da al retenedor el derecho de pagarse con *preferencia*, induce la intencion de renunciar a las ventajas inherentes a su condicion de acreedor retenedor. La enajenacion, a nuestro juicio, es solo el antecedente necesario al ejercicio de su derecho de acreedor preferido, sin lo cual su crédito quedaria insoluto por un tiempo indefinido. Si el retenedor pone la cosa en pública subasta, no es ciertamente para despojarse de las prerrogativas anexas a su carácter de tal; indudablemente no lo hace para que sus co-acreedores vengan a pagarse, sobre el precio de venta, con preferencia o en concurrencia con él. ¿No es claro, por el contrario, que la intencion del retenedor es cubrirse de su crédito en el grado que el beneficio de la retencion le asigna? ¿su objeto, pagarse luego, puesto que ninguna obligacion tiene de conceder un plazo a su deudor?

Cuando se reconoce un derecho, es necesario reconocer tambien las condiciones de su existencia; desconocer éstas, equivale a negar aquel. Así, admitiéndose, por ejemplo, el derecho de prenda, tenemos que admitir igualmente que el acreedor prendario puede hacer vender la cosa en que está constituido, para pagarse con su precio. Si el acreedor prendario, persiguiendo la venta de la cosa recibida en prenda, no pierde su privilegio sobre el precio ¿por qué las cosas han de pasar de otra manera, tratándose del acreedor retenedor? ¿la retencion no es la prenda de éste? ¿dónde se encontrará, por mas que se investigara la intencion del retenedor, el ánimo de renunciar a su privilegio? Partiendo del mismo antecedente, llegamos a conclusiones muy distintas: en lo que se quiere ver la intencion de renunciar a un privilegio, hai solo la intencion de pagarse sin mas dilacion.

No es mas convincente la segunda razon que nos da Moulron para probar su teoría. “La lei ha comprendido, dice, que si el retenedor pudiese

(1) Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, núm. 220; i Répétitions sur le Code Napoléon, tom. 3.º, tit. 18, cap. 1.º

en el caso en que es él quien persigue la venta del bien que detiene, retener sobre el precio, i por preferencia a los otros acreedores, la suma que se le debe, se inclinaria frecuentemente a perseguir su derecho en el mas breve plazo i sin ninguna tregua para su deudor. Ahora bien, la *equidad*, que constituye la base del derecho de retencion, no permite tratar al propietario con tan poco miramiento (1).²⁰

La equidad, seria mas acertado decir, que constituye la base del derecho de retencion, no permite que se perjudique al retenedor, sin provecho para nadie o en beneficio de su deudor; i la razon, ademas, rechaza la existencia de un derecho de imposible o inútil aplicacion.

Para demostrarlo mas claramente, supongamos que el dueño de un campo reciba caballos a talaje i que llegue el caso de hacer uso de su derecho de retencion contra el dueño, que no le paga lo que le debe con ocasion de ellos. ¿Cuál sería, en esta hipótesis, la situacion del arrendador cuando andando el tiempo, los caballos valieran tanto o mas que el valor que podria sacarse de ellos en venta? ¿tendria que resignarse a presenciar el desaparecimiento gradual i progresivo de la *seguridad* que, con el nombre de retencion, la lei le acuerda? Pues tanto vale que la cosa que se retiene en seguridad de la deuda disminuya de valor materialmente, como que ésta aumente, permaneciendo aquella la misma. La equidad, decimos, que siempre se esfuerza en conciliar los intereses opuestos, no puede exigir que se sacrifique en tanto grado los del retenedor en beneficio exclusivo del deudor.

Tampoco puede haber entrado en la mente de la lei positiva que el retenedor, por la sola causa de tratar de hacer efectiva su *seguridad*, en el momento mismo que está a punto de desaparecer, persiguiendo la venta de la cosa retenida, pierda su privilegio sobre el precio. Si el derecho de retencion no es una quimera, el retenedor puede perseguir la venta de la cosa retenida; i si puede perseguir su venta, puede conservar su privilegio.

Para sostener la opinion contraria, es necesario, pues, fundarse sobre el texto de una lei; de otra manera, debemos aceptar todas las consecuencias naturales i lógicas que fluyen del derecho de retencion, teniendo en vista que por su naturaleza es *real*, i que por su fin es una *seguridad*.

