

MEMORIAS CIENTÍFICAS I LITERARIAS.

JURISPRUDENCIA. Interpretación del art. 1,942 del Código Civil.—Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en leyes, presentada por don Alvaro Viza Magallanes.

INTRODUCCION.

Pareciera a primera vista que este artículo 1,942 del Código Civil no ofrece dificultades en su inteligencia, alcance i aplicacion.

Sin embargo, ha dado márgen a diversas interpretaciones en la práctica diaria del fore.

Las palabras, *podrá el arrendador retener*, etc., no han sido entendidas uniformemente por los juristas i profesores, que aun disputan, sin haber llegado a ponerse de acuerdo sobre la significacion jurídica de ellas.

I lo peor es que no hai esperanza de que cesen las diverjencias, tan perjudiciales a la causa pública, hasta la ereccion del tribunal de casacion, que con sus decisiones reguladoras, vendrá a disipar la anarquía i mantener la autoridad legislativa, logrando de ese modo la uniformidad de jurisprudencia en toda la República.

Unos opinan que las palabras *podrá el arrendador retener* etc. confieren evidentemente un derecho real (*jus in re*); i otros opinan que solo confieren un derecho mere-personal (*jus ad rem*.)

Algunos, prescindiendo de esta clasificacion, piensan que esas palabras significan, un derecho facultativo que no comienza a existir, sino desde que se pone en ejercicio, mediante un decreto judicial de embargo, llevado a cumplido efecto; i no faltan quienes opinan que las palabras *podrá el arrendador retener* etc., no son oscuras i envuelven claramente la accion de recobro, que puede ejercer el arrendador, no solo contra el arrendatario, sino contra todo detentador de los frutos existentes de la cosa arrendada i de todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto donde quiera que existan, dentro o fuera del fundo, i a cualquier título, oneroso o lucrativo, con que los posea el detentador.

¿Cuál de estas interpretaciones será la mas conforme a la lei?

Si el sentido de la lei no es claro, puesto que cada cual lo entiende a su manera, será preciso recurrir a la intencion o espíritu de la lei, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento (art. 19 del Código Civil.)

Tal es el propósito de esta Memoria, en cumplimiento del art. 13 del reglamento de 21 de junio de 1844 para la concesion de grados universitarios.

§ I

El art. 1,942 del Código Civil dice así:

«El arrendatario es obligado al pago del precio o renta.»

«Podrá el arrendador, para seguridad de este pago i de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener 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 pertenecen, i se entenderá que le pertenecen a ménos de prueba contraria.»

¿De dónde se ha tomado este artículo?

Parece que en parte del 2,122 del proyecto redactado por el señor Bello i presentado en 1853 a la Comisión revisora para su examen i discusion, bajo la presidencia de S. E. don Manuel Montt, hoy actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Hé aquí el texto del art. 2,122 del proyecto.

«El arrendatario es obligado al pago del alquiler.

«La lei dá al arrendador, para seguridad de este pago, un privilegio sobre todos los frutos existentes de la cosa arrendada i sobre todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto i que le pertenecieren, i se presumirá que le pertenecen a ménos de prueba contraria.»

Comparando los dos artículos, el del Código Civil i el del proyecto, notamos modificaciones, ya de mera redaccion, ya de fondo en materia sustancial.

Pero, prescindamos de ellas por ahora, i ocupémonos en indagar las fuentes de donde el autor del proyecto pudo tomar el art. 2,122, una de las bases del art. 1,942 del Código Civil.

Desgraciadamente, no figura el art. 2,122 en las notas del proyecto, que apuntan a la lijera las fuentes de que se han tomado «o los motivos en que se fundan los artículos que pueden llamar «principalmente la atencion.»

¿Será acaso porque el art. 2,122 no era digno de llamar la atencion?

Nó, seguramente.

Si se omitió apuntar las fuentes o motivos del art. 2,122, debió ser por falta de tiempo, según el testimonio del mismo señor Bello, que termina así la advertencia, puesta en su proyecto, publicado en enero de 1853.

«Siento decir que por falta de tiempo no me ha sido posible observar, bajo este respecto, un método uniforme en todos los títulos; pero me dedicaré gustoso a este trabajo, si pareciese útil.»

Que el trabajo era útil, utilísimo, es indudable.—Pero ¿se dedicó el señor Bello a ese trabajo?—No lo sabemos.—Si lo comenzó, quizá no lo terminó, prevenido por la muerte, acaecida en 15 de octubre de 1865, con gran sentimiento de sus numerosos amigos, i discípulos, de los cuales existen aun muchos en esta Universidad o en puestos públicos de la magistratura.

Si ese trabajo a que pensó dedicarse el señor Bello se hubiera llevado acabo, no tendríamos que ocurrir a conjeturas mas o menos verosímiles para señalar las fuentes de que se tomaron algunos artículos del proyecto, o los motivos en que se fundan sus disposiciones i que no tienen sus notas respectivas en el proyecto de 1853.

Si no hubiera sido por falta de tiempo o talvez por olvido involuntario, conjeturamos que el art. 2,122 del proyecto habria tenido su nota respectiva, que nos indicara haber sido tomado de *Pothier, traité du contrat de louage*.

Esta conjetura se funda en que ese tratado aparece citado en casi todas las notas del tit. 24, lib. 4 del proyecto sobre el arrendamiento o locacion-conduccion.

Pero no es esto solo.—Reconoceremos perfecta analogía de doctrinas i de reglas en los pasajes que vamos a entresacar de la citada obra.

«La principal obligacion del arrendatario es pagar al arrendador el precio convenido por el uso de la cosa (núm. 133.)

«La especie de derecho de prenda que tienen los arrendadores sobre los frutos, i sobre los muebles que sirven a la explotacion de las fincas i casas, trae su origen del derecho romano (1) (núm. 227.)

«Se estiende a todos los frutos de cualquiera especie, que han

(1) D. lib. XX t. 2 lei 4.—*Eo jure utimur ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit.*

Inducta semoventes illata, eas que no se mueven sino por una fuerza esterna (V. art. 367 del Código Civil.

sido recojidos o recolectados en la finca arrendada (2) (núm. 233.)

«Comprende tambien los muebles que sirven a la explotacion de las fincas i de las casas arrendadas (núm. 235.)

«El derecho acordado a los arrendadores de fincas o casas comprende no solamente, los muebles que pertenecen al arrendatario o subarrendatario, sino tambien los que pertenecen a terceros, cuando con su consentimiento, expreso o tácito, se han introducido para guarnecer la finca o la casa.» (núm. 242.)

«Esta decision se funda en la regla *Alina-res pignori dare voluntate domini potest* (L. 20, tit. 7, lib. 13 D., concordante con la lei 9, tit. 13, P. 5.)

«Los arrendadores de casas o fincas, tienen derecho preferente sobre los muebles i frutos, a los demas acreedores del arrendatario: de donde se sigue, que éste no puede sacarlos en perjuicio de los arrendadores ni enajenarlos (núm. 252.)

«El locador puede perseguir los muebles sacados de su casa o finca, aun contra un comprador de buena fé, o contra algun acreedor que los hubiera recibido en pago o garantía; i la razon es, porque esos muebles, luego que han sido introducidos en la casa o finca, han quedado afectos a una especie de prenda, i como el locatario no los posee ya, sino a cargo de esta especie de prenda, no ha podido transferirlos a otra persona, sino con este gravámen, segun la regla—*Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* (R. 54 ff de reg juris.) (3) (núm. 561.)

