

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

RENÉ ABELIUK MANASEVICH

LAS OBLIGACIONES

Tomo II

QUINTA EDICIÓN ACTUALIZADA

© RENÉ ABELIUK MANASEVICH
© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 171.682, año 2008
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta quinta edición
de 600 ejemplares en el mes de junio de 2008

IMPRESORES: Salesianos Impresores S. A
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN de este segundo tomo: 978-956-10-1867-9
ISBN de la obra completa: 978-956-10-1864-8



www.editorialjuridica.cl

(Excepción del contrato no cumplido y derecho legal de retención)

940. *Enunciación.* El presente capítulo comprende el estudio de dos instituciones de remoto origen romano, pero que se encuentran aún en pleno desarrollo e inspiradas en un mismo principio que las legislaciones normalmente no consagran en forma expresa, sino que sólo recogen en disposiciones aisladas: que el deudor puede negarse a cumplir su obligación, mientras su acreedor no le cumpla a él lo que le debe, o se demuestre llano a hacerlo.

Son ellas la excepción del contrato no cumplido, limitada a los contratos bilaterales, y el derecho legal de retención; oportunamente señalaremos sus semejanzas, diferencias y respectivos campos de acción, adelantando eso sí que en ciertos casos es difícil reconocerlos.

En nuestro concepto se trata de dos manifestaciones de un mismo fenómeno: resulta inequitativo exigir al deudor que cumpla su obligación si su contraparte no lo hace o demuestra estar llana a hacerlo. Mediante la excepción de incumplimiento o de deuda del reclamante, el deudor obtiene la seguridad de que a su turno se le cumplirá. Por eso constituye una garantía, en el sentido amplio de la expresión (N° 72) del cumplimiento.

Ambas envuelven en cierta forma una autotutela, porque el deudor puede legítimamente dejar de cumplir su obligación o negarse a la restitución o entrega de una cosa, sin ulteriores responsabilidades para él, pero, además, se le da la tutela de permitir oponer la excepción correspondiente.

⁴⁷⁸ La denominación del capítulo está lejos de ser correcta, pero correspondería dar a la institución un nuevo nombre que aún no está aceptado o usar un largo título: derecho del deudor a negarse al cumplimiento si el acreedor no cumple o allana a cumplir lo que le debe, que pareciera excesivo.

Hay quienes hablan de mora de ambas partes, para referirse especialmente a la excepción del contrato no cumplido, pero legalmente es errónea, porque justamente el Art. 1552 señala que no hay mora para ninguna de las partes (N° 945).

Dado el actual desenvolvimiento de las instituciones, las trataremos, sin embargo, separadamente en dos secciones diferentes.

Sección primera

LA EXCEPCIÓN DEL CONTRATO NO CUMPLIDO

941. *Concepto.* La excepción del contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* es la que corresponde al deudor en un contrato bilateral para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir la suya.

Como en todas las instituciones propias de los contratos bilaterales, se ha sostenido que su justificación es la causa: si no se cumple una obligación, la de la otra parte deja de tener causa, y por ello ésta puede negarse a cumplirla.⁴⁷⁹

La objeción también la conocemos ya: la causa existió al tiempo de celebrarse el contrato, y es requisito de validez del acto, no de cumplimiento; y ello se subsana al igual que en la condición resolutoria tácita (N°s 60 y 523) y en la teoría del riesgo (N° 1.208), con la noción de la interdependencia entre las obligaciones recíprocas de las partes.

Además, es indudable el fundamento de equidad de la institución, pues no es justo que una de las partes se vea obligada a cumplir su obligación, y a perseguir por otro juicio el cumplimiento de la suya. En tal sentido ya decíamos que la excepción del contrato no cumplido entronca en un principio de carácter más general en el Derecho: no puede exigirse lo que no se está dispuesto a dar. La buena fe debe presidir el Derecho, y evidentemente no la tiene el acreedor en esa circunstancia.

Como decíamos, la excepción se puede hacer valer, cualquiera que sea la forma en que se esté exigiendo el cumplimiento: judicial o extrajudicialmente.

Si el acreedor en esta última forma exige al deudor el cumplimiento, éste puede negarse a él aduciendo la deuda recíproca, y de esta negativa al cumplimiento no le deriva consecuencia alguna, mientras el que pretende cobrar no pague o se allane al pago.

Judicialmente, el deudor podrá oponerla a una demanda de cumplimiento forzado, de indemnización de perjuicios, o de resolución. El Código lo dijo únicamente a propósito de la segunda, en el Art. 1552, pero evidentemente procede en los demás casos, como ya lo vimos al tratar de la condición resolutoria tácita (N° 534).

⁴⁷⁹ RDJ, T. 30, sec. 2ª, pág. 1.



Respecto del cumplimiento forzado, se la ha reconocido como excepción perentoria en el juicio ejecutivo, asilándola en el N° 7° del Art. 464: insuficiencia del título.⁴⁸⁰

Fuera del derecho legal de retención (N° 960), la excepción en estudio tiene, al igual que éste, una semejanza con la compensación, porque también se niega un cumplimiento en razón de una deuda del demandante. Pero sus diferencias son conceptuales: la compensación es un modo de extinguir la obligación, economizando un doble pago, y equivale al cumplimiento, mientras que la *exceptio non adimpleti contractus* tiende únicamente a paralizar la acción contraria. Por otra parte, en esta última se trata de obligaciones emanadas de un mismo contrato, que debe ser bilateral, y normalmente de distinta naturaleza, mientras que en la compensación las obligaciones entre las partes han de tener distinta causa, y deben, en cambio, ser de igual naturaleza.

942. *Origen y desarrollo.*⁴⁸¹ Ya decíamos que la excepción del contrato no cumplido reconoce un origen remoto en la *exceptio dolo* del Derecho Romano, pero en él no tuvo desarrollo; éste corresponde a los canonistas y glosadores.

Sin embargo, no alcanzó una mayor difusión posterior, y es así como Domat y Pothier se refieren a ella incidentalmente, y el Código francés prácticamente la desconoció; sólo en la compraventa en el Art. 1612 dio derecho al vendedor a negarse a entregar lo vendido si el comprador no le paga el precio.

Nuestro Código fue más completo, puesto que en el Art. 1552 la acogió, aunque sólo respecto a la mora, declarando que no la hay en los contratos bilaterales si se deja de cumplir lo pactado, mientras el otro contratante no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.⁴⁸²

Por su parte, el Art. 1826, inc. 3°, en la compraventa reproduce con ligeras variantes el Art. 1612 del Código francés.

No obstante este silencio de este cuerpo de leyes, los comentaristas y la jurisprudencia no ha tenido inconveniente en aceptar su aplicación amplia.⁴⁸³ En nuestro país, con mayor razón, ya que existe un precepto de carácter más general, se la acepta en igual forma.