En tésisjeneral. Sabemos que las cosas se desmejoran o se destruyen completamente por la sola accion del tiempo; i ¿a qué quedaria reducido el derecho de retencion, si el retenedor no pudiera perseguir la venta de la cosa retenida? ¿dónde, por mas que nos esforzamos, hallariamos la *seguridad* que nos promete? Si aceptamos que el retenedor puede perseguir la venta ¿aceptaríamos tambien el absurdo que, que por intentar hacer efectiva su *seguridad*, pierde la preferencia que ella implica? Seria peregrina la idea de que

(1) Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, núm. 220.

el ejercicio de un derecho entraña la pérdida de sus atributos i propiedades características.

Precisemos la cuestion. La retencion ¿es una *excepcion* o es un *derecho*? Ningun artículo del Código civil le da aquella denominacion, en ninguna parte dispone que sirva solo como un medio de defensa; lo contrario sí que se desprende de los textos de varios artículos, i el 2440 i el 2466 dicen espresa i terminantemente que la retencion es un *derecho*. Ahora bien ¿cuál es la propiedad de los derechos? Evidentemente servir no solo para defendernos sino tambien para atacar; i no hai ningun empleo mas lejítimo de esta facultad que perseguir la venta de la cosa retenida, para hacer efectiva su *seguridad*, i pagarse sobre su precio.

En conclusion. Si el retenedor puede *de derecho* perseguir la venta de la cosa retenida, como lo hemos demostrado, *de derecho* tambien conserva su *privilegio*, o sea *preferencia* sobre el precio.

VI.

LA RETENCION SE ESTINGUE CON LA DETENCION.

El derecho de retencion se pierde cuando se pierde la detencion; principia i termina con ella. "*Nul ne retient qui ne détient*," dicen Delamarre i Le-Poitvin (1). Este mismo principio es reconocido por Troplong. "El derecho de retencion se pierde, dice, con la posesion. No queda ya al acreedor sino una accion personal, que puede ejercer para reclamar lo que se le debe (2)."

Pero esto no debe entenderse absolutamente, sino que se ha de limitar a los casos en que se pierde la detencion a consecuencia de actos ejecutados voluntariamente por el retenedor. Esceptuados estos casos, el retenedor podrá reclamar la cosa que involuntaria o injustamente ha salido de su retencion; pues la lei no ha pretendido hacer de la retencion un derecho imposible, ni menos dejar su ejercicio a merced del deudor.

Si álguien admitiera la teoría contraria, tendria que admitir por el mismo hecho, para ser lójico, que una sustraccion clandestina o violenta, por ejemplo, un crimen, en fin, podria dejar frustrado el derecho de retencion, no obstante derivar su existencia de la lei positiva i ser una emanacion de los principios mas racionales i equitativos. Es absurda, pues, la teoría que analizamos, porque absurdas son sus consecuencias. Debemos, por consiguiente, rechazarla i aceptar que el retenedor puede reclamar la cosa cuya detencion ha perdido; i solo en el caso previsto, con la detencion se estingue el derecho de retencion.

Mas no es necesaria la retencion personal o material, basta que la ejer-

(1) Droit Commercial, tom. 3.º, núm. 233.

(2) commentaire des privilèges et hypothèques, tom. 1.º, núm. 259.

zamos por medio de nuestros representantes o de una manera virtual. "Se detiene, dicen Delamarre i Le-Poitvin, tan bien por otro como por sí mismo; i como un conocimiento o una carta guia representa la mercadería se detiene la mercadería cuando se detiene, *justa ex causa*, uno de estos títulos (1).

VII.

CO-EXISTE CON EL EMBARGO I LA CESION DE BIENES.

El derecho de retencion no escluye el de embargo; porque, segun el art. 1618 del Código civil, son embargables todos los bienes, *derechos* i *acciones* del deudor; i entre éstos, se encuentra el de dominio sobre la cosa que está sujeta a retencion i el recobrarla, reembolsando *previamente* lo que se debe al retenedor. Tampoco el derecho de embargo escluye el de retencion, por que "los acreedores, valiéndome de la espresion de Cotelle, no pueden ejercer *sino los derechos de su deudor*, i embargar lo que es de él (2)."