Hasta aquí *Pothier*.

Si la verdadera fuente del art. 2,122 del proyecto, no fuera la que acabamos de asignarle, seria quizá el Código Frances.

En efecto, asi lo ha creido el autor de las concordancias de los artículos del Código Civil entre sí, i con los artículos del Código Frances, puesto que nos cita como concordantes con el art. 1,942 los artículos 1,728 i 2,102 del Código Frances.

Veamos el texto para juzgar mejor.

Art. 1,728 «El arrendatario es obligado a pagar el precio del arrendamiento, en el plazo estipulado.

Art. 2,102—Los créditos privilegiados sobre ciertos muebles son: las rentas de los inmuebles sobre los frutos de la cosecha del

(2) Id. la 7 in proedlis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelliguntur pignori esse domini fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit, etc.

(3) Regla 12, tit. 24 P. 7.—E aun dixeron, que ningun ome non puede dar mas derecho a otro en algun cosa de aquello que le pertenece en ella i regla 79 in 6.º. *Nemo potest plus juris transferre in alium, quam in sibi compet dignos caput.*

último año, i sobre el precio [de todo lo que guarnece la finca o casa arrendada i de todo lo que sirve a su explotacion.]»

«El mismo privilejio tiene lugar para las reparaciones locativas i para todo lo que concierne a la ejecucion del arrendamiento.»

«El propietario puede embargar los muebles que guarnecen la casa o finca luego que han sido sacados (*deplacés*) sin su consentimiento, i conserva sobre ellos su privilejio, con tal que los reclame si se trata del mobiliario de una finca, en 40 dias, i en 15, si de muebles que guarnecen una casa.»

Comparando los artículos trascritos con el art. 1,942 del Código Civil, encontramos algunas analogías, pero no verdadera concordancia.

Si el autor poco ha recordado, nos hubiera dicho que los artículos 2,122 i 2,665 del proyecto eran los concordantes con los artículos 1,728 i 2,102 del Código Frances, nada tendríamos que replicar.

Pero, citadas como concordantes con el art. 1,942 del Código Civil es lo que no podemos aceptar.

La razon es, porque la base esencial del art. 1,942 del Código Civil es la *retencion*, mientras que la base del art. 2,102 del Código Frances es el *privilejio*: dos entidades distintas en materia jurídica, aunque pueden llevarnos a un mismo resultado.

Luego el art. 1,942 del Código Civil no puede tener por únicas, fuentes, ni el art. 2,122 del proyecto, ni los artículos trascritos del Código Frances.

Entremos, pues, en la indagacion de esas nuevas fuentes del art. 1,942 del Código Civil.

La Comision revisora, al examinar i discutir el art. 2,122 del proyecto, lo sometió a dos clases de modificaciones, la una de mera redaccion i la otra de fondo, como lo hemos dicho mas arriba.

Las modificaciones de mera redaccion, consisten solo en haber sustituido las palabras *alquilar a precio o renta i se presumirá a se entenderá*. Ellas no tienen influencia en esta discusion, ni tampoco la agregacion de la frase intercalada, *i de las indemnizaciones a que tenga derecho* (el arrendador.)

La modificacion de fondo i por lo tanto la esencial, que nos revela cual fué la intencion de la Comision revisora, consiste en la supresion de las palabras *la loi du arrendador..... un privilejio*, etc. i su reemplazo por estas otras *podrá el arrendador..... retener*, etc. ¿Qué motivos pudo tener la Comision revisora para ello?

Hé aquí un nuevo conflicto. Como la Comision revisora no tuvo secretario oficial, que redactara siquiera en extracto las discus-

siones, no es fácil traslucir «qué se quiso suprimir, qué conservar, qué modificar, qué establecer de nuevo, i por qué motivo.»

En tales circunstancias no tenemos otro arbitrio que lanzarnos en indagaciones, mas o ménos aventuradas, para ver modo de llegar a nuestro objeto, que es el descubrimiento de la verdad.

El autor de la Memoria sobre el *derecho de retencion* en jeneral, presentada a la Universidad en 1862, i en la que se propuso demostrar, que tal derecho era *real*, nos revela los motivos de la Comision revisora en estos términos.

«El inciso 2.º del art. 2,122 del proyecto, dice a la letra «la lei da al arrendador 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.».....

«El 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 art. (1,942) con la de otros varios (del Código Civil.)»

La opinion del autor de la Memoria de 1862, no nos parece aceptable; se apoya en conjeturas i no en pruebas.

A esas conjeturas podemos oponer otras conjeturas sacadas de la misma materia de que tratamos.

Los miembros de la Comision revisora, conocedores del derecho español i romano, debieron opinar que era preferible conservar aquello a que estábamos mas acostumbrados, ántes que aceptar la novedad del *privilejio* del art. 2,122 del proyecto.

Privilejio, era palabra equívoca i podia introducir la confusion, i lo que es incuestionable, vale ménos que *derecho de retencion*.

Obtaron, pues, por lo conocido i no espuesto a equivocaciones i mas espedito.

Tomaron del art. 2,122 del Proyecto, lo que juzgaron conveniente i alteraron su base fundamental, de tal manera que reproduje-

ron la lei 5, tit. 8, P. 5, que a su vez es una copia de las leyes romanas, como lo vamos a ver.

Dice así la lei 5.*

«Alquilada teniendo algun ome de otro alguna casa, si non-le pagare el loguero a los plazos que pusieren con él—dende adelante el señor de la casa puede echarlo della sin pena.»

«E demas dezimos, que todas las cosas que fallaren en la casa de aquel que la tenía alquilada, fincan obligadas al señor della por el loguero e por los menoscabos que oviese fecho en ella; e *puedelas retener el señor dela casa, como por peños*—fasta que le pague el loguero e le enderece los menoscabos que le fizo en su casa.»

«E de lo que desuso dezimos, delas casas, entiéndese tambien de las heredades, como de las viñas, e de los huertos que dan los omes a labrar o arrendándolos.»

«Ca quantas cosas metiere el labrador en ellas con sabiduría (4) del señor, *todas fincan obligadas e las puede tener por peños*, fasta que le pague la renta, si non la pagó a los plazos que le oviere de pagar.»

Esta lei de Partidas es una copia de las leyes romanas, o mas bien dicho, una glosa pesada i difusa de ellas.

Trascribamos esas leyes romanas para comparar la copia con sus originales.

La lei 5 Cod., tit. 65, lib. 4, dice:

«Es de derecho indubitable que aquellas cosas que con voluntad de los dueños, introdujeron los colonos al fundo arrendado, están obligadas *por derecho de prenda* a los dueños de los predios.»

«Mas cuando una *casa* se da en arrendamiento, no es necesaria la ciencia del señor, respecto a las cosas llevadas o introducidas: todas quedan *obligadas por derecho de prenda* (5).

I otra lei romana que hizo estensivo el derecho de prenda tácita de los arrendadores, a los provincianos, dice así:

«Respecto a las cosas llevadas e introducidas por el arrendatario, que están obligadas tácitamente al arrendador por las pensio-

(4) con sabiduría—glosa 2 de G. L.—La razon de la diferencia entre el fundo rústico i el urbano, consiste en que, en el fundo rústico, nada se introduce que pueda estar oculto, por presuncion de derecho: mientras que en las cosas introducidas en el fundo urbano, seria en cierta manera injurioso—descubrirlas e investigarlas.

