

EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL HOLANÉS

R. ZWITSER*

RESUMEN: El autor comienza su artículo enfatizando la importancia que tiene el derecho comparado en materia de derecho patrimonial y mercantil. Hace mención del más nuevo de los códigos civiles existentes en la actualidad: el Código Civil holandés. Posteriormente, concentra su atención en el llamado “derecho de retención”, comparando la definición doctrinal mexicana del mismo con la del ya mencionado código, destacando al mismo tiempo la limitación del mismo en nuestro sistema jurídico, desde su base constitucional. Habla de la importancia del derecho de retención en la práctica comercial actual, ya que con el agrandamiento de mercados coincide el agrandamiento de empresas, por consiguiente, para estas empresas es difícil conocer a sus clientes. Y si lo que se busca es seguridad en las prácticas comerciales, se inclinarán a cambiar la confianza personal a la seguridad de las cosas. Tomado en cuenta los razonamientos a favor de la ampliación de dicho derecho de retención, invita a los juristas de otros países a considerar la ampliación de dicho derecho en sus correspondientes sistemas jurídicos.

ABSTRACT: The author begins his article emphasizing the importance of Comparative Law to the subject of asset and commercial law. He mentions the newest of the civil codes currently in existence: The Dutch Civil Code. Subsequently he concentrates his attention on the so-called “Law of Withholding”, comparing the Mexican doctrinaire definition thereof, to that of the aforesaid Code, at the same time pointing out the limitation thereof in our legal system, with basis in our Constitution. He speaks of the importance of the Law of Withholding to current commercial practice, since the growth of markets coincides with the growth of companies, and therefore, it is difficult for these companies to know their clients. And if the objective is to seek security in commercial practices there will be a tendency to exchange personal trust for the safety of things. Taking into account the reasoning in favor of expansion of the said Law of Withholding, he invites the Jurists of other countries to consider the expansion of the said law in their own legal systems.

* Abogado holandés y profesor en la Universidad de Rotterdam.

I. INTRODUCCIÓN

En 1992 se elaboró la mayor parte del nuevo Código Civil de los Países Bajos (Holanda). La constitución de un nuevo código civil es un gran acontecimiento para todos los interesados en esta materia. Pasaron décadas de preparación por los mejores jurisconsultos del país. La jurisprudencia de más de un siglo ha sido incorporada en el nuevo código. Muchas preguntas pendientes fueron solucionadas. Las teorías científicas modernas están ahí reflejadas. Las demandas de una economía moderna están mejor logradas. Regulaciones similares de otros países fueron investigadas para su posible aplicación.

Por todo lo antes mencionado, hemos visto que científicos de muchos países se interesan en los novedades de nuestro nuevo código, en especial sobre lo concerniente al derecho patrimonial y mercantil. El derecho patrimonial y mercantil está dirigido, en parte importante, por las demandas de la economía. Esta economía tiene, cada vez más, un aspecto internacional. Las demandas de la economía en un país no serán tan diferentes de las demandas de la economía en otros. De este modo, las respuestas encontradas en un país a tales demandas, son de gran interés para quienes desean desarrollar este derecho en otros países.

La importancia de la comparación de diversos sistemas de derecho radica también en que en el campo de derecho patrimonial y mercantil existe gran similitud en los principios que determinan los diferentes reglamentos. Con el fin de encontrar las mejores aplicaciones de los principios generales del derecho, en un mundo cambiante, es interesante ver como lo hacen otros países con principios semejantes y economía parecida.

Es importante destacar que para el estudio de un código en una lengua extranjera es esencial que exista una traducción adecuada de dicho documento. Afortunadamente, en este momento existe una traducción tal en español, de casi todos los libros del nuevo Código de Holanda. Muy atinadamente el doctor Juan Guillermo van Reigersberg Versluys, cónsul de Holanda en Málaga y discípulo del doctor Bernardo Moreno Quesada, catedrático de derecho civil de la Universidad de Granada, ha sido quien con una perseverancia admirable ha traducido todo nuestro nuevo código en español. Fue así como en 1996, con un prólogo escrito por el cate-

drático doctor Bernardo Moreno Quesada, publicó la traducción de los libros 1, 3, 5, 6, y las partes del libro 7 que ya estaban en operación. En 1998 publicó el libro 2, y en 1999 el libro 8 y las partes del libro 7 que todavía están en la última etapa del proyecto. Es así que cuando me refiera en este ensayo a los artículos del nuevo código holandés, usaré la traducción del doctor Van Reigersberg Versluys.

En este artículo quisiera dar información sobre una de las novedades que no sólo contiene importancia práctica, sino también un aspecto científico remarcable. Me refiero al derecho de retención. Prácticamente este derecho está amplificado, abarcando tanto a los contratantes como al retenedor y a los terceros. Teóricamente sin declaración expresa, la ley ha afirmado el aspecto real que siempre ha tenido en parte este derecho de origen contractual.

II. LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

El profesor Ernesto Gutiérrez y González¹ ha elaborado la siguiente definición: “Derecho de retención es la facultad que la ley otorga al acreedor, víctima de un hecho ilícito o no, para conservar, hasta que el deudor cumpla su prestación, un bien que posee, propiedad de este, y el cual no entregó al acreedor en garantía del cumplimiento de su obligación”.