Podrán, pues, los acreedores embargar la cosa en que un tercero tiene el derecho de retencion, con tal que en nada menoscaben los derechos del retenedor; i podrán así mismo hacerla vender en pública subasta, a condicion de que esto no sea en detrimento de la retencion. Mas el adjudicatario no podrá entrar en posesion de ella, sino cubierto *previamente* el crédito del retenedor. Es preciso, en consecuencia, dar conocimiento de esta carga a los licitadores.

Si el retenedor quisiere perseguir la venta por sí mismo i pagada, si quedare algun sobrante, deberá entregarlo al concurso, como representante del deudor en todos sus derechos. Pero, si el precio de venta fuere insuficiente, se dirigirá por el déficit contra los bienes restantes, en concurrencia con los acreedores comunes.

Lo dicho respecto del embargo se refiere en los mismos términos a la cesion de bienes.

VIII.

LA RETENCION COMPARADA CON LA PRENDA, LA HIPOTECA I EL PRIVILEGIO.

El derecho de retencion, aunque tiene por objeto asegurar el pago de deudas i da una mui eficaz preferencia al crédito del retenedor, no es sin embargo la prenda; porque ésta "se establece por una *convencion* hecha con el fin especial de afectar la cosa al pago de la deuda. El derecho de retencion tiene lugar sin ninguna convencion de la cual sea objeto." Solo existe de una manera *tácita*, i como consecuencia de obligaciones cuyo cumplimiento tiene el derecho de exigir el acreedor. "Pero, si este derecho no es la pren-

(1) Droit Commercial, tom. 3.º, núm. 247.

(2) V. Troplong, commentaire des privilèges et hypothèques, tom. 1.º núm. 264.; i Mourlon, Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, números 217, 218 i 219.

da propiamente dicha, se puede decir con verdad que es una *especie de prenda, quasi quoddam pignus* (1)."

Tampoco es la hipoteca, porque ésta, como la prenda, solo puede nacer de un *pacto expreso*; i ademas, el acreedor hipotecario no tiene la detencion de la *cosa*, lo que es esencial en la retencion. Pero, si no es la hipoteca, tiene con ella sus puntos de contacto; el objeto de ambas es dar *seguridad*, i consiguientemente, *preferencia* a ciertos créditos.

Por último, no es el privilegio. El derecho de retencion "no tiene su causa en la cualidad mas o menos favorable del crédito. Su único fundamento es la detencion, sin la cual no podria existir: *qui ne détient ne retient*."

"Al contrario, el privilegio supone necesariamente que el acreedor no detiene; porque, si *detiene, retiene*, i entónces no es ya el privilegio."

"Otra diferencia: dos o muchos créditos pueden tener una misma causa; consiguientemente el mismo rango; i, en este caso, el privilegio puede i debe concurrir con el privilegio."

"Al contrario, no pudiendo dos o muchos acreedores detener realmente una misma cosa *in solidum*, como sus piés no pueden ocupar verticalmente un mismo lugar sobre el suelo, el derecho de retencion es esclusivo. Este es su mas bello privilegio."

"En fin, siendo inseparable el crédito privilegiado de la causa de su privilegio, el crédito i el privilegio co-existen o no existen. El espíritu no puede concebir un privilegio sin crédito."

"Al contrario, se concibe fácilmente que, si no hubiese habido detencion o la detencion hubiese cesado, el crédito no por eso dejaria de existir. La detencion de la cosa no es, pues, una cualidad del crédito (2)."

Pero, "aunque no sea el privilegio propiamente dicho, es sin embargo una *especie de privilegio, quasi quædam priva lex*, puesto que produce eminentemente los efectos de él (3)."

En resumen, i sirviéndonos de las palabras de Cotelie, "no es dudoso que los créditos a los cuales el Código civil ha atribuido espresamente el derecho de retencion..... tienen un privilegio que se sobrepone a todos los otros; lo tienen contra los terceros como contra el propietario mismo, no pudiendo el acreedor que tiene este derecho de retencion ser desposeído, por cualquiera causa que sea, sino despues de haber sido reembolsado."