(5) L 5 tit. 65 lib. 4 C.—Certi juris est ea que voluntate dominorum coloni in fundum, conductum, induxerint, pignoris jure, dominis prædiorum teneri.

«Quando, autem, domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis, scientia domini, nam ea quoque pignoris jure tenentur.

Véanse las leyes 4 i 7 tit. 2, lib. XX, arriba copiadas.

nes, mandamos, que no solamente en una i otra Roma, sino tambien en nuestras provincias, tenga lugar este derecho, pues deseamos que todos se aprovechen de esa justa presuncion (6).

Veamos ahora las acciones que concedian las leyes romanas a los arrendadores para ejercitar su derecho i hacerlo efectivo.

Copiarémos las doctrinas del célebre profesor moderno Ortolan, tomadas de su «Explicacion histórica de las instituciones del Emperador Justiniano.»

Lib. 3, tit. 24 de *locatione et conductione*—acciones relativas al contrato de arrendamiento.

«Las acciones que nacen del contrato de arrendamiento son—la *locati* para el locador, i la *condueti* para el conductor—acciones de buena fé que por la extension que les da este carácter, sirven para reclamar todos los resultados que se derivan *ex equo et bono* del contrato o de sus pactos accesorios.»

«En el edicto del Pretor, hallamos una *actio*, i un *interdictum*, particulares, que se refieren al arrendamiento de fundos rústicos, i que tienen por objeto, no ya la reclamacion de los derechos personales que resultan del contrato, sino la de ciertos derechos reales, conferidos en seguridad de la ejecucion de ellos.

«Respecto de los fundos rústicos—

1.º La *serviana actio*, introducida por el Pretor—accion real—(in rem); por medio de la cual el *locator*, reclama ya contra el *conductor*, ya contra todo tercero detentador, los objetos especialmente obligados al pago de la renta o precio, para obtener la restitucion de ellos, si no se quiere mejor pagarle.

2.º El *interdictum salcianum* por medio del cual el *locator* reclama los mismos objetos, para hacerse dar la posesion de ellos (adipisc. possess. causa.)

«Esta *actio* i este *interdictum* son exclusivamente propios del arrendador de bienes rurales, i se aplican, nó a todas las cosas, sino a las obligadas, como a los *productos del fundo*.

«Respecto a los fundos urbanos se extendió a ellos con posterioridad la *actio serviana*, bajo la calificacion de *utilis serviana actio* i ha sido aplicada a todos los objetos llevados a la casa por el arrendatario, los cuales se han considerado como tácitamente obli-

(6) Sancimus de investis a conductore rebus et illatis, que dominio pro-pensionibus facile obligantur, non solum in urbe que Roma, hoc jus locum habere, sed etiam in nostris provinciis: tali enim iusta presumptione omnes perpotiri desideramus.—Lei 7, tit. 15 lib. 8 Cod.

gados en seguridad de la renta (7).—Hasta aquí Ortolan.

La revista histórica del derecho español antiguo, i del derecho romano, puede parecer prolija; pero nos ha servido para manifestar nuestro propósito, a saber: que las verdaderas fuentes del art. 1,942 C. C., en cuanto a la *retencion*, son esas leyes i no el art. 2, 122 del Proyecto, ni sus concordantes los arts. 1,728 i 2,102 del Código Frances.

Casi estamos tentados por avanzar que la intencion de la Comisión revisora, fué trasformar la *actio serviana vel utilis*, en el derecho de *retencion*, tan eficaz como aquellas, para el efecto de asegurar al arrendador el pago de la renta e indemnizaciones locativas, con preferencia a los demas acreedores del arrendatario.

En efecto: suprimido el *privilejio*, i aceptada la *retencion*, ¿en qué ha podido fundarse ésta, sino en las mismas presunciones del derecho romano?

Dados los antecedentes conocidos de un contrato de arrendamiento, presame la lei, que «todos los frutos existentes de la cosa arrendada, i todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, quedan sometidos a la *retencion*, para la seguridad del precio o renta e indemnizaciones locativas.»

Si la lei 5.^a, tit. 8, P. 5, decia, como *por peños*, i las leyes romanas, *pignoris jure*, no era preciso que la Comisión revisora consignara en el art. 1,942 C. C., esas palabras, para reconocer que su intencion fué, que así se entendiera, aunque no se hubiera expresado literalmente—

Ni es posible dudar sobre esto.—Si el arrendador no tuviera los frutos de su fundo a ese título de prenda tácita legal, llamado hoy *retencion*, no habria la Comisión revisora redactado el art. 1,942, tal cual está, pues que no se *retiene* sino lo que se tiene:

o realmente en virtud de un pacto accesorio del contrato de arrendamiento, o ficticiamente en virtud de una presuncion establecida por la lei.—

De otra manera, las palabras *podrá* el arrendador *retener*, etc., o serian del todo inadecuadas o no tendrian significacion jurídica.

Siendo inaceptables estas dos conclusiones, preciso es convenir en que esas palabras son propias i jurídicas, i que bajo de ellas se

(7) L 1 tit. 9 lib. 8 Cod—dice que el interdictum salvanum solo compete contra el colono—sin embargo Theofilo dice quemlibet possidentem rem coloni instituitur salvanum interdictum. loco citato.

comprende todo lo que el legislador ha querido que se comprenda, sin necesidad de que se agregue, como *por peños o pignoris jure*, de la lei española i de las romanas arriba trascritas.

§ II.

Vamos ahora a examinar qué medios tiene el arrendador para ejercitar el derecho de *retencion*.

Nos parece que tiene tres medios:

- 1.º La retencion de propia autoridad;
- 2.º El embargo por decreto judicial;
- 3.º La accion de recobro, si los objetos afectos al pago de la renta se hallan en manos de terceros.

Primer medio.—Retencion de propia autoridad.

Desde luego, este medio parece estar en contradiccion con el principio jeneral consagrado en la lei 176, tit. 17, lib. 50 D.

«No se ha de permitir a todos, lo que puede ejecutar públicamente el majistrado, para que esto no sea causa de tumulto.»

Principio fundamental de orden público, que encontramos reproducido en la lei 14, tit. X, P. 7, cuyo tentor es éste:

«Atrevidos son a las vegadas omes, de tomar por fuerza, como en razon de prenda, o de paga, algunas cosas de aquellos que les deben algo, e como quier que aquellos sean sus deudores, tenemos que facen desagnisado.»

«Ca por aquesto son puestos los judgadores en los logares, por que los omes alcancen derecho por mandamiento dellos, e non lo puedan por ellos mismos facer.»

«E por ende dezimos que si alguno contra esto ficiere... que si algun derecho habia en la cosa que tomó, que lo debe perder por ende etc.»

«E ha lugar esta pena, quando aquel que prendó a su debdor lo fizo por fuerza o de otra manera, sin derecho e sin placer del.»

Como vemos, la misma lei de Partidas nos revela que el principio jeneral sufre excepciones, a saber: quando el acreedor procede con derecho. (11, tit. 13 i 14, tit. 14, P. 5.)

En tales casos, no se entiende haber injuria i tienen plena aplicacion las reglas «nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur. R 155»—(R 14, tit. 34, P. 7).