En Holanda el concepto es el mismo, aunque diferentemente descrito: “El derecho de retención es la facultad que compete en los casos indicados en la ley a un acreedor, para suspender el cumplimiento de una obligación de entrega de una cosa a su deudor hasta que se satisfaga el crédito”.²

Parece que en México la procedencia del derecho de retención está todavía bien limitada. Gutiérrez y González menciona ocho casos en los que la ley otorga un derecho de retención, y defiende por lo demás la tesis del empleo restringido. De otra forma, dice, se infringiría el artículo 17 constitucional, en donde se establece la prohibición de hacerse justicia por sí mismo. Además, sigue:

1 Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 1993, núm. 784.

2 Art. 3:290, Código Civil holandés, CCh.

El fundamento de este derecho, radica en que la ley para ciertos y determinados casos, considera indispensable dar cómoda protección a la víctima de un hecho ilícito o no, a efecto de que le sea en el futuro más fácil obtener la indemnización a quien tiene derecho; piénsese por ejemplo, si por muy ilícito que sea incumplir un 'contrato a título gratuito', sería justo otorgar, al beneficiado con la liberalidad a más de ésta, por analogía un derecho de retención respecto a bienes que tuviera, llegado el caso, de la propiedad de quien le hace la liberalidad y que ahora comete el hecho ilícito de no cumplirla.

El viejo código holandés tomaba igual posición que el código mexicano. El nuevo código, al contrario, da diferente imagen. El derecho de retención ha tenido una amplificación enorme. No sólo hay ahora un efecto extensivo entre los contratantes, sino que además se puede oponer el derecho de retención a terceros, y si quisiera el retenedor vender la cosa (por orden judicial), tiene un derecho de prioridad. Este cambio en la ley no fue inesperado. Durante décadas, la literatura había incitado a este cambio y además ha sugerido que ya existía en parte.

Esta insistencia en la literatura por una amplificación del derecho de retención se basó en una necesidad que conllevaba la práctica. Entonces, cómo es que cambió la práctica, al grado de hacer crecer esta necesidad. Parece que dos factores fueron importantes. Un factor sería la escala de los negocios, otro la fuente del crédito de las empresas. Antaño, gran parte de los negocios se establecieron en pequeña escala entre gentes que se conocían. Había lazos entre la gente, y por esto confianza. La necesidad de seguridad de bienes era poca, así que el derecho de prenda era más que suficiente. Además, había la costumbre de no pagar inmediatamente los servicios rendidos o la mercancía comprada. Mucha gente pagaba al final del año o todavía más tarde. El crédito otorgado por la otra parte era muy normal, esto es, se daba un plazo para la liquidación. En estas circunstancias, apenas puede funcionar el derecho de retención. Ni vendedor ni comprador quisieron que el comprador no recibiera el bien comprado hasta que fuera liquidado. Tampoco un reparador quiso que su cliente tuviera que prescindir del bien reparado hasta cumplirse el plazo convenido para el pago.

En las últimas dos o tres décadas, hubo un cambio en éstos dos factores. La escala de negocios creció enormemente. Ahora los empleados de las grandes empresas no conocen tanto a sus clientes. El negocio se

volvió cada vez más impersonal y anónimo. Por esto las empresas ya no confían más en sus clientes a los que no conocen, y buscan la seguridad de sus bienes. El derecho de retención necesitó ser invocado cada vez más. Además, las bancas ahora facilitan un crédito fácil y de interés bajo. Por lo que actualmente las empresas tienen su crédito con la banca y pueden pagar sus cuentas sin retraso, como ellas a su vez demandan el pago inmediato de sus clientes.

Bajo estas circunstancias, el derecho de retención toma un papel cada vez más grande. Con clientes anónimos, el bien en detención funciona como prenda y constituye así una garantía importante. Y con la obligación de pagar de inmediato, la cosa nunca estará en detención, más que el tiempo necesario. En Holanda, particularmente, el derecho de retención tiene importancia porque muchas empresas se dedican a prestar servicios. Estos servicios, en ocasiones, incluyen la detención de mercancía o de documentos. En esta situación, el derecho de retención da un gran poder, el cual no puede obtenerse tan fácilmente de alguna otra manera.

En este momento, parece que en México hay desarrollo comercial de igual forma como ocurre en Europa. Especialmente, después del Tratado de Libre Comercio (NAFTA), se espera que el comercio será a gran escala y con clientes (internacionales) desconocidos, y el pago será de inmediato o garantizado con un documento de crédito. Por lo anterior, se espera que en México crecerá, así como en Europa, la necesidad de un derecho de retención más amplio. Tal vez, el nuevo Código Civil de Holanda, algún día podrá servir como ejemplo de un arreglo detallado de este derecho.

III. AMPLIFICACIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN ENTRE LAS PARTES

De Gutiérrez y González (núm. 788) anoto lo siguiente: “En la busca de la naturaleza jurídica [del derecho de retención], se ha considerado que necesariamente se debe tratar o de un derecho real o de uno personal, toda vez que la tesis clásica dice que a ellos se reduce el contenido del patrimonio”. Sin embargo, el autor considera que el derecho de retención no es real ni personal. Según él, el derecho de retención es una facultad que se otorga a la víctima de un hecho ilícito o no, la cual reposa en un principio de defensa privada que la ley autoriza, con una orientación de economía procesal y que implica una idea de compensación. En Ho-

landa, el derecho de retención está considerado como derecho contractual (a menos que no se trate de una facultad otorgada por la ley fuera del contrato, como en la materia de posesión), con efectos reales. En el fondo está considerado como derecho personal, una especie de la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*). Como dice Gutiérrez y González (núm. 784), el derecho de retención implica no cumplir con entregar lo que se debe, mientras no se le cumpla a su vez a quien debe entregar. Así el derecho de retención parece tener raíces en la naturaleza del contrato recíproco *do ut des*, te doy bajo la condición de que me des.