"No es una simple cuestion de privilegio, es mas que un privilegio, pues to que se trata de que el retenedor no sea desposeído del objeto que posee de otra manera que pagándosele los créditos a los cuales el derecho de retencion está ligado (1)."

(1) Delamarre i Le-Poitvin, Droit Commercial, tom. 3.º, núm. 229.

(2) Delamarre i Le-Poitvin, Droit Commercial, tom. 6.º, núm. 209.

(3) Delamarre i Le-Poitvin, Droit Commercial, tom. 3.º, núm. 229.

(1) V. Troplong, Commentaire des privilèges et hypothèques, tom. 1.º, núm. 261-2.; i Mourlo, Examen critique sur Troplong, tom. 2.º, números 220 i 221.

La retencion se diferencia, pues, de la prenda, la hipoteca i el privilegio; se les asemeja en que da *seguridad i preferencia* a ciertos créditos, pero *su ventaja es superior a todas*.

IX.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE MATERIAS COMERCIALES.

“Los que hayan recibido especie pertenecientes al fallido i puedan ejercitar sobre ellas el *derecho de retencion* (por espensas de conservacion, de refaccion o por otro título cualquiera) si se *mantuvieren* al tiempo del concurso *en posesion* de esas especies, podrán hacer valer sus derechos *contra él, del mismo modo que lo hubieran podido hacer contra el fallido*; i *no estarán obligados o la devolucion o entrega sino despues de haber sido satisfechos de su credito*.”

“Gozan *especialmente de este derecho*.”

“4.º El consignatario sobre las *mercaderías o valores* que se le hayan remitido de otros puntos de la República o de país extranjero, para que los venda o negocie *por cuenta del consignante*.”

“El consignatario podrá ejercitar este *derecho* sobre las *mercaderías i valores* que existan en su poder, sea en *almacenes particulares* bajo su custodia o en un *depósito público*, i aun sobre las especies que vinieren *en tránsito a su órden*, si lo comprobare con el *conocimiento o carta guía* correspondiente.”

“Se estiende ese *derecho* hasta pagarse de las *anticipaciones* hechas al consignante como de los *gastos de transportes, rescpcion i conservacion* de las especies i de *cualquiera otra obligacion que haya contraído como consignatario*, en beneficio del consignante, incluso los *intereses pactados* i su *derecho de comision a estilo de comercio*.”

“El consignatario *podrá realizar la consignacion por sí*, i quedará obligado respecto del concurso de la misma manera que hubiera sido al consignante.”

Tal es la disposicion del art. 3.º de la lei de 25 de octubre de 1854, vigente en esta parte, la cual consagra el derecho de retencion a favor del consignatario, i que nos ha parecido conveniente esponer testualmente.

El contrato de comision es de un juego inmenso en las relaciones comerciales. Mediante él, los comerciantes de una plaza emprenden negociaciones en otras remotas i en tiempo oportuno; hacen envíos de mercaderías allí donde las necesidades de un país las reclaman, sin abandonar por eso la jestion inmediata i directa de sus negocios; reciben en retorno productos que van a satisfacer necesidades en el lugar donde tienen el jiro principal de sus intereses, realizando a la vez buenas utilidades sobre su precio de venta. Se puede decir con toda propiedad, que el contrato de comision hace que un comerciante se multiplique tantas veces cuantos son sus consignata-

rios, i esto sin mas gravámen que una moderada retribucion para aquellos. Es, pues, un auxiliar tan poderoso i tan necesario al comercio como, desde los tiempos mas remotos, lo ha sido la moneda a las transacciones, i en otros posteriores, las letras de cambio a la moneda.

No cuesta gran trabajo descubrir las importantes ventajas que el comercio reporta de esta institucion, i las no menores de que se aprovechan los individuos como las naciones. Mas, todos estos beneficios se perderian, si no se asegurase al consignatario el reembolso de todas sus anticipaciones, el pago de todos sus créditos i el desempeño de todos sus compromisos. Desde el momento que se introdujera la desconfianza entre el delegado i su comitente, el comercio esperimentaria lentitudes i embarazos funestos en sus operaciones; quedarian paralizadas muchas de las mas importantes, recayendo en último resultado, sobre los particulares las desastrosas consecuencias de este trastorno.