«scienti et consentienti non fit iajuria, neque dolus. (R 27, in 6.º)

El C. C. en su artículo 2,392 ha reproducido el mismo principio jeneral de orden público.

«No se podrá, dice, tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad, para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.»

«No se podrá *retener* una cosa del deudor en seguridad de la deuda sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes espresamente designan.»

¿Qué casos son esos que las leyes espresamente designan?

Son cabalmente aquellos en que se concede al acreedor el derecho de *retencion*. Tales son los: del arrendatario (art. 1937 C. C.), del arrendador (art. 1942 C. C.), del mandatario (art. 2162 C. C.), del comodatario (arts. 2182-2193. C. C.), del depositario (arts. 2234, 2240, 2241, 2248 C. C.).

del prendario (arts. 2396-2401-2404 C. C.)

del posadero, del acarreador (art. 2474 C. C.)

Estas excepciones se justifican por sí mismas.

Haber de esperar el ministerio de la justicia, o la obtencion de un decreto de embargo, seria las mas veces remedio tardío o ineficaz.

¿Cómo, por otro lado, privar al retenedor de la única garantía que tiene en sus manos para el reembolso de su crédito?

Suprimir las excepciones, seria favorecer el fraude o la mala fé i someter a una pérdida segura a legítimos acreedores que han velado por sus propios intereses. (8)

Si de los principios pasamos a la práctica, encontraremos casos de aplicacion.—Hé aquí uno de ellos.

El arrendador hizo cerrar la puerta de un escritorio arrendado, porque el arrendatario no le habia pagado cuatro meses de renta.

En consecuencia, el arrendatario entabló querrela de despojo, pero por sentencias de 15 de diciembre de 1864, i de 9 de marzo de 1865, se declaró sin-lugar, por el fundamento, entre otros, de haber usado el arrendador del derecho que le confiere el art. 1942 C. C. (G. n. 1184 cif. 461).

Ya el célebre Greg. Lopez del siglo XVI en la glosa 5 a la lei 11, tit. 13, P. 5, nos atestigua que así se practicaba i era costumbre, que el locador procediera de propia autoridad contra el conductor, a cerrar la puerta de la casa arrendada, si no le pagaba el precio estipulado.

(8) Pero, nótese, que "el arrendador, segun la lei 5. t. 8., P. 5. non debe por sí mismo tan solamente, tomar peños, mas ante dos vecinos, metiendo todas las cosas en escripto ante ellos, porque non pueda ser fecho engaño"—sin duda alguna como condiciones legales del ejercicio del derecho de "retencion" por propia autoridad.

Segundo medio—Embargo por decreto judicial.

Este medio no es peculiar, como el anterior, del arrendador o retenedor, sino que es comun a todos los acreedores, ya sean personales, ya privilegiados, ya hipotecarios o ya prendarios.

El efecto principal del embargo, es la nulidad de los actos posteriores del deudor, relativamente a los bienes embargados.

Son terminantes las leyes a este respecto.—El art. 1464 C. C. dice:

«Hai un objeto ilícito en la enajenacion de las cosas embargadas por decreto judicial, a ménos que el juez la autorice o el acreedor consienta en ello.

El art. 1578 C. C. dice:

«El pago hecho al acreedor seria nulo si se ha embargado la deuda o mandado retener su pago.»

El art. 1661 C. C. dice:

«Embargado un crédito no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante, por niugun crédito suyo adquirido despues del embargo.»

I si el deudor no puede enajenar, tampoco podrá válidamente. constituir prenda o hipoteca (arts. 2387-2414 C. C.)

En vano el tercero adquirente alegaría que habia comprado de buena fé, reputaudo al enajenante como dueño, e ignorando el decreto judicial de embargo.

Los tribunales no dejarían de aplicar la lei aunque el demandado probara que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la lei. (art. 11 C. C.).

Tercer medio—Accion de recobro contra terceros detentadores

De los derechos reales o personales nacen respectivamente las acciones reales o personales (arts. 577-578 C. C.), pero este principio no es tan absoluto, pues el *derecho de retencion*, que no es real ni mere personal, participa de la naturaleza de una i otra accion, como lo vamos a demostrar, puesto que sin este carácter el derecho de retencion seria vano e ilusorio.

El autor de las Instituciones de derecho civil chileno, en la nota 102, emite su opinion en estos términos:

«Si el derecho de *retencion* es o nó real, es cuestion que el C. C. no ha resuelto directamente.

(Aduce como argumento negativo el art. 2466 en que se hace mencion de los derechos reales que competen al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de *retencion* que le conceden las leyes) i agrega:

«No obstante, aunque el derecho de retencion no sea real, ni pueda asimilarse de un modo absoluto con el de prenda, sus efectos son casi los mismos.»

«El derecho de retencion solo puede ejercerse para el pago de la deuda especialmente determinada por la lei.... al que compete derecho de retencion, le está obligada la cosa mientras esté en su poder o se halle en el caso previsto por la lei.... es una especie de caucion—el acreedor goza de prelación en la cosa detenida, i si ésta sale de su poder *indebidamente*, parece, fuera de toda duda, que puede reclamarla.»

«Por estas consideraciones, concluye el autor, no he dicho en el texto que el derecho de retencion sea prenda legal, sino solo que hace las veces de prenda legal.»

Estas apreciaciones son exactas i no podemos dejar de aceptarlas, porque son las mismas que defendemos, a saber:—que del derecho de retencion nace una *accion* que si no es *real*, en el sentido estricto de esta palabra, sus efectos son parecidos a los de toda accion real, puesto que el retenedor puede reclamar la *cosa*, si ha salido de su poder indebidamente contra toda persona.

El autor de la memoria del año de 1862, sobre el *derecho de retencion*, no vacila en calificarlo de *real*.

Nos ocuparemos solamente de la objecion prévia que se propone en estos términos.

«El Código Civil, se dirá, enumera en el art. 577 los derechos reales, i no menciona el de retencion; luego es un derecho meramente personal.

«Este argumento, continúa, peca por su base, pues se dá por sentado lo que cabalmente debe probarse.

«La enumeracion de los derechos reales hecha en el artículo citado, ¿es limitativa o simplemente enumerativa? Hé aquí lo que debe resolverse préviamente; racionar de otro modo es prejuzgar la cuestion.»

«Si se hubiera pretendido hacer una enumeracion taxativa, se habria empleado el artículo definido *los* i no se habria dicho «son derechos reales» etc. sino «los derechos reales son» etc., (i despues de un ejemplo explicativo termina así.)

«No cabe, pues, vacilacion: la predicha enumeracion es solo enunciativa i de ella no puede sacarse ningun argumento contra la *realidad de la retencion*.»

Los razonamientos que acabamos de transcribir del autor de la memoria de 1862, no nos parecen *concluyentes*.

Cuando el señor Bello redactó el art. 861 de su proyecto, que pasó a ser el art. 577 del Código Civil, no pudo imaginarse que esa redacción diera márgen a semejantes conjeturas.

La razón de ello es obvia.

El señor Bello, según el sistema de su proyecto, creía que ciertos acreedores podían *retener en prenda* i que otros debían *gozar de privilegio* para el pago de su crédito.