Artículo 6:262, CCh; exhibe la excepción de incumplimiento contractual: “Cuando una de las partes no cumpla con su obligación, entonces está facultada la parte contraria a suspender el cumplimiento de sus obligaciones que se encuentren como contrapartida. En caso de un cumplimiento parcial o no adecuado está permitida la suspensión solamente, en cuanto la deficiencia la justifique”.³

Como dice Gutiérrez y González (núm. 784) el derecho de retención se refiere sólo a obligaciones con objeto de dar, y de dar cosa cierta, en tanto que la *exceptio non adimpleti contractus* se opone en todo tipo de obligaciones recíprocas, sea cual fuere su objeto.

El *exceptio non adimpleti contractus* del artículo 6:262, CCh, sólo tiene remedio cuando los contratantes han convenido en prestar al mismo momento. Si uno de ellos estuviera obligado de prestar con anterioridad, no tendremos la situación en que el otro no cumpla con su obligación. Sin embargo, puede ocurrir que la parte que tiene que prestar primero, ya presente que la otra parte no cumplirá. En este caso, el artículo 6:263, CCh puede salvarla:

La parte que esté obligada a hacer la prestación primero, está facultada, no obstante, a suspender el cumplimiento de su obligación, si después de la celebración del contrato, circunstancias llegadas a su conocimiento le dan buena razón para temer que la parte contraria no cumplirá con sus obligaciones que se encuentren como contrapartida. En caso de que exista buena razón para temer que solamente será cumplido en parte o no adecuadamente, está permitida la suspensión solamente en cuanto la deficiencia la justifique.⁴

3 Cfr. artículo 2286, Código Civil mexicano (CCm).

4 Cfr. artículo 2287, CCm.

Bajo el régimen del viejo código, la Suprema Corte en 1978 ha decidido que conforme al principio de la reciprocidad, un contratante sólo puede invocar su derecho de suspensión si hay bastante conexión entre las prestaciones envueltas. En la sentencia, se trató sobre un inquilino que no pagaba más su renta, alegando que el dueño no había cumplido con su deber de hacer reparaciones. La Suprema Corte declaraba que la obligación de reparar, en general, sólo formaba una obligación accesoria, y que por falta de ésta el inquilino no puede suspender su obligación principal de pagar renta. Ya no hay bastante conexión entre una prestación accesoria en un lado y una prestación principal en otro lado.

Conforme al nuevo código, ya no es posible tomar una decisión de este tipo. En el nuevo código, el legislador ha amplificado las posibilidades del derecho de suspender su prestación, y por ende del derecho de retención, de tal manera que también puede servir para estimular a la otra parte para que cumpla con su obligación. Ahora la base del derecho de retención no sólo es la idea de *do ut des*, te doy bajo la condición de que me des; sino también el principio de defensa privada, como dice Gutiérrez y González (núm. 788). Así el derecho de suspensión y por ende el derecho de retención funcionan como una cláusula de pena.

Las disposiciones relativas a esta función se encuentra de los artículos 6:52 hasta 6:57, CCh. Según el artículo 6:52, CCh:

Un deudor que tenga un crédito exigible sobre su acreedor, está facultado a suspender el cumplimiento de una obligación hasta que tenga lugar satisfacción de su crédito, si existe entre el crédito y la obligación suficiente conexión para justificar esta suspensión. Tal conexión puede suponerse entre otras cosas en caso de que las obligaciones se deriven mutuamente de la misma relación jurídica o de cosas que las partes hayan hecho regularmente la una con la otra.

La idea de conexión entonces no ha desaparecido por completo. La ley exige conexión. Pero el contenido de la conexión ha cambiado. Ahora una obligación accesoria tiene bastante conexión con una obligación principal. Pero lo más significativo es que está permitido suspender una obligación, por no cumplir con una prestación en otro previo contrato. Un depositante, por ejemplo, puede rehusarse a entregar la mercancía en su depósito, alegando que la otra parte, tal vez un expedidor, todavía no

ha pagado la cuenta recaída sobre otra mercancía anteriormente en depósito, recaída sobre otro contrato. La posición de los terceros envueltos tendremos que verla aparte a continuación.

La diferencia en función entre reciprocidad y estimulación evoca una diferencia en la regulación. En el artículo 6:54, CCh, la ley pone un límite al uso del derecho de suspensión en su función de estimulación: “Ninguna facultad de suspensión [conforme al artículo 6:52, CCh] existe... b. en cuanto el cumplimiento de la obligación de la parte contraria sea permanentemente imposible; c. en cuanto sobre el crédito de la parte contraria no esté permitido ningún embargo”. En ambos casos la función de estimulación cede. No debe estimular a la otra parte en caso de fuerza mayor y tampoco cuando la ley prevé que ningún embargo será posible, por ejemplo sobre un crédito por pago social, para que la otra parte por lo menos siempre quede con una existencia mínima. En ambos casos no habrá impedimento para la suspensión del artículo 6:262, CCh, que no está basado en la idea de estimulación pero sí en la de la reciprocidad.