⁴⁸⁰ RDJ, Ts. 17, sec. 1ª, pág. 224; 30, sec. 2ª, pág. 1; 37, sec. 1ª, pág. 18; 45, sec. 1ª, pág. 307; G.T. de 1861, N° 1954, pág. 1.175; de 1924, 2º sem. N° 103, pág. 499.

⁴⁸¹ Véase un extenso estudio en Claro Solar, ob. cit., t. 11, N°s 1.270 y siguientes, págs. 769 y siguientes.

⁴⁸² Se ha reconocido que el Art. 1552 aplica la excepción en estudio: RDJ, T. 30, sec. 2ª, pág. 1.

⁴⁸³ Véase Mazeaud, ob. cit., Parte 2ª, T. 3º, N°s 1.124 y siguientes; págs. 374 y siguientes.

Los Códigos modernos se preocupan expresamente de ella, como ocurre en los Códigos alemán, suizo e italiano.⁴⁸⁴

943. *Requisitos para oponer la excepción del contrato no cumplido.* Son los siguientes:

1º. Se aplican en los contratos bilaterales.

Así lo señala expresamente entre nosotros el Art. 1552, que consagra uno de sus efectos; por ello se la ha rechazado en la donación,⁴⁸⁵ y en el Derecho de Familia;⁴⁸⁶ esto último porque se trata de una excepción netamente patrimonial.

Entre los contratos bilaterales no es exclusiva de la compraventa, aunque el legislador se haya preocupado especialmente en ella.

Así, procede su aplicación en el arrendamiento, reconociendo el derecho al arrendatario de negarse a pagar el arriendo si el arrendador no cumple su obligación de efectuar las reparaciones necesarias, por lo cual la cosa arrendada sufre un siniestro;⁴⁸⁷ y también si el arrendatario es turbado por terceros en su tenencia.⁴⁸⁸ Advertimos, sin embargo, que se ha rechazado la excepción en el juicio de reconveniones de pago por su especial naturaleza.⁴⁸⁹

La promesa de celebrar un contrato futuro también queda sujeta a esta excepción,⁴⁹⁰ ya hemos advertido que en cuanto a la obligación principal que genera este contrato, que es de otorgar el contrato prometido, se presentan dificultades, pues es una obligación que no puede cumplirse sin la colaboración de la otra parte.

2º. Es necesario que la contraparte contra quien se opone la excepción no haya cumplido ni se allane a cumplir alguna obligación emanada del mismo contrato.

⁴⁸⁴ Art. 1460 del C. italiano: "en los contratos con prestaciones recíprocas, cada uno de los contratantes podrá rehusarse a cumplir su obligación si el otro no cumpliera u ofreciese cumplir simultáneamente la suya, salvo que las partes hubiesen establecido o que de la naturaleza del contrato resultasen términos diferentes para el cumplimiento. Sin embargo, no podrá rehusarse la ejecución, si teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuese contraria a la buena fe".

⁴⁸⁵ RDJ, T. 10, sec. 1ª, pág. 183.

⁴⁸⁶ RDJ, Ts. 48, sec. 1ª, pág. 479, y 49, sec. 1ª, pág. 237.

⁴⁸⁷ RDJ, T. 9, sec. 1ª, pág. 79.

⁴⁸⁸ RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 239.

⁴⁸⁹ RDJ, T. 43, sec. 1ª, pág. 48; jurídicamente el fallo no se justifica, pero sí por razones de equidad.

⁴⁹⁰ RDJ, T. 32, sec. 1ª, pág. 251; el promitente comprador puede negarse a seguir pagando el precio de la compraventa prometida, si el promitente vendedor no le extiende el contrato definitivo en la época estipulada.



Así lo señala el Art. 1552 en relación con la mora. No es necesario, pues, que el acreedor haya cumplido su obligación; basta con que se allane al pago.⁴⁹¹

Pero no será suficiente que el acreedor diga que está llano al cumplimiento, sino que es necesario que dé principio a la ejecución,⁴⁹² como, por ejemplo, depositando la cosa debida para ser entregada al comprador contra pago del precio, o depositando en una promesa la cuota del precio en poder de un notario.⁴⁹³

Por la misma razón que vimos al hablar de la *mora accipiendi* (N° 882), en las obligaciones de dinero es requisito indispensable el depósito. Para ello hay un argumento de texto legal: veremos luego que en el Art. 1872, inc. 2°, se da esta exigencia en la compraventa para el comprador turbado en su posesión.

El Art. 1552 utiliza la misma expresión que el Art. 1489 en la condición resolutoria tácita: "cumplir lo pactado", y por ello se presenta igual discusión: si basta cualquier incumplimiento del acreedor, por pequeño o accesorio que sea, o debe tratarse de la prestación recíproca que constituye esencialmente el contrato bilateral como precio y entrega en la compraventa (N° 532). Creemos que en este caso basta cualquier incumplimiento, dado que la sanción no es tan drástica, y al acreedor le basta con cumplir para exigir, además de que cualquier abuso del que opone la excepción se corrige con el requisito de la buena fe. La jurisprudencia es contradictoria.⁴⁹⁴

La C.S. conociendo de un recurso de protección negó a una compañía de seguros el derecho de rechazar el reclamo de una indemnización de un suicida que no había declarado una depresión bipolar, considerando que no había dolo en la omisión, pero quizás lo que procedía era justamente una excepción del contrato no cumplido.⁴⁹⁵

Lo que sí es indiscutible es que la obligación debe emanar del mismo contrato; el problema se llevó a los tribunales en relación con una figura que es muy corriente: la promesa de venta con contrato de arriendo, entre la entrega de la cosa prometida vender y la celebración del contrato definitivo, y viceversa, arriendo con promesa de venta. Aunque

⁴⁹¹ RDJ, T. 5°, sec. 1°, pág. 140.

⁴⁹² RDJ, T. 50, sec. 1°, pág. 406.

⁴⁹³ RDJ, T. 62, sec. 1°, pág. 388.

⁴⁹⁴ Un fallo publicado en la RDJ, T. 45, sec. 1°, pág. 307, la aceptó para una obligación de deslindar la cosa vendida; la sentencia de la nota 490 de este segundo tomo, para la de pagar el precio de la compraventa prometida que no es esencial de la promesa. En contra: RDJ, T. 39, sec. 1°, pág. 377, y T. 82, sec. 1°, pág. 27. Lo esencial en la materia es evitar el abuso de deudores inescrupulosos, interesados más en eludir su propio cumplimiento que obtener el ajeno.

⁴⁹⁵ G.J. N° 250, pág. 49. En contra, G.J. N° 252, pág. 48, porque se estaría violando la buena fe y el Art. 556 N° 1 del C. de Comercio (C.S., 7 de junio de 2001).

ligados, en la especie hay dos contratos, aun cuando se otorguen en un solo instrumento, y por ello se rechazó la negativa del prometiende vendedor de otorgar la escritura definitiva de compraventa por no pago de las rentas de arrendamiento pactadas por parte del prometiende comprador arrendatario.⁴⁹⁶

3°. Es necesario que la obligación del acreedor contra quien se opone la excepción sea exigible.