Por otra parte, la existencia i la prosperidad del comercio están vinculadas a la buena fé de los comerciantes; faltar a ésta es dar a aquel un golpe de muerte. Esta necesidad reconocida por todos, sube de punto en las relaciones de consignatario a consignante. Pues bien, sin la seguridad que constituye la posesion de las mercaderías, el consignatario no habria anticipado nada, pagado nada, nada prometido. No importa que saque su utilidad de la consignacion, mucho mas gana el comitente i el comercio en jeneral. Siendo el consignatario un agente tan necesario, jamas será rodeado de las suficientes seguridades.

La equidad i el interes comercial, la justicia i los principios económicos se aunan, pues, tratándose del contrato de comision, para acordar la mas amplia seguridad a los créditos del consignatario contra el consignante, por anticipaciones u otra cualquiera causa. Tan necesaria se la contempla que la costumbre, lejislador supremo en materias comerciales, la ha estendido en algunos países al saldo de la cuenta jeneral; porque lo contrario entravaria el comercio i dañaria el crédito, que es su alma. Esta seguridad tan necesaria es la que conocemos con el nombre de derecho de retencion.

Del texto de la lei citada i de las reflexiones que anteceden, se deducen los corolarios siguientes:

1.º—Dos condiciones son necesarias solamente para que el consignatario goce del derecho de retencion: un crédito presente contra el consignante i detencion de mercaderías o valores pertenecientes a él, siendo el objeto orijinario de esta detencion el pago de la deuda. Así, las mercaderías que un deudor remite solo por conducto de su acreedor a un tercero, o vice-versa, no pueden ser detenidas ni retenidas por su acreedor.

No es, sin embargo, necesaria la detencion material; pero sí, la virtual. El consignatario podrá, en consecuencia, ejercer el derecho de retencion sobre mercaderías que vienen en tránsito, con tal que haya recibido los co-

nocimientos o la *carta guia*, lo podrá también sobre las mercaderías que haya comprado i pagado con su dinero, o respecto de las cuales haya contraído la obligacion personal de pagarlas, mientras van *en camino* con direccion a su comitente. Podrá así también retener las mercaderías que se hallan en poder del sub-consignatario, i las que le son consignadas i transmitidas por medio del capitán de su navío, ya a él directamente, ya a otro en el carácter de comisionado del consignatario.

2.º — Los acreedores del consignante no pueden exigir, por disposicion expresa de la lei, la devolucion de las cosas retenidas por el consignatario, sobre las cuales tiene el privilegio de pagarse con preferencia a todos. La razon es obvia. O los acreedores pretenden embargar la cosa retenida en nombre del consignante, o en nombre propio: en el primer caso, no tienen mas derechos que el deudor; en el segundo, *melior est causa possidentis*. Sin embargo, no hai necesidad de ninguna de estas razones, i basta la mera lectura del artículo que encabeza este párrafo, para persuadirse que la retencion se puede ejercer contra todos i que es un derecho *real*.

3.º — En materias comerciales, a diferencia de las civiles, el derecho de retencion no se limita a los casos en que la lei espresamente lo otorga, sino que se ha de estender a todos aquellos en que se verifiquen las dos condiciones ya mencionadas. Esto no debe mirarse como una anomalía; porque, en el derecho comercial, campean siempre principios mucho mas liberales i progresistas que en el civil, i en esto solo consiste cabalmente la principal diferencia entre ambos. Aquel, confiando mucho en la *buena fe*, hace respetar todo lo que ésta exige; el civil, ménos confiado i mas cauteloso, es por su naturaleza restrictivo. Además, las costumbres comerciales que, a fuerza de introducir modificaciones en el derecho civil, llegaron a dar nacimiento en todos los países a códigos especiales, i que muy poca diverjencia tienen entre sí, han admitido el derecho de retencion en la manera que dejamos espuesta.

Por último, la lei misma contiene el principio que hemos sentado; i por eso, al enumerar algunos de los casos en que tiene lugar el derecho de retencion, ha dicho: “gozan *especialmente* de este derecho.”