IV. LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE

El derecho de retención puede ser un derecho muy fuerte, hasta demasiado fuerte, en su función de estimulación, arreglado en el artículo 6:52, CCh. Como vimos, la ley misma ha puesto unas restricciones en el artículo 6:54, CCh. No debe estimular en caso de fuerza mayor y cuando la ley prohíbe un embargo. Pero fuera de estos casos, también puede ocurrir que el derecho de retención castigue demasiado a la contraparte. Llegamos aquí al concepto de abuso de facultad: “Al que le compete una facultad, no debe invocarla, en cuanto se abuse de la misma”.⁵ En el nuevo código, el concepto del abuso se ha amplificado notablemente, como muestran las secciones 2 y 3 del artículo 13, CCh:

De una facultad puede abusarse, entre otras cosas, por ejercitarla con ninguna otra finalidad que hacer daño a otro o con otra finalidad que para la cual fuera concedida o, en el caso de que, tomando en cuenta la desproporcionalidad entre el interés en el ejercicio de la misma y el interés que se daña

⁵ Art. 3:13 s.1, CCh.

por ello, no se pudiera haber llegado de manera razonable a aquel ejercicio. De la naturaleza de una facultad puede derivarse que no pueda abusarse de la misma.

Se observa que la desproporcionalidad puede constituir abuso de facultad. Esta idea es nueva con relación al viejo código en que sólo la voluntad de dañar y el uso contrario a la finalidad podían constituir abuso.

Ejercitándose el derecho de retención en su función de estimular, deben también de pesar los intereses de ambos contratantes. Si hay desproporcionalidad, no debe retenerse el bien en detención. La Suprema Corte ha decidido lo anterior, en el caso en que un contador tenía en su detención documentos de su cliente. En un pleito sobre el pago, el contador retenía los documentos esenciales para la administración de la empresa de su cliente. La Suprema Corte decidió que el contador no tenía derecho de retención sobre estos documentos esenciales por desproporcionalidad.

Técnicamente, en el sistema del nuevo código, el concepto de abuso de derecho no es aplicable aquí. Abuso de facultad sólo se aplica fuera del contrato. Adentro del contrato se sirve del concepto de buena fe o del concepto de razón y equidad como se llama en el artículo 6:248 s. 2, CCh: “Una regla que rija entre las partes a consecuencia del contrato no es de aplicación, en cuanto esto en las circunstancias dadas fuera inadmisibles según los criterios de la razón y de la equidad”. La razón y equidad constituyen un concepto mucho más amplio que el abuso de facultad. Pero la misma idea de abuso de facultad, si forma parte de la razón y equidad. En el caso del contador, el concepto técnico fue la razón y equidad, pero la idea era la del abuso de facultad.

V. LA PREFERENCIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

A menos que la ley o un convenio disponga de otra forma, puede perseguir un acreedor su crédito sobre todos los bienes del deudor.⁶

Los acreedores tienen un derecho igual entre ellos para ser satisfechos, después de la satisfacción de los gastos de ejecución, del producto neto de los bienes de su deudor en proporción al crédito de cada uno, sin perjuicio de las causas de prelación, reconocidas por la ley.⁷

⁶ Art. 3:276, CCh.

⁷ Art. 3:277, s. 1, CCh.

La prelación se deriva de prenda, hipoteca y privilegio, y de otras causas indicadas en la ley. Los privilegios se originan solamente de la ley. Pesan o sobre bienes determinados o sobre todos los bienes que pertenezcan a un patrimonio.⁸

Estas disposiciones no sorprenderán. Nuevo es que el derecho de retención ha recibido un alto privilegio. Se le encuentra en el artículo 3:292, CCh: “El acreedor puede perseguir su crédito sobre el bien con prelación por encima de todos contra los que pueda ser invocado el derecho de retención”. El artículo 6:53, CCh nos menciona el grupo más importante por encima del que se puede invocar el derecho de retención: “Un derecho de suspensión puede ser invocado también contra los acreedores de la parte contraria”.

Anteriormente, el derecho de retención sólo daba la facultad de retener la cosa, *ad infinitum*, si era necesario. Una facultad tal es suficiente generalmente cuando el valor de la cosa retenida sea alto y los costos de retención bajos. Hoy en día, sin embargo, frecuentemente los costos de retención son relativamente altos. Puede pensarse en todos los productos que necesitan conservarse congelados o guardados a baja temperatura y cierta humedad. Muchas veces el valor de las cosas guardadas no es tan alto, por lo que el depositario estará seguro que el dueño pagará los gastos voluntariamente. Para proteger mejor al depositario, el legislador ha constituido la preferencia a favor del depositario.

La preferencia del retenedor es muy alta. Como ya vimos, esta preferencia da prelación sobre todos los acreedores del deudor. Todos estos acreedores tienen que respetar el contrato del deudor con el retenedor. En general, el derecho de retención tiene prelación sobre las preferencias eventuales de estos acreedores. Pero aquí hay unas excepciones. Veamos, por ejemplo, el artículo 3:284, CCh por la preferencia relativa a los costos hechos para la salvación:

Un crédito para la satisfacción de gastos, hechos para la conservación de un bien, está privilegiado sobre el bien que se haya conservado así... El privilegio tiene prelación por encima de todos los otros privilegios, a menos que los créditos a que estén vinculados otros privilegios, se hayan originado después de hacer los gastos para la conservación.

⁸ Art. 3:278, CCh.

El principio en este artículo es el del enriquecimiento injusto. Todos los que antes de la conservación tuvieron un interés en el bien conservado, serán enriquecidos por esta conservación, y por lo mismo tienen que soportar la preferencia de la persona que conservó el bien.