Así, el poseedor vencido (art. 1065)

el arrendatario (art. 2118.)

el mandatario (art. 2313).

el comodatario (art. 2335).

los depositarios (arts. 2390 i 2391)—podían retener en prenda para la seguridad del reembolso,

El arrendador (art. 2122).

los poseedores, acarreadores (arts. 2663-2665) debían gozar de *privilegio* en concurrencia con otros acreedores, sobre ciertos muebles exclusivamente.

El derecho de los acreedores de la primera clase, siendo el de prenda, art. 2659, debía ser real i estar comprendido en la enumeración del art. 861 del Proyecto.

El derecho de los acreedores de la segunda clase, siendo un *privilegio*, no podía ser un *jus in re*.

De donde se sigue, que el art. 861 del proyecto, con *los* o *sin los* en el concepto del mismo autor, contiene una clasificación taxativa i no meramente enunciativa, de los derechos reales—a saber—dominio, herencia, usufructo, uso o habitación, servidumbres prediales activas, prenda e hipoteca.

La Comisión Revisora aceptó a la letra el art. 861 del proyecto, que pasó a ser el art. 577 del Código Civil.

¿I acaso porque alteró las bases del proyecto, en materia de *retención*, se propuso crear un nuevo *jus in re*? No lo creemos.

Se propuso establecer un *derecho especial*, que no es real, ni personal i que participa de la naturaleza de ámbos.

Bajo ciertos respectos es real, bajo otros respectos es personal

La Comisión Revisora lo quiso así; i en vano disputaríamos, atribuyendo al derecho de retención la naturaleza de un *jus in re* o de un *jus ad rem* exclusivamente.

La *antieresis*, v. g., tiene con la prenda i con la hipoteca afinidades, i sin embargo, el legislador no quiso que *por sí sola* diera al acreedor *ningun derecho real sobre la cosa entregada* (art. 2438 del Código Civil).

Pues, del mismo modo i con la misma autoridad, no ha querido que el *derecho de retencion* fuera personal o real sino especial, sobre frutos i objetos determinados i en los casos previstos por la misma lei.

Si la accion que el art. 1942 del Código Civil confiere al arrendador, para hacer efectivo su derecho contra *terceros*, no es la serviana o cuasi serviana de los romanos, trasformada bajo el nombre de *retencion*, será equivalente, por lo ménos, a la accion que el art. 2392 del Código Civil concede al acreedor prendario para recobrar la tenencia que ha perdido de la prenda, contra *toda persona* en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la constituyó.

I cabalmente en esto consiste la especialidad de la accion de *retencion*, pues sin ser un derecho real, puede ejercitarse como si fuera un *jus in re* o de prenda tácita legal, sobre ciertos objetos particularmente afectos al pago de la renta e indemnizaciones locativas.

Hemos formado esta opinion, no solo del estudio comparado del Código Civil, con el proyecto del señor Bello, sino tambien de varias sentencias de los Tribunales de Justicia sobre la materia de *retencion* que estamos examinando.

Trascribiremos algunas de esas sentencias.

Corte Suprema, 9 de octubre de 1861.

Concurso de M. Lavigne.

Considerando:

1.º Que el art. 1942 del Código Civil concede al arrendador el derecho de *retencion*, para la seguridad del pago de la renta sobre los frutos de la cosa arrendada i todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto;

2.º Que ejercitado este derecho de *retencion* da al arrendador la garantía de acreedor prendario, segun lo dispuesto en el art. 2392 del Código Civil;

3.º Que el síndico del concurso de Lavigne, pidió esta preferencia en la primera reunion de acreedores;

4.º Que las harinas i demas cosas existentes en el molino al tiempo del embargo i de propiedad del arrendatario, son de los objetos enumerados en el primero de dichos artículos.

Con arreglo a las disposiciones citadas i a lo prescrito en el art. 2474 del Código Civil,

Se declara:

Que el concurso de Lavigne debe ser pagado de la renta inso-

luta del molino, con el valor de los objetos mencionados en el 4.º considerando. «Devuelvanse (*Gac.* núm 1006 cifr. 1580).

Otra sentencia de la misma Corte de 30 de setiembre de 1862, aprobando la de 1.ª instancia de 17 de julio, en el concurso de la fabrica de tejidos de lana, en el 2.º considerando (relativo al caso), dice así:—«que el fisco, en su calidad de arrendador, debe ser considerado como acreedor prendario, segun las leyes 9, tit. 17, lib. 3 F. R. i 5, tit. S P. 5 i art. 1942 del Código Civil i en consecuencia se asigna al crédito fiscal el 2.º grado despues de las costas causadas en el interes de los acreedores (*Gaceta* núm. 1057, cifr. 1933).

Nodemos omitir una observacion que nos parece importante.

Entre los majistrados que concurrieron al acuerdo de las dos sentencias que acabamos de trascribir hubo algunos que formaron parte de la Comision Revisora del Código Civil.

¿Qué mejores intérpretes que ellos de la voluntad e intencion del lejislador?

Para nosotros esas sentencias merecen formar jurisprudencia, no solo por la autoridad de que goza, con mucha razon, la Corte Suprema, sino tambien porque la interpretacion que hace del art. 1,942, combinado con el art. 2,392, nos parece juridica i en perfecta consonancia con todos los antecedentes históricos que llevamos espuestos sobre el derecho de retencion del arrendador.

Muy bien, nos parece, se ha conformado la Corte Suprema al art. 24 del Código Civil que dice:

«Los pasajes oscuros de la lei, se interpretarán del modo que mas conforme parezca al espíritu jeneral de la lejislacion i a la equidad natural.»

Pero, permitasenos hojear todavía la *Gaceta de los Tribunales* para rastrear la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, sobre la misma materia de *retencion*.

En el concurso de N. se pronunció sentencia de 1.ª instancia en 14 de enero de 1863, cuyo primer considerando dice así:

«Que no se ha contradicho i es evidente el carácter de prendario que tiene el arrendador respecto de las especies existentes i sobre las cuales ejerció el derecho de retencion conforme al art. 1,942 del Código Civil, etc.»

Por sentencia de 2.ª instancia de 10 de marzo de 1864 fué confirmada llanamente por la Ilustrísima Corte aceptando esos motivos (*Gac.* n. 1,132, cif. 966).

En el concurso de E. se pronunció sentencia de 1.ª instancia con fecha 16 de marzo de 1866, que nos parece digna de transcribirse.

«Considerando:

«1.º Que el derecho de retencion que acordaba la legislación antigua al arrendador (Lei 9, tít. 6, lib. 3 F. R. i Lei 5, tít. 8, P. 5) se anteponia al de todos los demas acreedores en caso de concurso, segun la lei 6, tít. 11, lib. X Nov. R.)