4.º — Que el consignatario tenga el derecho de perseguir la venta de la cosa retenida, sin perder su privilegio, ya lo hemos demostrado. Ahora solo agregaremos que la lei que estudiamos es expresa en esta parte. Los acreedores que tienen el derecho de retencion “podrán hacer valer sus derechos contra él (el concurso) *del mismo modo* que lo hubieran podido contra el fallido, i *realizar* la consignacion *por sí*.” El artículo citado nos dice igualmente que es un *derecho* i no una escepcion.

5.º — El derecho de retencion en materias comerciales como en civiles, se pierde con la detencion: *qui ne détient ne retient*. Pero no es necesaria

la detencion de las mercaderías, basta la de los *valores*, entendiéndose por tales todos los objetos comerciables.

6.º—No hai ningun crédito mas preferido que el de los acreedores con derecho de retencion, puesto que éstos “no están obligados a la devolucion o entrega sino *despues* de haber sido satisfechos de su crédito.” Por esta misma razon, el art. 25 de la lei citada coloca el derecho de retencion inmediatamente *despues* del de dominio, i *antes* del privilegio i la hipoteca. Se puede decir, pues, sin hipérbole, “que es el privilegio de los privilegios.”

7.º—Una vez cubierto el crédito del consignatario sobre el precio de venta de la cosa retenida, debe volver el excedente a la masa del concurso; pues, realizada la venta, “queda obligado respecto del concurso de la misma manera que hubiera sido al consignante.” Por la inversa, si “no alcanza a cubrirse con la especie que le está especialmente afecta, pasará por el déficit a la lista de los créditos comunes.” (L. citada, art. 25.)

8.º—Hallándose en colision el crédito del consignatario, que tiene la detencion de las mercaderías, i el crédito del vendedor de las mismas, prefiere aquel sobre éste. El vendedor no tiene la accion resolutoria, ni el derecho de reivindicarlas, sino mientras se conservan *en casa o en poder* de su comprador; contra terceros poseedores, solo respetando los derechos adquiridos “*á die contractus usque ad diem resolutionis*.” Así, supongamos que A se encarga de transmitir a B, por órden de C, mercaderías que han sido vendidas a éste por D, sin que haya recibido su precio; i que A, haciendo la remision de ellas por sus propios arrieros, anticipe a C mil pesos. En este caso, si C cae en falencia, A será preferido a D sobre las tales mercaderías, esto es, podrá ejercitar sobre ellas el derecho de retencion, pues tiene su detencion.

9.º—El crédito del sub-consignatario prefiere al del consignatario, cuando éste ha hecho la sub-consignacion *en nombre propio*. La razon de esto está en que el sub-consignatario es, entónces, con relacion al consignatario, lo que éste es con relacion a su propio comitente. Mas, fundándose esto únicamente en la buena fé del sub-consignatario, exige por su parte que ignore la primera consignacion, o que el consignatario no tenia facultad de sub-consignar. Así, pues, si el consignatario de mercaderías por veinte mil pesos, hace sobre ellas al comitente una anticipacion de quince mil; si, transmitiéndolas *en nombre propio* a un sub-consignatario, recibe de éste a su turno una anticipacion de diez mil pesos; i si, a la época de la falencia del primer consignante, las mercaderías valen solo diez mil pesos, únicamente el sub-consignatario se cubrirá de su crédito. Pero, si las mercaderías conservan su valor primitivo, se pagará tambien el consignatario: aquel, porque detiene por sí, éste, porque, con relacion a los demas acreedores, detiene por medio de su comisionado.

10.—Si el consignatario a quien no debe nada el comitente, sub-consigna las mercaderías en su carácter de *consignatario* o diciendo que no es el dueño, i recibe una anticipacion de su delegado, no tendrá éste el derecho de retencion sobre las mercaderías hasta cubrirse de su anticipacion. Esto se funda en que el sub-consignatario, al hacer la anticipacion, no ha podido contar con que se pagaria con las mercaderías, puesto que sabia que no eran de su deudor; tampoco como subrogado del consignatario, pues éste ningun crédito tiene contr a el primer comitente. Proceder de otro modo es faltar a la buena fe.