VI. EFECTO REAL DEL DERECHO DE RETENCIÓN CONTRA TERCEROS POSTERIORES

Desde que se perfeccionan los contratos obligan a los contratantes (artículo 1796, CCm). No obligan a terceros. Esto se deriva de la mera idea del contrato como convenio. La persona que no acepta no será obligada por un contrato. Claro que este suceso puede producir efectos no deseables, especialmente cuando un contrato entre contratantes tiene por objeto una cosa perteneciendo a un tercero. Miremos al derecho de retención. Suponemos que una persona da en depósito una gran cantidad de mercancía. El depositario tiene el derecho de retención. Suponemos que el depositante no quiere pagar y para evitarlo vende toda la mercancía a un tercero. El tercero como nuevo propietario reivindicará después la mercancía sin ofrecer pagar al depositario tampoco, alegando que como tercero no tiene nada que hacer con el derecho de retención, ni con cualquier otro derecho contractual. El retenedor se sentiría defraudado si tan fácil pudiera escapar el depositante al derecho de retención.

En Holanda, ya bajo el viejo código había remedio. En la jurisprudencia estaba reconocido que el derecho de retención no se disuelve cuando el depositante vende la cosa en depósito. Se observa aquí una analogía con un artículo sobre el arrendamiento (artículo 7A:1612, CCh) que también se encuentra en el código mexicano (artículo 2409, CCm): “Si durante la vigencia del contrato de arrendamiento, por cualquier motivo se verificare la transmisión de la propiedad del predio arrendado, el arrendamiento subsistirá en los términos del contrato”. Como el arrendamiento subsistirá a pesar de la venta, así también subsistirá el derecho de retención. Ahora, en el nuevo código hay una disposición que lo dice expresamente (artículo 3:291 s.1, CCh): “El acreedor puede invocar igualmente el derecho de retención contra terceros que hayan adquirido un derecho sobre la cosa, después de que se hubiera originado su crédito y hubiera llegado la cosa en su poder”.

Teóricamente esta disposición origina confusión. Parece constituir una excepción a la regla que los contratos sólo obligan a contratantes, y esta regla lógicamente no soporta ninguna excepción. La solución de este rompecabezas consiste en que el derecho de retención tiene características reales. Junto con el arrendamiento y uno o dos derechos más el derecho de retención forma parte de un grupo de derechos puesto entre los derechos reales y los derechos contractuales, de tal forma que el derecho de retención tiene características de los dos. De un lado, el retenedor tiene la facultad de resolver el contrato en caso de hecho ilícito de la parte contraria y de pedir indemnización como cualquier contratante, y por otro lado el derecho de retención puede ser opuesto contra terceros como un derecho real.

En Holanda, ese grupo de derechos híbridos ha originado dudas sobre la validez de la diferencia entre derechos reales y personales. Sin embargo, la validez sobre esta diferencia está puesta bajo sospecha también por otras razones. Se razona que de un lado cualquier derecho real en el fondo constituye un derecho contra otras personas, para que nadie lo infrinja. De otro lado, la mayoría de los derechos personales constituyen también derechos reales, porque generalmente un acreedor puede transmitir su crédito como cualquier derecho real. Además, un derecho con objeto de una cosa puede ser o un derecho real como usufructo o un derecho personal como préstamo. Esto parece arbitrario, y esta impresión se refuerza cuando se ve que, por ejemplo, en Inglaterra el arrendamiento de una finca está considerado como derecho real, aunque el mismo derecho en otros países, como en Holanda, está calificado como derecho personal.

En mi opinión, la diferencia entre derechos reales y personales todavía tiene validez desde el punto de vista de la ciencia. Pero se tiene, creo yo, que dejar de querer apuntar a cada derecho como un derecho o real o personal. Mas vale usar los conceptos de derecho real y personal como “tipos idealizados” conforme a las ideas del sociólogo de derecho alemán Max Weber. Según Max Weber, para comprender los fenómenos sociales y culturales se necesita conceptos lógicamente purificados. Estos conceptos forman los tipos idealizados. La realidad cotidiana se comprenderá mejor comparándola con los tipos idealizados. En esta manera se puede constituir conceptos de derechos reales y personales como tipos idealizados. Un derecho real será un derecho con una cosa como objeto, pero

sin ningún elemento de un crédito o una prestación. La propiedad de un mueble me parece cerca a este tipo idealizado. Un derecho personal será un derecho a una prestación de alguien, pero sin ningún envolvimento de cosas. El derecho de un empleador a que trabaje su empleado me parece cerca de este tipo idealizado.

Cuando se miran todos los derechos que prevé la ley, se observa que muchos presentan elementos de ambos tipos idealizados. El usufructo, por ejemplo, tiene por objeto (al menos) una cosa, pero el usufructuario también está obligado a cumplir prestaciones. Esto puede verse en el artículo 1006, etcétera del CCm. Además se considera al artículo 987 del CCm, que determina que los derechos y obligaciones del usufructuario y del propietario se arreglan, en todo caso, por el título constitutivo del usufructo, y se toma en cuenta que este título puede ser oneroso, así que el usufructuario tiene la obligación de pagar dinero al propietario como cualquier deudor de una obligación personal.

En las palabras de la ley (artículo 980, CCm) el usufructo es un derecho real. En un sentido científico, usando tipos idealizados, el usufructo forma una mezcla, con tal vez más características reales que personales, pero con bastantes características personales. Una vez aceptado que, científicamente, el usufructo tiene características personales, se puede predecir que probablemente el arreglo del usufructo sería mejor si, recayendo sobre estas características personales, realizara acciones contractuales. Cuando un usufructuario no cumple con sus obligaciones, el propietario necesita la facultad de rescindir el usufructo y de exigir indemnización como cualquier acreedor. Con esta comprensión científica se puede desde entonces incitar a cambiar la ley conforme a este sentido. Las posibilidades para la jurisprudencia en este campo parecen pocas, porque otorgar facultades recayendo sobre los derechos reales está considerado como prerrogativa de la ley.