Así lo señala el inc. 3° del Art. 1826. Ello es lógico, semejante obligación no hay que cumplirla aún; mediante la excepción, el deudor forzaría al acreedor a pagar antes, por ejemplo, de que se venciera el plazo. Si se vende una cosa pagadera al contado para entregarse a una fecha futura, el vendedor puede exigir desde ya el precio, y no puede el comprador defenderse alegando la falta de entrega hasta que no llegue esa fecha.

4°. La buena fe del que opone la excepción.

No lo ha contemplado expresamente nuestro Código, pero es de la esencia de la institución, desde su origen.⁴⁹⁷ Con esta exigencia se evita que la excepción se transforme en una herramienta del deudor para retardar o eludir su propio cumplimiento. Por eso no podrá oponerse frente a incumplimientos insignificantes, como si un comprador pretendiera negarse a pagar la compra de una casa porque una llave gotea, ni tampoco si ellos no son imputables al acreedor. Si en este último caso el incumplimiento es definitivo, la obligación del acreedor se extinguió por la imposibilidad, y procede aplicar el riesgo (N° 1.205) y no la excepción del contrato no cumplido.

944. *Prueba de la falta de cumplimiento del acreedor.* La exceptio non rite adimpleti contractus. Uno de los problemas de más ardua solución con relación a la excepción del contrato no cumplido es a quién corresponde probar que se da o no la circunstancia que permite oponer la excepción: esto es, si hay una obligación no cumplida por parte del acreedor demandante, si a éste, por tratarse de uno de los presupuestos que hacen posible su pretensión, o al deudor, a quien corresponde probar los presupuestos de su excepción.

No obstante estas vacilaciones, predomina la tendencia a decidir esto último.⁴⁹⁸ Creemos que el problema se resuelve con la mera aplicación de las reglas generales en la materia, derivadas del Art. 1698.

⁴⁹⁶ RDJ, T. 65, sec. 1°, pág. 188. En el mismo sentido, C.A. de La Serena, 8° de noviembre de 2006: L.S. N° 29, pág. 128.

⁴⁹⁷ Así lo señala expresamente el Código italiano. Véase nota 484 de este segundo tomo.

⁴⁹⁸ Véase Repertorio, T. 4°, 2ª edic., nota 1, en la pág. 209; RDJ, Ts. 49, sec. 1ª, pág. 271, y 56, sec. 2ª, pág. 98; en contra: RDJ, T. 19, sec. 1ª, pág. 359.



Corresponde probar la obligación al que la alega; luego el deudor que se excepciona con la *adimpleti contractus* debe acreditar que por parte de su acreedor hay una obligación derivada de un contrato bilateral. Establecido esto, el acreedor queda forzado a probar su propio cumplimiento, que es la extinción de dicha obligación.

Lo que resulta francamente injustificable es que se haya llegado a decir que el ejecutante, al iniciar su ejecución, debe probar que ha cumplido su obligación,⁴⁹⁹ o llevando las cosas a su máximo extremo, que el cumplimiento debe constar en el título mismo;⁵⁰⁰ en el mejor de los casos podría considerarse que el propio cumplimiento es un presupuesto de la indemnización de perjuicios, porque sin él no hay mora para la contraparte (Art. 1552), pero no de la ejecución forzada.

Una variante de la excepción del contrato no cumplido es la *exceptio non rite adimpleti contractus*, o sea, del cumplimiento no ritual. En este caso el acreedor ha cumplido su propia obligación, pero su cumplimiento no es perfecto; ha pagado parcialmente o en forma defectuosa. En un caso, la *adimpleti contractus*, no hay forma alguna de cumplimiento; en la *non rite* lo hay, pero imperfecto.

Entre nosotros, la distinción encuentra su claro fundamento en el inc. 1º del Art. 1556, que distingue el incumplimiento total, el cumplimiento imperfecto y el retardo en el cumplimiento.

Un fallo de nuestros tribunales ha excluido sí esta última situación, esto es, el retardo en el cumplimiento, declarando que si el deudor recibió la mercadería vendida, no entregada oportunamente, no puede oponer la excepción que comentamos.⁵⁰¹ Es evidente que no podrá oponerse al cumplimiento que se le exige, pero sí a una demanda de indemnización de perjuicios por su propio retardo en pagar su deuda mientras el acreedor no cumplía la suya.

En cambio, se ha reconocido la procedencia de la excepción por el cumplimiento imperfecto, por haberse entregado una mercadería defectuosa.⁵⁰²

Pues bien, la importancia que tiene la distinción es que la procedencia de la *exceptio non rite adimpleti contractus* corresponde obviamente probarla al que la opone; el acreedor en cuanto deudor cumplió. El

⁴⁹⁹ RDJ, T. 30, sec. 2ª, pág. 1. En contra: G.T. de 1914, enero a abril, N° 100, pág. 225; RDJ, Ts. 26, sec. 1ª, pág. 214, y 27, sec. 1ª, pág. 331.

⁵⁰⁰ RDJ, Ts. 21, sec. 1ª, pág. 859, y 37, sec. 1ª, pág. 18.

⁵⁰¹ RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 222.

⁵⁰² Véase Repertorio, T. 4º, 2ª ed., nota 3 a la pág. 211, y RDJ, T. 33, sec. 1ª, pág. 486. En otra oportunidad -T. 10, sec. 1ª, pág. 416-, se rechazó la excepción porque las partes habían sometido a la decisión de un tercero si la mercadería estaba correcta, y no obstante el pronunciamiento de éste, el deudor se negó a recibirla.

deudor demandado sostiene que el cumplimiento no fue suficiente, y él debe probarlo.

Pero si el acreedor que demanda ha cumplido formalmente su obligación, con aceptación del deudor demandado, y éste reclamare que el cumplimiento fue imperfecto, a él le corresponde obviamente probar esta última circunstancia, máxime si opone la obligación de garantía por vicios redhibitorios, evicción o lesión enorme, cuando ella procede. En todos estos casos la prueba le corresponde a él, porque en el fondo está impugnando el cumplimiento que se le efectuó por su contraparte.

945. *Efectos de la excepción del contrato no cumplido.* Ya hemos señalado que la excepción del contrato no cumplido tiene un efecto meramente paralizador; mediante ella el deudor impide que se le fuerce a cumplir mientras su contraparte no lo haga a su vez, pero no le sirve directamente para obtener el cumplimiento recíproco. Por ello es que Messineo la califica de causal legal de suspensión del cumplimiento.⁵⁰³

Sin embargo, indirectamente fuerza al acreedor a cumplir a su vez, a fin de obtener su propio pago; ahí está la garantía (en sentido amplio) que señalábamos en el N° 940, y aún más, puede significar un verdadero privilegio para el que se asila en ella: al abstenerse de cumplir su obligación, no tiene necesidad de concurrir a la quiebra para cobrar lo que a su turno le deben, con el riesgo consiguiente de no conseguirlo. Opera en tal sentido en la misma forma que la condición resolutoria tácita (N° 524).

