

## **NOTA DE LA ASESORIA JURIDICA**

### **PRINCIPALES INCIDENCIAS CON REPERCUSION EN EL PRECIO DEL TRANSPORTE (III):**

#### **EL DERECHO DE RETENCION**

El análisis de las incidencias relativas al cobro del precio del transporte y a los eventuales remedios o recursos puestos a disposición de los transportistas que he ido exponiendo en anteriores Notas de la Asesoría Jurídica (JUR.-F-07 y 08/2006), ha de concluir con un examen del llamado "*derecho de retención*" para ver en qué medida y de qué forma puede utilizarse por los transportistas, si es que realmente se puede. Porque, en efecto, las dudas respecto a si los transportistas pueden legítimamente "retener" las mercancías que han transportado hasta que se les pague el precio del transporte comienzan cuando se comprueba que el Código de Comercio, a diferencia de lo que establece, por ejemplo, para el caso de la comisión mercantil (artículo 276), no se refiere a este derecho cuando regula el transporte y los instrumentos de que pueden valerse los transportistas para vencer la resistencia de los clientes rebeldes al pago. Dichos instrumentos, como ya dije en su momento, se limitan a poder solicitar el depósito judicial de las mercancías y su ulterior venta, también judicial, en cantidad suficiente para cubrir el precio del transporte y los gastos que se hubieren suplido (artículos 369 y 374), y a otorgar un derecho preferente de cobro sobre el producto de los bienes transportados frente al resto de los acreedores del destinatario, si la reclamación se efectúa dentro de los ocho días siguientes a la entrega de las mercancías (artículo 375). Pero, insisto, para nada se habla del derecho de retención, por lo que la pregunta que surge de forma espontánea es: ¿cabrá el ejercicio de este derecho, además de los que se consignan expresamente en el Código de Comercio y que acabo de mencionar?. La cuestión no es de fácil respuesta y, por supuesto, quiero anticipar que un criterio favorable al ejercicio de ese derecho no se tratará de una opinión pacífica ya que hay bastantes partidarios del no, incluida alguna resolución judicial (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección decimoquinta, de 4 de octubre de 1994) .

Para comenzar quiero indicar que referirse al derecho de retención en el ámbito de los transportes no supone ninguna rareza ni aludir a ninguna figura ajena o extraña al campo del transporte. El mismo Código de Comercio, por citar un texto no favorable a la admisión de dicho derecho para los transportistas, emplea algunas expresiones que tienen una clara resonancia o concomitancia con la retención al establecer en su artículo 375 que los "efectos porteados estarán especialmente obligados" a la responsabilidad del precio del transporte y de los gastos y derechos causados por ellos durante su conducción o hasta el momento de su entrega, toda vez que se quiera o no esta "afección directa de bienes al pago de deudas" está bastante próxima al derecho de retención. Como en éste, se relacionan cosas con deudas y, además, si este derecho especial o afección se ejercita antes de la entrega de las mercancías, como, pongo por caso, ante el temor fundado de que los portes no serán pagados por el consignatario, parece que todavía se aproxima más a un derecho de retención ya que en definitiva la efectividad de la afección comporta que el transportista conserve sobre los objetos transportados una relación tan sustancial como es la de poder promover su venta y cobrarse con el importe de la misma. Y en sentido muy parecido se pronuncian los artículos 665 y 666 para el fletamento marítimo.

Por otra parte, hay que recordar que algunas legislaciones, como la alemana, conceden a los transportistas y, por cierto, con gran amplitud, un derecho de retención sobre las mercancías transportadas. Así, de acuerdo con el BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), que equivale a nuestro Código Civil, el porteador está facultado para retener las mercancías transportadas en el caso de que ni el remitente ni el destinatario le paguen los portes (& 273, 320); y el Código de Comercio de dicho país todavía va más allá cuando se trate de relaciones entre comerciantes, pues autoriza la retención incluso por deudas precedentes, o sea deudas que no guarden una relación directa con los efectos transportados objeto de retención (& 369).