Al otro lado del espectro están los derechos personales, pero desde el punto de vista de los tipos idealizados con características reales. Se puede pensar en el préstamo, el depósito, el arrendamiento y también en el derecho de retención. Y otra vez cuando se acepta de una manera científica que estos derechos contienen un elemento real, se puede incitar a ciertas adaptaciones para el arreglo de estos derechos. Pero de acuerdo con la experiencia en Holanda, no se necesita esperar un cambio en la ley. Los cambios también se pueden generar en la jurisprudencia.

No necesariamente a cada elemento real debe ser atribuido un efecto igual. Por ejemplo, un préstamo en Holanda no da facultad a la persona que toma prestado de oponer su derecho contra terceros. Si el propietario vende la cosa prestada, pierde la cosa cuando el nuevo propietario la reivindica. Por otro lado, como vimos, el retenedor y el inquilino sí disponen de tal facultad.

Sin embargo, en mi opinión cada derecho recaído sobre una cosa tiene (o debe tener) efectos reales. Una persona que tomaba prestado debe entregar la cosa prestada al nuevo propietario cuando éste así lo demande. Pero antes de este momento, en mi convicción, la persona que tomaba prestado una cosa no actúa ilícitamente, si sigue usando la cosa conforme a su derecho de préstamo, a pesar de que sabe de la venta de la cosa. En otras palabras, la persona que toma prestado tiene un derecho de naturaleza real sobre la cosa prestada que sí vale contra terceros, pero que termina cuando tiene que entregar la cosa al nuevo propietario.

Otra característica que en mi opinión tienen, o deben tener, todos los derechos personales recaídos sobre una cosa, es la representación a nombre propio del representante. En el campo de la representación hay una diferencia entre la representación personal y la representación real. Esta diferencia se deriva de la diferencia entre derechos reales y personales mismos. Un contrato es un convenio entre personas, identificadas con nombres. Es por esto que en el campo contractual los nombres son esenciales. En un contrato acuerda una persona de ser responsable en el futuro por el contenido del contrato. En cambio, las facultades no tienen (tanta) importancia. No necesito ser propietario para celebrar un contrato de compra-venta en que me obligo a transferir la propiedad de la casa de mi vecino. Si no puedo cumplir en el momento convenido, el contrato no será invalidado y me obligará a pagar daños y perjuicios.

En el campo de los derechos reales sucede lo inverso. Aquí las facultades son la esencia. Si quiero transferir propiedad, necesito ser propietario. Los nombres al contrario son de poca importancia. Si transfiero propiedad no importa quien soy, ni si lo hago como propietario, como “prendista”, o como representante. Lo único que cuenta es que tenga facultad de transmitir. En el campo de los derechos reales, no importa si el representante actúa a nombre propio, esto es sin revelar que tiene un mandante. Lo único que cuenta es que el representante tenga facultad de enajenar. El que recibe no necesita más. Esta representación real se

encuentra por ejemplo en los artículos 2868 y 2869, CCM: “Nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño. Si se prueba debidamente que el dueño prestó una cosa a otro con el objeto de que éste la empeñara, valdrá la prenda como si la hubiere constituido el mismo dueño”. En el campo de contratos, al contrario, el representante debe actuar a nombre de su dueño para obligar a éste. La parte contraria necesita saber con quien contrata para saber con quien puede volver para la ejecución del convenio.

En mi opinión, los derechos personales recaídos sobre cosas deben ser sujetados a la representación real y no a la representación personal. Quiere decir que si una persona recibe una cosa arrendada, depositada o prestada y después se establece, por su parte contraria, que no era el propietario pero un representante de éste, actuando con autorización pero a nombre propio, esta persona puede invocar su derecho contra el propietario, como si hubiera recibido un derecho real.

VII. EFECTO REAL DEL DERECHO DE RETENCIÓN CONTRA TERCEROS ANTERIORES

El nuevo código holandés reconoce ésta representación real referente al derecho de retención en el artículo 3:291 s. 2, CCh. “Puede invocar el derecho de retención también contra terceros con un derecho más antiguo, si su crédito nace de un contrato en el que el deudor estuviera facultado a contraer referente a la cosa, o no tuviera ninguna razón para dudar sobre la facultad del deudor”.

El deudor en este artículo tiene facultad de otorgar el derecho de retención al retenedor pero actuando a su nombre propio. Sin embargo, en el artículo 3:291 s. 2, CCh se observan más principios reales que sólo lo referente a la representación real. Se pone atención a las palabras “o no tuviera ninguna razón para dudar sobre la facultad del deudor”.

Primero, estas palabras contienen el principio de *apparent authority* que, referente a la representación contractual, encontramos en el artículo 3:61 s. 2, CCh:

Cuando un acto jurídico se haya realizado en nombre de otro, entonces no puede ser hecha ninguna invocación sobre la inexactitud de esta suposición contra la parte contraria, si ésta por razón de una declaración o conducta de

aquéel otro supuso y en las circunstancias dadas de manera razonable pudiera suponer que se habría concedido un poder suficiente.

Cuando una persona ha creado la semejanza de una autorización, no puede negarla contra la parte que ha confiado en esta semejanza causada por aquélla. El mismo principio vale en la representación real cuando el representante actúe a nombre propio. Entonces, si un propietario da la impresión a un reparador de que su inquilino tiene la facultad de contratar para realizar reparaciones, con el derecho de retención, por consecuencia, el reparador podrá oponer su derecho de retención contra el propietario, aunque en realidad no haya dado autorización a su inquilino.