Pero, si el consignatario ha hecho tambien una anticipacion al primer comitente, el sub-consignatario tendrá el derecho de retener hasta el valor de esta anticipacion; cuando el comitente orijinario cae en falencia. Esto es, porque el consignatario puede retener por su anticipacion; i como todo acreedor tiene la facultad de ejercer los derechos de su deudor, el sub-consignatario, como subrogado al consignatario puede ejercer por su parte el derecho de retencion; pero solo hasta concurrencia de lo que el primer comitente debe al segundo.

Lo mismo sucederia si, en las condiciones propuestas, cayese en falencia, no el comitente, sino el consignatario, i tuviese éste otros acreedores ademas del sub-consignatario. Si es cierto que éste retiene, como subrogado al deudor, i que en este carácter parece que debe retener para todos sus co-acreedores, tambien lo es que "*in pari causa, potior est causa possidentis.*"

X.

RESÚMEN.

Hemos demostrado que el derecho de retencion es esencialmente *real*; i lo hemos probado con la autoridad del Derecho romano i los principios de equidad, con la naturaleza de su fin, con sus relaciones necesarias respecto de otros derechos, con la respetable doctrina de jurisconsultos modernos i con la historia fidedigna de su establecimiento.

Tambien se ha manifestado que en materias *civiles* no existe por regla jeneral; puesto que es en sí mismo una exepcion al principio de derecho comun que establece la misma situacion para todos los acreedores. Ademas, la lei civil, con su disposicion espresa i terminante, aleja toda discusion a este respecto. No sucede lo mismo en materias *comerciales*; pues en éstas se atiende mas a la equidad, a la conciencia, a la buena fé, al uso, en fin, que a la letra muerta de un precepto de la lei; ni faltan razones legales tampoco, i bajo este purto de vista debemos admitir tambien la jeneralidad de la retencion.

Igualmente hemos establecido que el derecho de retencion envuelve la

facultad de perseguir la venta de la cosa retenida, sin que por esto se pierda la ventaja de pagarse con preferencia. Con este objeto hemos observado la índole de todo derecho, i que a no ser así, el de retencion seria ilusorio.

Que sin detencion no hai retencion, es una de aquellas verdades que tienen la fuerza de axioma; pero jeneralmente el retenedor puede reclamar la cosa cuya detencion ha perdido. El sistema contrario es inadmisibile por lo absurdo de sus consecuencias.

Atendiendo a la naturaleza del embargo i de la retencion, hemos deducido que éstos no se escluyen, con tal que aquel no irrogue ningun perjuicio a ésta.

Se han notado las semejanzas i diferencias que hai entre el derecho de retencion i el de prenda, hipoteca i privilejio; i se ha visto que la preferencia de aquel es superior a la de éstos.

Por último, hemos apuntado algunas observaciones sobre la retencion en derecho comercial; i, siguiendo la doctrina de Delamarre i Le-Poitvin (1), hemos resuelto varios casos de colision de créditos.

JEOGRAFÍA DE CHILE. Descubrimiento hecho por el teniente 2.º de nuestra marina de guerra, don Francisco Vidal Gormáz, de dos grandes boquetes que dan paso a las pampas argentinas, a la altura del Archipiélago de Chiloé.—Comunicacion del mismo en 21 de febrero de 1863.

... Llegadas las vacaciones, empecé una excursion a la costa del continente, por ser la parte mas desconocida de estas latitudes, i por haber tenido de antemano un proyecto sobre buscar paso a las pampas de la Patagonia.

El día 14 de enero salí de Ancud con siete marineros i acompañado por dos caballeros vecinos de este pueblo, con destino al estero Comao o Letu i Rio Bohuedahüe. Cuando llegué a la costa del continente, me encontré con una isla llamada Nao, situada en el mismo punto donde el capitán Fitz-Roy coloca la punta Aulen, frente a la isla de Laullin. Esta isla no está marcada en ningun plano de navegacion de los conocidos hasta ahora, i es actualmente habitada. Al penetrar por el estero Comao, encontré otras islas i rocas no representadas en el plano de escala mayor formado en 1795, único que poseemos al presente.

De este modo están descritas las reducidas costas comprendidas entre el seno de Reloncavi hasta el cerro Melimuyo, situado en el grado 44º S. —Mas al Sur son del todo desconocidas, no obstante ser mui superiores a las demas islas del Archipiélago.

(1) Droit Commercial, torn. 3.º cap. 6.º, párr. 2.º.