«2.º Que la lei de 31 de octubre de 1845, lo colocó entre los privilegiados (inc. 5.º, art. 7); segun el art. 4 de la misma, preferia a los hipotecarios aunque éstos fueran de fecha anterior;

«3.º Que la lei de 25 de octubre de 1854 lo hizo todavia mas eficaz, acordando la prerogativa de no hacer venir a la masa comun las especies sobre las cuales se ejercía, ni devolverlas sino despues de satisfecho el crédito, como habria sucedido si no se hubiera formado concurso;

«4.º Que esta última posicion del derecho de retencion, no ha sido modificada por el Código Civil, pues reconociendo su existencia i calidades especiales (art. 1,942 del Código Civil) no le da grado en la sentencia prelativa, i se interpretaria mal este silencio, si se quisiera inferir de él que el Código Civil lo ha colocado entre los créditos comunes, haciéndole perder por el solo motivo de la *cesion de bienes* la preferencia que le es natural i de la cual es un antecedente necesario el mismo art. 1,942 citado;

«5.º Que este derecho tampoco puede considerarse incluido en el de prenda, aunque con él tenga mayores afinidades que con otro alguno, porque las leyes anteriores al Código Civil le han atribuido calidades mas especiales i un grado mayor de preferencia; i porque el mismo Código Civil en su art. 2,466 lo clasifica separadamente de la prenda;

«6.º Que el crédito por cánones a semejanza del de prenda no goza de preferencia alguna, fuera de los objetos que positiva i realmente se han *retenido*, siendo ineficaces las *providencias de retencion*, cuando no se llevan a cumplido efecto.»

Se declara:

1.º Que el crédito del señor P. debe cancelarse con los objetos que retuvo, devolviendo al concurso el saldo o sobrante.

2.º Que los demas acreedores que han figurado en este concurso, deben ser pagados en el orden siguiente:

1.º Las costas judiciales en interes comun;

2.º El señor O., con el valor de 1,772 fanegas de trigo que se le dieron en prenda;

3.º La dote de la viuda del concursado;

4.º Los demas acreedores a prorata, etc.

Sentencia de 2.ª instancia de 21 de junio de 1866.—«Vistos: Confirmase la sentencia apelada de 16 de marzo último en la parte reclamada, etc.» (*Gac.* n. 1253, cif. 1024).

Otras sentencias análogas encontramos en la *Gaceta* núm. 1256º bajo la cifr. 1211 (año 1866).

Solo agregarémos que de esas sentencias resulta que la Corte de Apelaciones de Santiago no se ha separado de las doctrinas de la Corte Suprema en cuanto a considerar el derecho de retencion como equivalente al de prenda, para el pago preferente de la renta e indemnizaciones locativas.

De lo cual se deduce que la accion del arrendador, que nace del derecho de retencion, si no es mere-personal ni tampoco real, es a lo ménos especial, i participa de la naturaleza de ámbas.

§ III.

Examinemos la opinion de los que sostienen que el derecho de retencion, siendo facultativo, solo comienza a existir desde que se pone en ejercicio mediante un decreto de embargo; i que se desvanece si el arrendatario ha sacado los frutos i objetos, o los ha enajenado, real o simuladamente, sin noticia del arrendador, ántes de espedido el decreto de embargo, etc.

Que el derecho de retencion sea facultativo, nada influye en la cuestion que ajitamos.

Facultativo, aplicado a derecho, solo significa que podemos o nó ejercerlo a nuestro arbitrio. En este sentido casi todos los derechos son facultativos; porque a nadie puede compelerse a que los ejercite si no lo quisiere.

El verbo *podrá* en el art. 1942 del Código Civil significa que la lei autoriza formalmente al arrendador para *retener* con derecho lo que ya *tiene*.

El autor de las Partidas decia de sí mismo «que aquello era su poder que podia facer con derecho» (L. 14, tít. 5, Part. 2.)

I al contrario las palabras *no podrá*, quitan todo poder de derecho i de hecho: son una prohibicion formal que anula todo acto.

Dejando a un lado el calificativo de facultativo, que a nada conduce, ¿es cierto que el derecho de retencion solo comienza a existir desde que se obtiene el decreto de embargo?

No podemos convenir en ello.

A nuestro entender, no deben confundirse dos entidades diferentes. El derecho de retencion i el decreto judicial de embargo.

El derecho de retencion del arrendador, comienza a existir desde el momento en que se verifican los requisitos de su existencia jurídica, a saber: contrato de arrendamiento e introduccion en el fundo urbano o rústico de les objetos destinados a su explotacion. —Existe pero en suspenso hasta que llegue el caso de ejercitarlo o hacerlo efectivo.

El derecho de retencion recae no solo sobre los frutos del fundo (que son una especie de prenda natural) sino tambien sobre los objetos con que el arrendatario lo haya amoblado, guarnecido o provisto (que son una especie de prenda legal) para seguridad de la renta e indemnizaciones locativas.

Existiendo el derecho de retencion por ministerio de la lei, independientemente de la voluntad del arrendatario, no podrá éste privar al arrendador de tal derecho, ya sacando los frutos i objetos de la cosa arrendada, ya enajenándolos real o simuladamente, sin su consentimiento.

Mientras tanto la retencion por decreto judicial de embargo sí que comienza a existir desde que el decreto es librado por autoridad competente: se extiende a todos los bienes del deudor, muebles o raices i es un medio comun a todos los acreedores, que adquieren, desde ese momento, una especie de prenda pretoria, bajo la mano de la justicia.

Sciendum est (dice la lei 27, tít. 12, l. 7 D.) ubijussu magistratum pignus constituitur, non alias constituit nisi ventum fuerit in-possessionem.

Lei que fué traducida en la lei 13, tít. 13, P, 5 en estos términos:

«Ca las cosas que mandan dar los judgadores por peños non son obligadas fasta que entreguen dellas a aquellos a quien las manden dar.»

De aquí es que el efecto inmediato de la violacion del decreto judicial de embargo, es la nulidad de la enajenacion de las cosas embargadas.

I el efecto inmediato de la violacion del derecho de retencion es el recobro de los frutos i objetos afectos a la renta e indemnizaciones locativas.

Esta accion de recobro contra todo detentador es semejante a las que se conocian en derecho romano con el nombre de *in rem scriptæ actiones*.

«Regularmente, dice Hermorsilla (vol. 1, núm. 4 i 5), las acciones personales no se dan contra terceros; pero aquí, se me da a mí contra el poseedor *actio in rem scripta*, no como a tu sucesor, sino como a poseedor de cosa, en que yo tenía un derecho (jus pignoris).

Las acciones personales *in rem scriptæ*, se distinguen de las mere-personales, en que aquellas no competen a uno en virtud de un contrato, sino de la disposicion legal, *vel ex facto vel delicto alterius*.

La acción que nace del derecho de retencion, que ha sido violado en perjuicio del retenedor, no puede ser otra que la del recobro. Resulta como lo hemos dicho mas arriba de las disposiciones combinadas de los arts. 1,942 i 2,393 del Código Civil, i puede dirigirse contra toda persona en cuyo poder se encuentren las cosas afectas al pago de la renta e indemnizaciones locativas.

Los que sostienen la opinion que estamos combatiendo, nos replicarían que el arrendador, ya que dirige su acción contra terceros detentadores de los frutos u objetos existentes de la casa arrendada, debe probar su mala fé.

Responderemos que el arrendador no ejercita la acción *pauliana* o rescisoria, para que le incumba la prueba de la mala fé del detentador.

Si examinamos los caracteres de la acción pauliana o rescisoria, veremos que solo compete a los acreedores ejecutantes, concursantes i no a los arrendadores cuando pretenden hacer valer solo su derecho de retencion.

La *lei 24 ff que in fraude creditorum*, pasó a ser la 7.^a tít. 15, P. 5 en cuya glosa 9.^a resume el Greg Lopez los requisitos de su admisibilidad:

Scilicet, fraus ex parte alienantis, scientia ex parte recipientis et eventus fraudis.