Segundo, las últimas palabras del artículo 3:291 s. 2, CCh reflejan el principio del artículo 3:86, CCh. Dicho artículo 3:86, CCh trata de una compra-venta en que el vendedor no tiene facultad de disponer, pero todavía entrega la cosa vendida al comprador, que no sabe ni debe sospechar que el vendedor no tiene facultad de enajenar. En este caso, el artículo 3:86 s.1, CCh determina lo siguiente: “A pesar de la incapacidad del enajenante es válida una transmisión... de una cosa mueble, que no sea bien registrable, o de un derecho al portador o a la orden, si la transmisión se realiza de otra forma que no sea a título gratuito y el adquirente es de buena fe”. Especialmente cuando un propietario ha permitido que alguien se lleve su cosa, creando así el peligro de abuso de confianza, un tercero que de buena fe compra de la persona, abusadora de la confianza del propietario, en Holanda merece la protección de la ley. Pero el mismo principio no sólo se aplica al comprador, también al que adquiere un derecho de prenda, un derecho de usufructo (bajo título oneroso) o un derecho de retención.

Recientemente, la Suprema Corte ha decidido que la regulación del artículo 3:291, CCh ya formaba parte del derecho holandés antes del nuevo código. Con lo anterior, la Suprema Corte dijo que la jurisprudencia puede otorgar efecto real a derechos contractuales con una cosa como objeto sin esperar un cambio en la ley. Esta decisión es notable porque anteriormente estaba considerado, en general, que sólo la ley podía otorgar efecto real.

VIII. PROTECCIÓN DE TERCEROS CONTRA EL DERECHO DE RETENCIÓN

Parece equitativo que depositarios, reparadores, etcétera, reciban su pago y que puedan retener la cosa que guardaron o repararon hasta que recibieren el pago. Inclusive parece equitativo que terceros no deben intervenir en los casos determinados por el artículo 3:291, CCh. Sin embargo, esta equidad no es tan clara cuando se trata de un derecho de retención sobre una cosa referente al pago de un contrato anterior. Como hemos visto antes, el artículo 6:52, CCh da permiso de retener una cosa si el retenedor todavía no ha recibido pago en uno o más contratos anteriores con la misma contraparte. Sin embargo, los terceros pueden sufrir indebidamente. Supongamos que un propietario ha arrendado un automóvil a una empresa que lleva este automóvil para afinación a un reparador. Este reparador retiene el automóvil, porque la empresa todavía no ha pagado las reparaciones de otros vehículos. En este caso, no es justo que el reparador pudiera invocar un derecho de retención contra el propietario. El artículo 3:291 s.2, CCh lo prohíbe, determinando que un acreedor sólo puede oponer un derecho de retención a un tercero con derecho anterior, si su crédito nació referente a la cosa retenida.

El artículo 3:291 s. 1, CCh no contiene igual disposición para proteger a los terceros posteriores. Si un propietario lleva su automóvil al reparador y éste suspende la entrega hasta que el propietario pague una deuda anterior, el propietario no podrá escapar al derecho de retención, por vender su automóvil a un tercero. El comprador del automóvil deberá soportar el derecho de retención del reparador. En las relaciones de personas privadas, probablemente no es tan mala solución. Cuando uno compra un automóvil que se queda con un tenedor, no es tan absurdo que uno deba investigar cuáles serán los derechos de este tenedor.

En el comercio internacional la situación es diferente. La mercancía siempre debe ser transportada. Muchas veces para arreglar el transporte se usa un intermediario, un expedidor. Sucede también que para un transporte de mercancía se usan más transportadores y/o expedidores. El pago por la mercancía generalmente se efectuará antes que el comprador reciba la mercancía. Se arregla el pago con asistencia de bancos. Normalmente el vendedor recibe dinero en el momento en que entrega a un banco convenido, documentos convenidos, entre algunos otros el conocimiento. En este momento la mercancía estará en un barco con rumbo al com-

prador. Cuando llegue la mercancía, el comprador ya la ha pagado, con excepción, tal vez, del pago del transporte si este toca al comprador.

En una situación tal, puede ser fatal si el transportador, o un expedidor de recibo, se rehusa a entregar la mercancía porque el vendedor o tal vez una contraparte cualquiera no ha pagado cualquiera deuda anterior. Para evitar esta injusticia, la ley prohíbe en los artículos 8:69, 8:30 y otros, del CCh, al transportador y al expedidor invocar su derecho de retención referente a deudas anteriores, tanto contra terceros como contra sus contrapartes. Transportadores y expedidores, por la naturaleza de sus negocios, saben que las cosas que trabajan están destinadas a terceros. En estas circunstancias no sería justo que los transportadores y expedidores pudieran valerse sobre cosas de otras personas, para sus peleas con su contraparte, a no ser de que estas otras personas así lo hayan concedido.

IX. DERECHO DE RETENCIÓN Y DERECHO DE PRENDA ESTIPULADO

En Holanda, transportadores y expedidores han buscado un derecho de retención también por deudas anteriores, aunque la ley así no lo prevé. Para esto han estipulado un derecho tal en sus condiciones generales. En éstas se lee que el transportador o expedidor tendrá un derecho de retención sobre todas las cosas en su detención y que podrá oponer este derecho de retención contra cualquier tercero.