Pero opuesta la excepción, si ninguna de las partes cede y da comienzo al cumplimiento de la obligación propia, la excepción conduce a un punto muerto. El contrato bilateral queda en suspenso, y ya vimos que dando solución judicial a esta laguna legislativa, la Corte Suprema ha aceptado en tales casos la resolución del contrato, sin indemnización de perjuicios (N° 534).

La excepción que comentamos es patrimonial; en consecuencia, es transmisible y renunciabile. Esto último es discutible si procede en el mismo contrato, porque importa una limitación a las defensas del demandado en el posible futuro proceso.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Ob. cit., T. 4º, pág. 532.

⁵⁰⁴ Se han hecho muy frecuentes, especialmente en materia de arriendos, cláusulas que limitan la facultad del arrendatario para demandar o excepcionarse ante su arrendador. El Código italiano contempla en su Art. 1462 la posibilidad, con ciertas limitaciones, de que se convenga que una de las partes no pueda excepcionarse a fin de evitar o retardar la prestación debida. Messineo habla de una verdadera cláusula de solve y repete (ob. cit., T. 4º, pág. 533), por la semejanza con la misma en el Derecho Tributario. El deudor primero paga, y en el juicio correspondiente podrá reclamar el cumplimiento que a él se le debe.

Igualmente, se presentan problemas en el caso de la cesión del crédito del acreedor, ¿podría oponerle al cesionario el deudor la excepción del contrato no cumplido por no haberle cumplido a él el cedente? El punto es sumamente discutible, porque en la cesión de créditos no se traspaşa la deuda: el cesionario no tiene por qué cumplir la obligación recíproca de su cedente, e indirectamente se le forzaría a ello mediante la excepción del contrato no cumplido, y si es que le fuere posible cumplirla. Sin embargo, un fallo de la Corte Suprema aceptó su procedencia.⁵⁰⁵ Seguramente por el peligro que hay en resolver lo contrario: el acreedor eludiría su propio cumplimiento, cediendo su crédito. Creemos que a falta de disposición legal, debe solucionarse el problema en los mismos términos que en la compensación, por la evidente analogía de situaciones: si la cesión se perfeccionó por la aceptación del deudor sin reserva de la excepción, no puede oponerla, pero si fue meramente notificado, entonces conserva el derecho a hacerlo (N° 725).

Finalmente, como hemos visto, y de acuerdo al Art. 1552, la institución produce otro efecto importante: ninguna de las partes está en mora mientras la otra no haya cumplido o se allane a cumplir su propia obligación. Nuestra jurisprudencia lo ha aplicado vastamente en la compraventa, tanto respecto de la obligación de entregar como de pagar el precio,⁵⁰⁶ y en toda clase de obligaciones.⁵⁰⁷ La consecuencia es que no procede la indemnización de perjuicios.

946. *Excepción preventiva de incumplimiento.* Hay situaciones en que el incumplimiento aún no se ha producido, pero los antecedentes hacen presumir que lo habrá; el acreedor no puede quedar inerte mientras su obligación se hace exigible, esperando que se produzca el incumplimiento que notoriamente ha de venir para accionar en defensa de sus derechos; la caducidad del plazo (N° 473) se funda justamente en

Entre nosotros, a falta de una disposición como el Art. 1462 del Código italiano, nos parece que en principio deben rechazarse todas estas convenciones alteradoras de los derechos de la partes para accionar y excepcionar en el proceso. No está envuelto su mero interés particular, sino la organización del proceso mismo; están involucrados factores de orden público y hasta de derecho público (Art. 1462 C.C.).

⁵⁰⁵ G.T. 1913, 2° sem., N° 1.096, pág. 1.159 (imposibilidad de inscribir).
⁵⁰⁶ RDJ, Ts. 7°, sec. 1°, pág. 240; 9°, sec. 2°, pág. 63; 11, sec. 2°, pág. 1, y 16, sec. 1°, pág. 330. En igual sentido, Alessandri, *De la compraventa*, etc., ob. cit., T. 2°, N° 1.534, pág. 398.

⁵⁰⁷ Así, se ha resuelto que si el deudor se había obligado a efectuar remesas periódicas de mercaderías, y suspende los envíos por no habersele pagado los anteriores, no hay mora: G.T. de 1913, 1° sem., N° 469, pág. 1.550. Si el acreedor se comprometió a alzar la mitad de la hipoteca, pagada una parte de la deuda, y no lo hizo, no hay mora por el no pago del saldo: G.T. 1918, julio-agosto, N° 374, pág. 1.128.

este evidente interés del acreedor de tomar resguardos ante el incumplimiento que se ve venir.

En la excepción del contrato no cumplido el deudor que es acreedor sólo puede asilarse en ella cuando tiene derecho a exigir el crédito; de manera que si la obligación del deudor cuyo incumplimiento fundamentalmente se teme no es exigible, no puede el acreedor negar su propio cumplimiento si él es exigible. Así lo veíamos al hablar de los requisitos de esta excepción.

No existe tampoco en el Código otra institución que permita al acreedor en el caso propuesto negar el cumplimiento, sino únicamente a favor del vendedor en la compraventa. Dice el inc. final del Art. 1826: "pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago".

Se ha discutido la naturaleza de esta situación; para Luis Claro Solar⁵⁰⁸ se trata de un caso de derecho legal de retención. Siendo relativa la separación, la verdad es que más se asemeja a la excepción del contrato no cumplido con la particularidad de que es preventiva. Por eso la hemos llamado excepción preventiva de incumplimiento.

El Art. 1461 del Código italiano contempla esta excepción en términos generales bajo el epígrafe: "modificación en las condiciones patrimoniales de los contratantes", y dispone: "cada contratante podrá suspender la ejecución de la prestación debida por él si las condiciones patrimoniales del otro llegasen a ser tales que pongan en peligro evidente la consecución de la contraprestación, salvo que se prestare una garantía suficiente".

A falta de una disposición semejante en nuestro Código, el Art. 1826, inc. final, no puede extenderse a situaciones no previstas, por muy justificado que resulte, dado su carácter de excepción.

Sección segunda

EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN

947. *Concepto.* Hemos ya advertido que el derecho legal de retención, aún más marcadamente que la excepción del contrato no cumplido que venimos de estudiar, es una institución en plena evolución y de desarrollo reciente; tanto es así que son muchos los

⁵⁰⁸ Ob. cit., T. 10, N° 1.107, pág. 575. El Código suizo, Art. 897, lo considera así y sólo lo da si el deudor es insolvente.



comentaristas que prescinden de ella, o la confunden con la mencionada excepción.