«El fraude, añade el célebre comentador se infiere del hecho de que vendedor i comprador sabian que habia acreedores, i que los bienes no alcanzaban a cubrir sus créditos.»

Las razones de la lei son estas:

Que debía suponerse que los adquirentes estaban de buena fé, cuando no tuvieron motivo para saber el mal estado de los negocios del enajenante.

Que ántes de la cesion de bienes o de la apertura del concurso tenia el deudor la libre disposicion de sus bienes, i pudo transmitir su dominio, que no estaba limitado por el derecho de terceros.

Que, por lo tanto, para rescindir las enajenaciones anteriores a esa época, era preciso probar la mala fé o el fraude de los adquirentes, a fin de que las cosas volvieran a la masa comun i sus valores fueran distribuidos con arreglo a las leyes, sin agravio de los concursantes.

Esa misma accion pauliana, o rescisoria, de la legislacion romana i española, ha sido reproducida con su causa i efectos en el art. 2,468 del Código Civil en estos términos:

«En cuanto a los actos ejecutados ántes de la cesion de bienes o de la apertura del concurso, tendrán derecho los acreedores para (pedir) que se rescindan los contratos onerosos i las hipotecas, prendas i anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fé el otorgante i el adquirente; esto es, conociendo úmbos el mal estado de los negocios del primero, etc.»

Parece que es claro que la accion pauliana, es la que compete a los concursantes i no a los arrendadores que ejercitan el derecho *de retencion* i que, por lo tanto, están fuera de concurso o sin colocacion en la sentencia de grados.

¿Por qué, pues, se habia de obligar entónces a los arrendadores a ejercitar una accion que no les compete?

Intentando, la accion de recobro que es la que les compete, basta que prueben que los frutos i objetos reclamados son realmente del fundo arrendado, que fueron sacados indebidamente del fundo por el arrendatario, o enajenados por éste real o simuladamente, sin consentimiento o noticia de los arrendadores para dejarlos así insolutos de la renta e indemnizaciones locativas.

Los terceros detentadores, que en la jeneralidad de los casos, son cómplices del fraude del arrendatario o encubridores *testaferrea*, suelen alegar que no sabian que el enajenante era arrendatario; lo que no les puede valer segun la regla (*qui cum-alio contrahit, vel est, vel debet esse non igrarus conditionis ejus* R 19, tít. 17 tis. 50 D.) i aun se atreven a decir que ignoraban que la lei concediera al arrendador el derecho de retencion, como si pudiera servirles de excusa la ignorancia de la lei, o como si pudiera el arrendatario conferir a los terceros por la tradicion mas derecho que el que podia tener el mismo en los frutos i objetos afectos a la renta (L. 12, tít. 34, P. 7—, art. 682 del Código Civil.

Si se nos observara, que el derecho de retencion del arrendador debe asimilarse al de los posaderos i acarreadores, que solo conservan sus privilegios mientras permanezcan los efectos en las posadas o almacenes, no estaríamos distantes de aceptar la analogía

de casos, i solo preguntaríamos: ¿cómo salieron los efectos de la posada o del almacén? ¿Fue con noticia o consentimiento de los tenedores o al contrario?

Si lo primero, no hai cuestion; se entiende que han querido renunciar su privilegio, i convertirse en acreedores comunes.

Si lo segundo, no entendiéndose que hayan renunciado su privilegio, lo conservan; pueden pedir que se les restituya la tenencia de los efectos contra cualquier detentador, hasta concurrencia de lo que se les deba por alojamiento o acarreo, espensas i daños (artículo 2474 C. C.)

El hecho ilícito, sea delito o cuasi-delito, sea quien quiera el que lo cometa, no es fuente legítima de dominio de cosas muebles, en que el retenedor reclamante tiene un derecho reconocido por la lei, llámese privilegio, como el de los posaderos o acarradores, o llámese *retencion*, superior al privilegio, como el del arrendador, para la seguridad de la renta e indemnizaciones locativas.

§ IV.

Vamos a concluir señalando los casos en que cesa la accion del arrendador o en que evidentemente no puede tener lugar.

1.º La *retencion* se ha concedido al arrendador para la seguridad de la renta e indemnizaciones locativos (art. 1942 C. C.)

La accion que se le confiere se funda, pues, en ese interes directo; de suerte que si el arrendador está pagado por cualquier otro medio de lo que se le debe, por tal razon, cesa su accion, o mejor dicho no la tiene ya para perseguir contra terceros los frutos i objetos de la cosa arrendada.

2.º ¿El arrendador ha consentido en que los frutos i objetos de la cosa arrendada, salieran de su tenencia i pasaran a manos de terceros?

No ha sido entonces defraudado. Puede oponérsele la excepcion de la regla de derecho.

Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt (R. 145, tit. 17, 50 D.)

3.º ¿Permitió el arrendador que los frutos u objetos de la cosa arrendada fueran enajenados por el arrendatario? Se entiende que ha dimitido su derecho de prenda legal sobre ellos, segun la regla.

Creditor qui permittit rem venire pignus dimittet (R. 153, 17. 50. D.)

Lo mismo seria, si aunque no permitió al principio la enajenacion, la ratificó despues, segun estos principios «que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño»—«que si

éste la ratifica despues, confiere al comprador los derechos de tal desde el momento de la venta» (arts 1815 i 1818 C. C.).

¿I qué diremos si el arrendatario dió en prenda los frutos i objetos de la cosa arrendada, i entregó el precio del empeño al arrendador a cuenta?

Es indubitable que no podria repetir esos frutos i objetos, sin reembolsar préviamente al acreedor.

Lo contrario seria enriquecerse a espensa ajena, lo que no es lícito.

Neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore (R. 206, 17. 50. D. lei 17, tit. 34, p. 7.)

4.º ¿Los frutos i objetos de la cosa arrendada, fueron vendidos en almoneda, por ministerio de la justicia, para el pago de otros acreedores?

Los adquirentes no tienen que temer la reivindicacion. La intervencion del juez, que ha cuidado de que se observaran las formalidades legales en tales casos, debe hacer cesar toda reclamacion ulterior.

El arrendador pudo o debió saber cuándo i cómo se procedia contra el arrentario. ¿No intervino en proteccion de sus derechos? —La culpa es suya. (L. 43, tit. 13, P. 5).

Aquí tiene aplicacion la regla jeneral sobre los bienes vendidos en subasta pública, i de que tenemos ejemplos en los arts. 484—491 del Código Civil, relativos a la herencia yacente—art. 633 al 639, relativos a especies al parecer perdidas o naufragas—art. 641 i 642 relativos a especies tomadas por bandidos, piratas o insurjentes; especies que una vez subastadas, sus antiguos dueños pierden su accion reivindicatoria, i solo les queda el derecho al precio de subasta, hechas las léjitas deducciones.

5.º El art. 890 del Código Civil establece otra exepcion *favore commercii*, que excluye la reivindicacion o accion de recobro.

«Los poseedores de los frutos i objetos de la cosa arrendada, los compraron en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial, en que se venden cosas muebles de la misma clase.»

«Los poseedores no estan obligados a restituir tales frutos i objetos si el arrendador que ejércita su derecho de *retencion*, no les reembolsa lo que hayan dado por ellos i lo que hayan gastado en repararlos i mejorarlos (o conservarlos).