Está considerado en Holanda que la ley no impide estipular un derecho de retención por deudas anteriores. Los contratantes son libres de arreglar su relación. Pero los contratantes no pueden facilitar los efectos especiales que otorga la ley al derecho de retención previsto por la ley. Así que el derecho contractual no tiene la preferencia del artículo 3:292, CCh. Y tampoco se puede oponer este derecho contractual a terceros, a no ser que estos terceros así lo hayan concedido.

Por ello, los transportadores y expedidores han incluido en sus condiciones generales un derecho de prenda. Aquí se lee que el transportador o el expedidor tendrá un derecho de prenda sobre todas las cosas en su detención. Un derecho de prenda es un derecho real, y como tal puede ser invocado contra terceros. En teoría suena perfecto. Sin embargo, en la práctica no es tan fácil.

Primero, para adquirir un derecho de prenda se necesita adquirir de una persona con facultad de disponer, generalmente el propietario. Entonces los transportadores que reciben cargo de un expedidor, saben que su contraparte no es propietario y probablemente no tiene facultad para otorgar un derecho de prenda.

Los expedidores normalmente reciben el cargo del propietario. Entonces, pueden adquirir un derecho de prenda. Pero muchas veces durará sólo poco tiempo, por causa del artículo 3:236 s. 1, CCh: “El derecho de prenda sobre una cosa mueble... se constituye llevando la cosa... en el poder del tenedor de la prenda o de un tercero acerca del que las partes hayan convenido”. Conforme a este artículo, para un expedidor el derecho de prenda durará hasta que entregue la cosa al transportador, quien detendrá la cosa para el propietario. En este caso, el expedidor tiene que actuar rápido y muchas veces no podrá hacer tanta presión al comprador para que éste pague la cuenta. Sólo en los casos en que el mismo expedidor de convenio recibe el cargo otra vez del transportador en la puerta de destinación, existirá una situación en que un expedidor pueda retener la cosa más tiempo y así hacer mayor presión sobre el comprador, de pagar inclusive las deudas presentes y anteriores como aparece estipulado en el derecho de prenda.

Siempre y cuando no existan otros impedimentos. En el comercio internacional muchas veces el transporte viaja bajo conocimiento. Normalmente los conocimientos se portan a la orden sea del comprador, sea al banco del comprador, o sea al banco del vendedor. Para adquirir un derecho de prenda, la ley en el artículo 3:236, CCh demanda un endoso al favor del tenedor de la prenda. En la práctica esto es casi imposible. Primero los vendedores no lo aceptarán, porque un conocimiento con endoso tal no se podrá vender. Segundo, los bancos se pondrán en contra. Como se ha dicho en el comercio internacional, en general, se arregla el pago por los bancos. El vendedor recibirá su dinero de estos bancos cuando entregue unos documentos requeridos, entre otros el conocimiento. Y los bancos insisten en un conocimiento sin derecho de prenda. Ellos mismos quieren adquirir un derecho de prenda y así lo estipulan en sus condiciones generales.

Todavía no han ocurrido casos en alguna corte holandesa en donde un transportador o un expedidor opone un derecho de prenda, legítimamente adquirido, contra un comprador por deudas anteriores del vendedor

u otro tercero. No considero imposible que en un caso tal, la corte lo declarara un abuso de facultad, en el sentido del artículo 3:13 o en el sentido del artículo 6:248 s. 2, CCh: “De una facultad puede abusarse, entre otras cosas... en caso de que, tomando en cuenta la desproporcionalidad entre el interés en el ejercicio de la misma y el interés que se daña por ello, no se pudiera haber llegado de manera razonable a aquel ejercicio”.

X. CONCLUSIÓN

En estos días se habla mucho del agrandamiento de mercados. Crecen mercados comunes, tanto en Europa como en América. Con este agrandamiento de mercados coincide el agrandamiento de muchas empresas. Para las grandes empresas es difícil conocer a sus clientes, especialmente en el comercio internacional. Si buscan seguridad, se inclinarán a cambiar de la confianza personal a la seguridad en cosas. Para empresas que se especializan en servicios, el derecho de retención podrá ser muy útil. El nuevo Código Civil holandés da un ejemplo de reglamento detallado, acerca de un derecho de retención adaptado a las necesidades de estas empresas.

En la práctica, cuando muchas veces se da crédito a los deudores, es importante que en el nuevo código el derecho de retención pueda ser invocado recayendo sobre deudas anteriores. Importante también es la disposición que permite oponer el derecho de retención a terceros, dando así un efecto real igual al que tiene un derecho de prenda. En la economía moderna, muchas veces las empresas rentan sus cosas en vez de comprarlas, por lo que un retenedor contrata con alguien que no es propietario. Además, en el proceso de producción y transporte, por especialización de trabajo hay muchos eslabones, de tal suerte que un retenedor muchas veces contrata con alguien que no es propietario o que terminará por serlo. En estos casos, parece equitativo que el derecho de retención pueda ser opuesto a terceros. Sin embargo, la combinación de invocar el derecho de retención por deudas anteriores y de oponer el derecho de retención a terceros da posibilidades de abuso. Como vimos, el código holandés contiene disposiciones para contrarrestar un abuso tal. Además hay normas abiertas como el abuso de facultad (artículo 3:13, CCh) y el efecto derogativo de razón y equidad (artículo 6:248 s. 2, CCh) para evitar soluciones inadmisibles.

¿Qué más pudiera desear un retenedor? Esto se muestra leyendo las condiciones generales de empresas proveedoras de servicios. Se establece que quieren además oponer sus cláusulas de exoneración a terceros. En esta materia también hay desarrollos en el nuevo código holandés, pero éstas requieren de otro artículo para poder ser explicadas.