En un sentido más propio, el derecho legal de retención es la facultad que tiene el deudor de una obligación de entregar o restituir una cosa perteneciente al acreedor de ella, para negarse a cumplir mientras no se le pague o asegure el pago de lo que se le debe en razón de esta misma cosa. Éste es por así decirlo el derecho legal de retención químicamente puro; pero suele extenderse cambiando este último requisito por el de la conexión, según lo veremos más adelante.

En el derecho legal de retención hay un evidente fundamento de equidad, un principio de autotutela, una garantía en sentido amplio y un privilegio implícito, en términos análogos a la excepción del contrato no cumplido (Nº 941). Esto último es más remarcado en nuestra legislación, porque, como veremos, se le equipara en ciertos casos y para determinados efectos a la prenda e hipoteca (Nº 958).

Y, además, porque, de acuerdo al inc. penúltimo del Art. 71 de la Ley de Quiebras (véase Nº 964), al acreedor que tiene derecho legal de retención sobre algún bien del fallido no puede privársele de él sin pagarle o asegurarle el pago de su crédito, pudiendo incluso declararse este derecho aun después de dictarse el auto de quiebra.

También el derecho legal de retención opera judicial o extrajudicialmente; esto último, porque el deudor al negarse a entregar o restituir no contrae responsabilidad alguna, ejerce un derecho; en lo segundo, porque demandada la entrega o restitución, el deudor puede oponerse por la vía de la excepción perentoria.

Por ello también se asemeja a la compensación, en cuanto se niega un cumplimiento, en razón de una deuda del que lo exige; pero tienen muy diferentes campos de aplicación, requisitos y efectos. La compensación exige deudas fungibles, la retención no, pero en cambio supone una cierta relación entre las obligaciones que no tiene por qué existir en la primera. Finalmente, la compensación extingue las obligaciones; el derecho legal de retención, como la excepción del contrato no cumplido, paraliza el cumplimiento exigido.

Pero según veremos en nuestra legislación, llega mucho más lejos, y se transforma en una modalidad de cumplimiento forzado para la obligación del que tiene derecho a la cosa que debe entregársele o restituírsele (Nº 958).

También se ha comparado el derecho legal de retención con la prenda e hipoteca, porque en todos ellos el acreedor tiene derecho a una cosa hasta que se le pague una deuda; mayor es el parecido con la prenda en que ella se retiene hasta el pago. Tanto es así que en nuestra legislación se la asimila para ciertos efectos a la prenda e hipoteca. La diferencia estriba en que estas cauciones son voluntarias, y se aplican

a toda clase de obligaciones; el derecho legal de retención es como su nombre lo dice, legal, y exige una cierta conexión entre el crédito y la tenencia de la cosa que limita su campo.

948. *Origen y desarrollo.* Tuvo su origen en el Derecho Romano en torno a la *exceptio doli*, y se concedía para casos particulares, como el del poseedor vencido por las expensas o mejoras efectuadas en la cosa reivindicada, situación que contempla nuestro Art. 914.⁵⁰⁹

Los glosadores y el Código francés, como los inspirados en éste, tampoco edificaron una teoría general del derecho en estudio, limitándose a señalarle casos de aplicación, pero sin indicar sus efectos, lo que ha dado origen a discusiones hasta el día de hoy.

La teoría del derecho legal de retención está lejos de haber concluido su elaboración, y tanto es así que el moderno Código italiano, tan preocupado en otros aspectos de recoger los problemas de doctrina, aquí no ha innovado mayormente y concede este derecho también en casos especiales.

En cambio los Códigos alemán y suizo, y los inspirados en ellos consagran en términos generales la institución, aunque no estén exentos de la confusión con la excepción del contrato no cumplido.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ Véase Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1.097, pág. 560.

⁵¹⁰ Creemos de interés reproducir las disposiciones de los Códigos alemán y suizo en la materia. Código Civil alemán: Art. 273: "Si en virtud del mismo hecho jurídico en donde resulte su obligación, el deudor tiene un derecho de crédito vencido contra su acreedor, puede negarse a realizar su prestación, a menos que resulte lo contrario de la obligación, mientras que la prestación que se le debe no se haya efectuado.

El que deba devolver un objeto goza del mismo derecho si tiene una pretensión pendiente por razón de expensas hechas por él en ese objeto o por un daño que dicho objeto haya causado, a menos que haya obtenido el objeto por medio de un acto ilegal cometido de intento.

Además, el acreedor puede rechazar el derecho de retención ofreciendo una garantía; pero esa garantía no puede consistir en una fianza".

Art. 274: "Frente a la acción intentada por el acreedor, el derecho de retención no surte otro efecto, a favor del deudor, que el de entrañar contra él una condena a entregar contra entrega recíproca.

En virtud de esa condena, el acreedor puede proceder al cumplimiento forzoso, sin efectuar su contraprestación, si su adversario ha sido constituido en mora de recibir".

Puede advertirse que en la fórmula del inc. 1º del Art. 273 cabe perfectamente la excepción del contrato no cumplido, no obstante que a ella se refiere específicamente el Art. 320: "quienquiera que es obligado, en virtud de un contrato sinalagmático puede rehusar la prestación que le incumbe hasta que la contraprestación sea efectuada, salvo que se haya obligado a la ejecución del primero".

Código suizo, Art. 895: "El acreedor que, con consentimiento de su deudor, se encuentre en posesión de cosas mobiliarias o de títulos valores pertenecientes a este último, tiene el derecho de retenerlos hasta el pago, con la condición de que su crédito sea exigible y que tenga una relación natural de conexión con el objeto retenido. Esta conexión existe para los comerciantes desde el instante que la posesión de la cosa y el crédito resulten de sus relaciones de negocios.

949. *El derecho legal de retención en nuestra legislación.* El Código chileno no se apartó en esta materia de su principal inspirador, el francés, limitándose, en consecuencia, a señalar casos de aplicación, dejando los mismos vacíos que su modelo.

La situación fue radicalmente alterada por el C.P.C., que ha venido a complementar el C.C. en el Título 3° del Libro 2°, Arts. 545 a 548, cuyo epígrafe es precisamente "De los efectos del derecho legal de retención". Aclaremos que, como lo señala este epígrafe, el C.P.C. se refiere a los efectos de este derecho, dando normas de carácter netamente substantivo y en que se solucionan una serie de problemas que se discuten aun en otros países; pero dichos preceptos no establecen ni casos ni reglas generales de procedencia de la retención.

Ellos están contenidos en disposiciones dispersas del C.C., C. Co. y otras leyes. Los más señalados son los siguientes:

1°. Especificación.

Ésta, según el Art. 662, se produce cuando con la materia perteneciente a una persona, otra hace una obra o artefacto cualquiera, como si de uvas ajenas se hace vino. "No habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por la otra, el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura" (inc. 2°). Mientras ella no se pague, el especificador puede negar la restitución.

El derecho de retención se extiende incluso a las cosas que no sean propiedad del deudor con tal que el acreedor las haya recibido de buena fe; con reserva de los derechos que deriven para los terceros de su posesión anterior".