Pero veamos en qué consiste el **derecho de retención**. Aunque en general casi todo mundo sabe cómo funciona el expresado derecho, pienso que será útil que demos una sencilla idea sobre el particular. En pocas palabras se puede afirmar que estriba en mantener la posesión de una cosa -- en nuestro caso la de las mercancías o efectos transportados--, negando su restitución o entrega hasta que el deudor pague lo que adeuda por razón de la misma cosa. Concebido así el derecho de retención parece difícil diferenciarlo de la "excepción de contrato no cumplido" (*exceptio non adimpleti contractus*), en méritos de la cual en los contratos bilaterales o recíprocos, como al

transporte, ninguna de las partes está obligada a cumplir lo que le incumbe si la otra, a su vez, no está también dispuesta a cumplir lo que a ella atañe (artículo 1124 del Código Civil). La doctrina, tratando de diferenciar una y otra figura explica que la excepción de contrato no cumplido sólo juega en aquellos contratos en los que se da una rigurosa reciprocidad, o sea en los que las prestaciones de una parte y de otra están de tal modo alineadas o entrelazadas desde un comienzo que no se justificaría una sin que simultáneamente hubiera de tener lugar la otra, pero no en aquellos, como el de transporte, en los que las prestaciones se hallan meramente contrapuestas sin una auténtica reciprocidad inicial. En estos últimos contratos, si el deudor de la entrega la retiene hasta obtener un pago en realidad, según la expresada doctrina, lo que estará ejercitando será un verdadero derecho de retención y no amparándose en la excepción de contrato no cumplido.

Sin embargo, me parece que algunos Convenios internacionales relativos al transporte, concretamente el CMR relativo al transporte terrestre y el de Montreal de 1999 referente al transporte aéreo, vigente en España desde el año 2004, no responden a la doctrina anterior, dado que sus preceptos para la defensa del derecho al cobro de los transportistas se asemejan mucho más a la excepción de contrato no cumplido que al derecho de retención, cuya denominación ni tan siquiera utilizan. Así, el artículo 13 del Convenio CMR establece que el destinatario que se prevale de los derechos que se le conceden de que, una vez llegada la mercancía al lugar establecido para la entrega, le sea remitido el segundo ejemplar de la carta de porte y entregaba la mercancía contra recibo, "está obligado a hacer efectivos" --ha de presuponerse al mismo tiempo-- los derechos que resulten de la carta de porte; y con mucha más claridad, también el artículo 13 del Convenio de Montreal dispone que el destinatario tendrá derecho, desde la llegada de la carga al lugar de destino, a pedir al transportista que le entregue la carga "a cambio del pago" del importe que corresponda.

En mi opinión, lo que realmente diferencia la excepción de contrato no cumplido del derecho de retención, es que la primera no puede ser desvirtuada mediante la prestación de una garantía, toda vez que la simultaneidad de las prestaciones contractuales, que constituye una de las características básicas de los contratos bilaterales o recíprocos (*do ut des*, "doy para que des"), quedaría anulada si una de las partes pudiera demorar o aplazar el cumplimiento de sus obligaciones mediante la constitución de una garantía. Lo que en cambio no sucedería, a mi entender, en el caso del derecho de retención ya que el mismo tiene como objeto garantizar de alguna manera el cobro

de lo adeudado, finalidad que no se desfiguraría si la cosa retenida se sustituye por una caución o garantía. Asimismo, otra diferencia, tal vez más teórica que la anterior, que podría establecerse entre la excepción de contrato no cumplido y el derecho de retención radica en que la invocación o utilización de la primera no liquida o finaliza la relación jurídica de transporte mientras que, según una tesis que comparto, si los transportistas pudiesen retener, en el supuesto de hacerlo, ya no poseerían las mercancías transportadas en virtud del título que hasta entonces les legitimaba para hacerlo, el contrato de transporte, sino que pasarían a poseerlas en concepto de retenedores, o sea al amparo de otro título diferente, lo que implica la sustitución de la relación de transporte por otra de garantía con todas las consecuencias que dicho cambio podría implicar y, entre ellas, la dificultad para gozar de los límites de responsabilidad establecidos por las diferentes regulaciones sobre transportes si las mercancías se deteriorasen o pudiesen durante la retención, dada la inexistencia de reglas sobre el particular.

Manuel M.Vicens

Secretario y Asesor Jurídico