¿Qué fuera del comercio sin esta proteccion legal?—¿Quiénes se atreverian a comprar en los mercados públicos, si estuvieran espuestos a la reivindicacion i a la pérdida de los valores dados por esos objetos?

6.º Algunos creen que el art. 1942 del Código Civil solo autoriza la retención de los frutos i objetos existentes en o dentro de la cosa arrendada, pero que no se estiende a los que existen fuera de ella, al tiempo de la cesion de bienes o apertura del concurso.

Este es un error evidente.

El art. 1942 del Código Civil dice: «frutos existentes de la cosa arrendada, etc.» i no existentes en o dentro de la cosa arrendada.

Existentes de, se contrapone a destruidos, desaparecidos, etc., en el sentido del art. 1670 del Código Civil. De consiguiente, con tal que esten existentes, dondequiera les alcanza el derecho de retención. El lugar o punto en que accidentalmente se encuentran, no altera el derecho del arrendador, ni los liberta del gravámen de la prenda legal que los afecta en favor del arrendador.

Podemos ilustrar la materia con algunos ejemplos.

Supongamos que los trigos o granos cosechados habian sido guardados en el granero del vecino, o que las carretas aperadas del fundo rústico se encontraban en viaje de acarreo en el camino público o en un alojamiento a la apertura del concurso.

El arrendador pide la retención de los trigos o granos i carretas aperadas con animales, etc., para seguridad de la renta insoluta e indemnizaciones locativas. Si el juez leyera el art. 1942 del Código Civil (así como lo leen algunos) frutos existentes *en o dentro* de la cosa arrendada, denegaría la petición del arrendador, dejaría frustrada su reclamación.

Pero, si leyere ese art. 1942 con atención, advertirá que dice *frutos existentes de* la cosa arrendada, i accedería a la petición obrando en justicia.

De la misma manera, supongamos que el arrendatario de la casa, en la víspera del día en que se vence el pago de la renta, traslada ocultamente sus muebles a la casa vecina o simula una enajenación de ellos.

El arrendador va a cobrar la renta i encuentra desalojada la casa.

Pide retención de los muebles que le están afectos para seguridad del pago.

¿Há o nó lugar la retención?

La providencia del juez dependerá de la manera de leer ese art. 1942, según lo que acabamos de decir del caso anterior.

Si leyere, objetos *existentes, en o dentro* de la cosa arrendada, negará la petición; i al contrario accederá a ella si leyere como de-

be de leer, *objetos existentes de la cosa arrendada*, con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, etc.

¿De qué serviría el derecho de *retencion* para seguridad del pago de la renta i de las indemnizaciones locativas, si aceptáramos la lectura errónea del art. 1942 C. C.?

¿Cuándo tendria aplicacion, puesto que el arrendatario tenia en su mano burlar siempre al arrendador, trasportando los frutos i objetos de la cosa arrendada en la víspera del pago de la renta o de la cesion de bienes?

7.º No es la circunstancia accidental de estar *en o fuera* del fundo urbano o rústico, sino la calidad característica de ser *frutos de la cosa arrendada* u objetos con que el arrendatario la ha provisto o guarnecido, lo que los afecta al derecho de retencion en los términos del art. 1942 C. C.

Asi es que, cuando falta esta calidad, aunque ciertos frutos u objetos se encuentren *en o dentro* del mismo fundo arrendado, no están afectos al derecho de retencion del arrendador.

Pongamos algunos ejemplos como en el caso anterior para ilustrar la aplicacion de la lei.

Supongamos que una persona ha arrendado a diversos dueños dos fundos inmediatos, de los cuales el uno tiene graneros i el otro no los tiene, i al contrario éste tiene potreros i aquel no los tiene.

A la fecha de la apertura del concurso del arrendatario, los granos cosechados en el fundo *A.*, están guardados en los graneros del fundo *B.* i los animales del fundo *B.*, pacen en el fundo *A.*

Los arrendadores de ámbos fundos hacen valer sus respectivos derechos de retencion.

El uno pide la retencion de los frutos o granos, aunque existan en los graneros del fundo *B.*, i el otro la retencion de los animales aunque existan en los potreros del fundo *A.*

Aquí no hai confusion de derechos, que cada cual de los acreedores los tiene espeditos.

El cambio accidental de lugar no los ha alterado en lo menor. El uno se pagará de la renta insoluta con el valor de los trigos i el otro con el valor de los animales, i con preferencia a los demas acreedores del insolvente o concursado.

Supongamos ahora que el arrendatario de una casa introdujo en ella un estante con libros o un juego de mapas jeográficos, o una coleccion científica o artística.

No estarian sujetos tales artículos u objetos al derecho de *reten-*

cion, porque no formando ellos el ajuar de una casa (art. 574 C. C.), no son de aquellos con que el arrendatario la haya amoblado, guardado o provisto; únicos sobre los cuales concede el art. 1942 el derecho de retencion para seguridad del precio o renta.

¿I qué diremos del dinero sonante? Que tampoco estaria sujeto al derecho de retencion del arrendador, porque el dinero no está destinado esclusivamente a la explotacion del fundo rústico o urbano, sino que tiene innumerables aplicaciones.

Lo mismo debemos decir de las escrituras i obligaciones que se encontraren en el fundo.

Siendo simples instrumentos para probar la existencia de los créditos, no con cosas corporales, sino incorporeales, *que in solo jure consistunt*, i que por consiguiente, no estarian en ningun lugar nullo *circumscribuntur loco* (art. 565 C. C.)

En una palabra, no puede decirse que estén destinados a la seguridad de la renta e indemnizaciones locativas.

S.^o Finalmente, acreedores concursantes de arrendatarios, han pretendido repetidas veces rechazar el derecho de retencion de los arrendadores, alegando:

Que segun el art. 2470 C. C., las causas de preferencia son solamente el privilejio i la hipoteca, i que segun el artículo 2488 C. C., la lei no reconoce otras causas de preferencia que las indicadas (privilejio e hipoteca).

Que de consiguiente, no estando enumerados en la lei entre los privilejios el derecho de retencion del arrendador, debe cesar en caso de concurso i graduarse su crédito en la 5.^a clase de acreedores comunes segun el art. 2489 C. C.

Pero tambien repetidas veces los tribunales han desechado semejantes alegaciones, dando preferencia al derecho de retencion, que si el lejislador no salvó literalmente en los art. 2470 i 2488, seria por una omision involuntaria, o por creer que seria innecesario, habiendo ya espresamente establecido i señalado sus efectos en varios artículos del mismo C. C. i principalmente en el art. 1942 que es el tema de nuestra memoria.

Nos parece que esta materia se halla establecida por una jurisprudencia unánime, constante, de todos los tribunales superiores de la República, que no podemos volver a ventilarla i ménos podemos creer que vaya a trastornarse por una jurisprudencia *contraria o vacilante*.

Las sentencias a que aludo pueden consultarse en la *Gaceta de los Tribunales* (*Gac.* núm. 1109, sent. 1971—*Gac.* núm. 1170—sent. 2502—*Gac.* núm. 1195—sent. 966—*Gac.* núm. 1252 sent. 1323—*Gac.* núm. 1255 sent. 1168, etc.

Santiago, julio 11 de 1879.—PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DE LA UNIVERSIDAD.—*Campo*.—*A. Vergara Albano*.—*Tocornal*.