Art. 896: "El derecho de retención no puede ejercerse sobre cosas que, por su naturaleza, no son realizables.

No nace si es compatible, ya sea con una obligación asumida por el acreedor, ya sea con las instrucciones dadas por el deudor en el momento de la entrega de la cosa o con anterioridad, ya sea con el orden público".

Art. 897: "Cuando el deudor sea insolvente, el acreedor puede ejercer un derecho de retención hasta para la garantía de un crédito no exigible.

Si la insolvencia no se ha producido o no ha llegado a conocimiento del acreedor sino con posterioridad a la entrega de la cosa, puede ejercer también un derecho de retención, no obstante las instrucciones dadas por el deudor o la obligación que por sí mismo hubiera asumido antes de hacer un uso determinado de la cosa".

Art. 898: "El acreedor que no haya recibido ni el pago ni una garantía suficiente puede perseguir, luego de un requerimiento previo al deudor, como en materia de pignoración, la realización de la cosa retenida.

Si se trata de títulos nominativos, el encargado o la oficina de quiebras procede en nombre y en el lugar del deudor a los actos necesarios para la realización".

La aplicación en términos generales del derecho legal de retención plantea un problema para señalar sus límites; de no ser así llegaría a abarcar cualquier crédito que el deudor de la entrega o restitución tuviera contra el acreedor de estas obligaciones, deudor suyo de alguna otra prestación. Ello se resuelve con la teoría de la conexión a que nos referimos en el N° 954.

2°. Fideicomiso y usufructo.

De acuerdo al Art. 756 el propietario fiduciario "llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario" las expensas extraordinarias de conservación de la cosa. De acuerdo al Art. 800, el usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones que le deba el propietario.

3°. Poseedor vencido.

De acuerdo al Art. 914, "cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción".

Aún más severo es el caso previsto en el Art. 890: el poseedor de cosas muebles compradas en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, no estará obligado a restituirlas si no se le reembolsa lo que haya pagado por ellas y lo que haya gastado en mejorarlas y repararlas.

4°. Contratos sinalagmáticos imperfectos.

Al tratar de la clasificación de los contratos en uni y bilaterales, vimos que en los primeros podía nacer posteriormente una obligación para el acreedor por las indemnizaciones que deba al deudor con ocasión de la tenencia por éste de la cosa (N° 59); en todos estos casos el legislador concede al deudor el derecho legal de retención para el pago de tales indemnizaciones.

Así lo señala el Art. 2193 para el comodato y el Art. 2234 para el depósito, y en la prenda, la retención es aún más amplia, pues abarca otros créditos contra el mismo deudor de la obligación primitivamente garantizada con esta caución, siempre que reúnan los requisitos señalados en el Art. 2401.

5°. Mandato.

De acuerdo al Art. 2162: "podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte".

6°. Arrendamiento.

Gozan de un derecho legal de retención ambas partes, arrendador y arrendatario.

Éste, de acuerdo al Art. 1937, no puede, por regla general, ser privado o expelido de la cosa arrendada sin que previamente se le pague o se le asegure el pago de las indemnizaciones que le debe el arrendador.

Por su parte, éste puede, para seguridad del pago de la renta de arrendamiento y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con



que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; se entenderá que le pertenecen a menos de prueba en contrario (Art. 1942, inc. 2°).

Estos dos casos son de mucha frecuencia práctica, y cabría en doctrina discutir si se trata de un derecho legal de retención o de una excepción del contrato no cumplido, dado el carácter bilateral del arriendo, si no fuera porque el Art. 597 del C.P.C., para el caso del arrendatario, y el Art. 598, del mismo Código para el del arrendador, los califican expresamente en la primera calidad; aun en teoría cuadran más bien con éste, aunque la situación del Art. 1942 presenta algunas particularidades.

En efecto, el arrendador no tiene en este caso materialmente la tenencia misma de las cosas retenidas, que es la característica típica de este derecho, sino que es poseedor de la cosa en que ellas se encuentran; por eso es que el Art. 598 del C.P.C. le ha dado al arrendador, a fin de evitar que su retención le sea burlada, el derecho de recurrir directamente a la policía para impedir que se saquen los objetos de la cosa arrendada.

7°. Art. 92 de la Ley de Quiebras (véase N° 964).

Es un caso bastante amplio; dispone el precepto: "aparte de los casos expresamente señalados por las leyes, la retención tendrá lugar siempre que la persona que ha pagado o se ha obligado a pagar por el fallido, tenga en su poder mercaderías o valores de crédito que pertenezcan a aquél, con tal que la tenencia nazca de un hecho voluntario del fallido, anterior al pago o a la obligación, y que esos objetos no hayan sido remitidos con un destino determinado".

8°. Arts. 151 y 284 del C. Co., etc.

El derecho de retención se refiere a las cosas, no a las personas, dados los principios hoy imperantes de respeto a la libertad personal y dignidad de ellas. Sin embargo en el Código existe una situación en el caso del Art. 240 del Código Civil (antes Art. 239), en que si un hijo es abandonado por sus padres y si ha sido alimentado y criado por otra persona, para recuperarlo los padres necesitan autorización del juez "y previamente le deberán pagar los costos de su educación tasados por el juez".⁵¹¹

950. *Requisitos del derecho legal de retención.* Advertimos que fijar los requisitos del derecho legal de retención tiene un interés más bien doctrinario en nuestro país, puesto que, de acuerdo a lo que se dirá en el número siguiente, no concurre sino en los casos expresamente

⁵¹¹ Véase *La Filiación y sus Efectos*, N° 233, pág. 320.

señalados por la ley, la cual fija su procedencia; pero también servirá su estudio para llenar los vacíos de que adolezcan dichas disposiciones.

Dicho a modo de enunciación, tales requisitos son:

1°. Una disposición legal que lo conceda;

2°. Una tenencia de la cosa legítima por parte del deudor que debe entregarla o restituirla;

3°. Un crédito cierto, líquido y exigible del que ejerce el derecho legal de retención;

4°. Una conexión entre el crédito y la cosa o su tenencia, y

5°. Que la cosa sea del acreedor de la obligación de entrega o restitución.

951. I. *Disposición legal que lo conceda.* Decíamos que la tendencia actual en las legislaciones es establecer en forma general el derecho legal de retención cada vez que se reúnan los requisitos señalados del N° 2° al 5°; incluso en Francia, donde el Código se limita a indicar, según decíamos, casos de aplicación al igual que en el nuestro, se ha sostenido que ellos no son sino manifestaciones de una regla general tácita, y se ha pretendido su aceptación genérica.

Pareciera que esta opinión no resulta defendible entre nosotros:

1°. Porque el derecho legal de retención es excepcional, ya que permite negarse a cumplir una obligación, y además, de acuerdo al C.P.C., según veremos, puede conferir un privilegio, los que tienen su fuente únicamente en la ley (N° 981);

2°. Por la redacción del Art. 545 del C.P.C., y de los Arts. 71, inc. penúltimo, y 92 de la Ley de Quiebras (véase N° 964) que se refieren al derecho de retención que "en ciertos casos conceden las leyes", "en los casos señalados por las leyes" y "los casos expresamente señalados por las leyes".

3°. Por lo que dispone el Art. 2392, inc. 2°: "no se podrá retener una cosa del deudor sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan".

Sin embargo, de desear sería que en una futura revisión del Código, ésta, como otras instituciones que por la época de su dictación han quedado a la zaga de la evolución jurídica, sea incorporada como norma general, por su evidente fundamento de equidad. En virtud de esta recomendación, ahondaremos en los restantes requisitos del derecho en estudio.

952. II. *Tenencia legítima de la cosa por quien invoca el derecho.* Para invocar la retención es necesario que el acreedor tenga la cosa en que se va a ejercer en su poder; si pierde dicha tenencia, ya no podrá ejercer este derecho (N° 959).

La excepción la constituye el ya citado caso del arrendador, en que propiamente éste no tiene la cosa retenida, sino aquella en la cual ésta se encuentra.⁵¹²

La cosa puede ser mueble o inmueble, pero debe ser comerciable e infungible. Por regla general debe tratarse de cosas corporales, pero el Art. 92 de la Ley de Quiebras (véase N° 964) lo permite sobre valores de crédito.

Lo que sí es exigencia de la retención es que no haya adquirido la tenencia el retenedor por violencia o clandestinidad. Y así el Art. 92 de la Ley de Quiebras exige que la tenencia nazca de un hecho voluntario del fallido y el Art. 662 la buena fe del retenedor en la especificación.

953. III. *Crédito cierto, líquido y exigible del retenedor.* El crédito del retenedor debe ser en contra de la persona a quien debe entregar o restituir la cosa; el crédito debe ser cierto, y al retenedor le corresponderá acreditarlo.

La doctrina ha agregado el requisito de liquidez o de fácil liquidación, pero cabe advertir que únicamente entre nosotros lo exige la ley en la prenda: Art. 2401, N° 1°.

Lo que es sí indiscutible es que el crédito debe ser exigible, porque si no, por este medio el retenedor obligaría a su deudor a pagarle anticipadamente. También el Art. 2401, en su N° 3°, destaca esta exigencia.

954. IV. *La conexión.* Este requisito sólo tiene real importancia cuando el derecho legal de retención está establecido en términos generales, a fin de evitar una aplicación exagerada que permita al acreedor retener cualquier cosa que tenga del deudor por cualquier motivo que sea, para garantizar el pago de sus obligaciones.

Entre nosotros, si hemos sostenido la aplicación restringida de la retención a los casos expresamente legislados, carece de toda otra trascendencia que la investigación teórica, determinar cuál es la conexión que exige el legislador.

El punto ha sido muy discutido en doctrina, distinguiéndose fundamentalmente tres posiciones:

1°. La conexión legal.

La ley es la que establece la procedencia de la retención única y exclusivamente en consideración a la relación que une al retenedor y la persona a quien la cosa debe entregarse, sin que exista necesariamente relación alguna entre la cosa y el crédito, en cuya virtud se retiene. Es

⁵¹² Se ha fallado que el arrendador no requiere confeccionar inventario para gozar del derecho legal de retención: RDJ, T. 38, sec. 1ª, pág. 551.

la solución del Código de Comercio alemán, y también la del Código suizo (Art. 895) entre comerciantes: basta que el crédito y la tenencia de la cosa hayan nacido de las relaciones de negocios entre ellos.

Es también la solución entre nosotros en materia de prenda, ya que basta que durante la tenencia de la cosa por el acreedor prendario hayan nacido otros créditos que reúnan los requisitos del Art. 2401, en contra del mismo deudor. No es necesario que ellos tengan origen en la tenencia de la cosa ni en la misma relación jurídica que dio nacimiento a dicha tenencia.

Es también la situación del Art. 92 de la Ley de Quiebras (véase N° 964) basta la tenencia por el retenedor de mercaderías o valores del fallido, y el pago u obligación a pagar por cuenta de éste.

2°. Conexión objetiva.

Para otros es necesario que exista una conexión objetiva, esto es, que el crédito nazca por la tenencia misma de la cosa: gastos e indemnizaciones que ella origina. Es el caso del poseedor vencido. No hay relación jurídica que lo una al reivindicante, y

3°. Conexión jurídica.

En ella se requiere que el crédito haya tenido su origen en la misma relación jurídica por cuyo motivo o causa el retenedor tiene la cosa en su poder. Es el caso del mandato, por ejemplo; por la ejecución del mandato el mandatario tiene en su poder cosas y efectos del mandante, y puede retenerlos por lo que éste le deba en razón de la ejecución del mismo mandato, aunque el crédito no derive de la tenencia de la cosa.

La conexión objetiva y la jurídica pueden coexistir; así ocurre en el comodato y depósito, por ejemplo: el deudor de la restitución tiene la cosa en su poder por un vínculo jurídico que lo une al acreedor; y es por ese mismo vínculo, pero en razón de los gastos e indemnizaciones que se le deban por la tenencia, que nace el crédito del retenedor.

La conclusión es que en nuestra legislación no existe un criterio único para establecer el derecho legal de retención, y es difícil que en ninguna se le limite a una de las concepciones señaladas, debiendo reconocerse las tres fórmulas para las diferentes situaciones en que se desea consagrar la retención.⁵¹³

⁵¹³ Tan relativo es el punto de la conexión, que en Francia, por ejemplo, se ha aceptado aunque el crédito nazca de una relación jurídica diversa de aquella en cuya virtud el retenedor tiene la cosa; es el caso del dueño de un garaje a quien se le adeuda una reparación anterior, y nuevamente se le lleva el vehículo para un arreglo. Puede retenerlo mientras no se le paguen ambos trabajos. La única exigencia es que los vínculos jurídicos sean, como en esta situación, de la misma naturaleza. Mazeaud, ob. cit., Parte 3ª, T. 1º, N°s 113 y siguientes, págs. 157 y siguientes, quien, como puede apreciarse, lo trata entre las garantías.



955. V. *La cosa debe ser del deudor.* El requisito resulta obvio, pues si la cosa no perteneciera a éste, el verdadero dueño tendrá el derecho de reclamarla.

Pero si se trata de indemnizaciones que se deban por expensas o mejoras en la cosa misma, podrán también oponerse al dueño, aunque la tenencia de la cosa para el retenedor no haya provenido de éste. El verdadero dueño reivindicará la cosa, y se le exigirá el pago de dichas expensas o mejoras.

956. *Efectos de la retención legal. Enunciación.* El derecho legal de retención genera los siguientes efectos principales:

1°. Su efecto principal: el derecho del retenedor a negarse a restituir la cosa mientras su crédito no sea íntegramente satisfecho.

2°. Judicialmente declarado da derecho de realización y preferencia, y

3°. No da derecho de persecución.

Los veremos en los números siguientes.

957. I. *Derecho del retenedor a negarse a restituir mientras no sea pagado.* Es el efecto típico y universal del derecho en estudio, en que ni las legislaciones ni autores discrepan, mientras que veremos que todos los restantes se discuten.

En ello no se diferencia en nada de la excepción del contrato no cumplido, por lo que nos remitimos a lo dicho en el N° 945.

Se reconoce que en vez del pago, el acreedor puede recuperar la cosa retenida, asegurando su pago. Así lo señalan los Arts. 914, 2193, 1937 y 93 de la Ley de Quiebras. Pues bien, tales cauciones, de acuerdo al Art. 547 del C.P.C., gozan de la misma preferencia que este Código otorga al derecho legal de retención judicialmente declarado, y que veremos en el número siguiente.

Se ha discutido ante los tribunales a quién le pertenecen los frutos que produzca la cosa mientras esté en poder del retenedor, y se ha declarado que corresponden al dueño de la cosa.⁵¹⁴

958. II. *Derechos de realización y preferencia. Asimilación a la prenda e hipoteca.* En doctrina se discute si el derecho legal de retención, como la excepción del contrato no cumplido, detiene sus efectos en la paralización de la acción del acreedor que exige la restitución, o puede conducir al cobro mismo del crédito del retenedor; igualmente controvertido es si otorga alguna preferencia para el pago, o sólo es garantía en el sentido amplio, al permitir el incumplimiento de la obligación

⁵¹⁴ F.M. N° 448, sent. 11, pág. 401.

de restituir, mientras no se le pague o asegure el pago de lo que al retenedor se debe.

Entre nosotros, como habíamos anunciado, el C.P.C. modificó radicalmente la situación anterior a él, y asimiló el derecho legal de retención a la hipoteca, si recae sobre bienes raíces, y a la prenda, si es sobre muebles, para los efectos de su realización y preferencia.

Para ello es necesario que se declare judicialmente, a petición del que pueda hacerlo valer, esto es, del retenedor; incluso puede solicitarse como medida precautoria del derecho que garantiza (Art. 545 C.P.C.). Recordemos que, de acuerdo al Art. 71, inc. 4° de la Ley de Quiebras (véase N° 964), ésta no es obstáculo para que se declare judicialmente el derecho de retención, lo que transforma a éste en un excelente garantía.

Tratándose de inmuebles, la resolución judicial que declare precedente la retención deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces respectivo (parte final del Art. 546 C.P.C.).

Si se refiere a bienes muebles, el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, podrá restringir la retención a una parte de los que se pretende retener y que sea suficiente para garantizar el crédito mismo y sus accesorios (Art. 548 C.P.C.).

Cumplidos estos requisitos y dictada en el proceso de que se trate sentencia ejecutoriada, los bienes retenidos "serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan" (parte 1ª del Art. 546 C.P.C.).

En consecuencia, si la retención recae sobre bienes muebles, asimila para los dos efectos señalados a la prenda, y si sobre inmuebles, a la hipoteca.

El derecho legal de retención, en consecuencia, no conduce como la excepción del contrato no cumplido a un empate, en que ambas partes dejan de cumplir sus obligaciones; antes por el contrario, el retenedor tiene derecho a realizar judicialmente las especies retenidas, para hacerse pago con su producto del crédito que tiene. Es un medio de cumplimiento.

Y aún más, su crédito es preferente en los mismos términos que, según veremos en el capítulo siguiente, lo es el garantizado con prenda (N° 1.000) o hipoteca (N° 1.009). En consecuencia, declarado judicialmente el derecho de retención, adquiere todos los caracteres de una caución real, salvo lo que señalaremos en el número siguiente.

959. III. *La retención no otorga derecho de persecución.* El derecho legal de retención se ejerce sobre una cosa, y de ahí que en doctrina algunos hayan pretendido otorgarle la calidad de derecho real; la importancia

que tiene es concederle al retenedor un derecho de persecución a la cosa, si sale de sus manos.

Pero verdaderamente, es de la esencia del derecho en estudio una situación de hecho: que el retenedor tenga la cosa en su poder, de manera que si deja de estarlo, ya no puede acogerse a él. Sólo judicialmente declarado podría reconocerse semejante derecho de persecución, pero, como puede advertirse, el C.P.C. fue muy claro en la asimilación de la retención a los derechos reales de garantía en cuanto a la realización y preferencia, pero guardó un sugestivo silencio en cuanto a la persecución; por lo demás, las disposiciones legales que lo conceden se limitan a otorgar el derecho a retener la cosa, pero no a perseguirla. Por todo lo cual nos parece inconcuso que el derecho legal de retención no es real; sólo se ejerce en contra de la persona a quien existía obligación de entregar o restituir la cosa, pero no en contra de terceros.

960. *Derecho legal de retención y excepción del contrato no cumplido.* A través de este estudio hemos ido señalando las múltiples aproximaciones y también las diferencias que existen entre estos dos derechos del deudor a negar su propio cumplimiento en razón de lo que a su turno le debe el acreedor.

Su efecto fundamental es el mismo; se niega el pago mientras no se le pague o asegure el pago; por ello en ambos se habla de excepción de toma y daca, como diríamos en Chile, pasando y pasando. El deudor no cumple, porque es acreedor. El fundamento también es el mismo, la evidente equidad en no forzar el cumplimiento a quien a su turno es acreedor.

Pero difieren:

1°. En cuanto a su aplicación.

Cada uno tiene su propio campo de acción: la excepción del contrato no cumplido en todo contrato bilateral, y cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones.

En cambio, la retención legal puede tener lugar en cualquier relación jurídica, o aun sin ella, aunque entre nosotros se limite a los casos expresos de la ley; en tal sentido su campo es más amplio y opera aun en los derechos reales, como vimos en el usufructo. Pero, por el otro lado, es más restringido que la excepción del contrato no cumplido, pues se limita a la obligación de entregar o restituir una cosa. En cambio en la excepción puede tratarse de cualquier clase de obligaciones, dar, entregar, restituir, hacer, no hacer, etc.

Sin embargo, hay una zona común, y en donde la distinción es difícil: la de los contratos bilaterales cuando justamente la obligación que se niega es de entregar o restituir una cosa.

2°. En cuanto a los efectos.

Y tiene importancia distinguirlos, porque, como hemos visto, la retención conduce a la realización y otorga preferencia para el pago al que la ejerce, mientras que la excepción del contrato no cumplido tiene un efecto meramente paralizante y suspensivo. La verdad es igualmente que en el caso de posible confusión: obligación de entregar o restitución, no se justifica la diferencia entre una y otra.

Como decíamos anteriormente, tanto uno y otro derecho, como lo que hemos llamado el incumplimiento preventivo, son distintos aspectos de un mismo instituto: el derecho del deudor a negar su prestación, si a su turno se le debe, con distintas graduaciones y alcances, según los casos, especialmente en cuanto a la relación de ambos créditos.