



Ej: 4

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

T  
346  
R 696e  
1962  
F. J. YCS

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y

CIENCIAS SOCIALES

- 0 -

ESTUDIO DEL DERECHO DE RETENCION

EN EL CODIGO CIVIL SALVADOREÑO

- 0 -

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

RENE RODRIGUEZ GRIMALDI

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

- 0 -

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA.

E n e r o d e 1962.

- 0 -





U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

- 0 -

R E C T O R

Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

S E C R E T A R I O G E N E R A L

Dr. ROBERTO EMILIO CUELLAR MILLA

- 0 -

F A C U L T A D D E J U R I S P R U D E N C I A  
Y C I E N C I A S S O C I A L E S

D E C A N O

Dr. ADOLFO OSCAR MIRANDA

S E C R E T A R I O

Dr. JOSE IGNACIO PANIAGUA

- 0 -

## CONCLUSIONES

Después de haber terminado nuestro estudio desde el punto de vista doctrinario, del derecho sustantivo y de la Jurisprudencia, con la limitación de la escasa literatura encontrada según lo dijimos en la introducción del presente trabajo, volvemos a insistir que el derecho de retención debiera de tratarse en una forma precisa y concordante en un capítulo especial, como lo han hecho la mayoría de los Códigos de reciente promulgación.

Sería conveniente que en el anteproyecto de reforma al Código Civil se incluyera el articulado necesario para que previa discusión sobre sus elementos, naturaleza jurídica, caracteres, efectos y extinción, se logre en su oportunidad la reglamentación a que nos hemos referido, para su mejor comprensión y aplicación práctica; llenándose así un vacío en nuestra legislación civil pues actualmente ni siquiera se ha reglamentado el ejercicio de este derecho en el Código de Procedimientos Civiles para poder hacerlo valer efectivamente. Es decir que la reforma que propugnamos se refiere no solo a su reglamentación en el Código Civil, sino también en el Código de Procedimientos Civiles para determinar en forma exacta su ejercicio desde el punto de vista adjetivo.

I N D I C E

	Páginas.-
INTRODUCCION.....	2
ORIGENES Y ANTECEDENTES HISTORICOS.....	4
EL DERECHO DE RETENCION EN NUESTRO CODIGO CIVIL..	9
CONCEPTO, ELEMENTOS Y NATURALEZA.....	21
ELEMENTOS DEL DERECHO DE RETENCION.....	23
NATURALEZA DEL DERECHO DE RETENCION.....	29
EXTINCION DEL DERECHO DE RETENCION CAUSAS INTERNAS DE EXTINCION.....	38
CAUSAS EXTERNAS DE EXTINCION.....	41
CONCLUSIONES.....	42

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES ; PENALES  
Y MERCANTILES

PRESIDENTE: Dr. Arturo Zeledón Castillo  
PRIMER VOCAL: Dr. José Ignacio Paniagua.  
SEGUNDO VOCAL: Dr. Jorge Alberto Barriere.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES  
ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: Dr. José María Méndez  
PRIMER VOCAL: Dr. Francisco Arrieta Gallegos  
SEGUNDO VOCAL: Dr. Francisco Alfonso Leiva.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

PRESIDENTE: Dr. Julio Fausto Fernández  
PRIMER VOCAL: Dr. Feliciano Avelar.  
SEGUNDO VOCAL: Dr. Jaime Quezada.

EXAMEN PUBLICO DE DOCTORAMIENTO

PRESIDENTE: Dr. Arturo Zeledón Castrillo  
PRIMER VOCAL: Dr. Ricardo Mena Valenzuela  
SEGUNDO VOCAL: Dr. José Ignacio Paniagua.

## D E D I C A T O R I A

A la memoria de mi padre, recién fallecido:  
RAUL RODRIGUEZ SUAY, que ahora descansa en la Paz del  
Señor.

A mi Madre:  
NELA GRIMALDI v. DE RODRIGUEZ, que con su abnegación  
supo darme el ejemplo necesario  
para llegar al final de mis an-  
helos.

A mis Hermanos:  
RAUL, IRMA, LETICIA, MARIO, GLORIA, ELSY Y RICARDO.  
Que con sus aspiraciones de ju-  
ventud me alentaron en mis pri-  
vaciones y desvelos durante mi-  
vida estudiantil.

A mis demás parientes y amigos que también-  
supieron darme las voces de aliento en los momentos -  
difíciles.

Para todos ellos, mi esfuerzo plasmado en es  
ta tesis doctoral.

## I N T R O D U C C I O N

Siempre nos llamó la atención el Derecho de Retención a través del estudio de nuestro Código Civil, por ser una materia interesante por su naturaleza, por sus características y elementos que la componen. Por otra parte nos pareció injusto que una Institución Jurídica tan interesante e importante hubiera sido relegada a un segundo plano, pues nunca encontramos una literatura completa y suficiente en los comentaristas que consultamos para la preparación de nuestro Código Civil, mientras cursamos esta materia en las aulas universitarias de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

La Institución de referencia no aparece reglamentada en forma sistemática en nuestro Código Civil, indudablemente porque tampoco lo fué en los Códigos Civiles de Francia y Chile, fuentes inmediatas de aquél Cuerpo legal. Por esa razón y como también porque las reformas que ha sufrido nuestro Código Civil jamás han alcanzado a dicha Institución, es que el presente trabajo de tesis doctoral se limita a las disposiciones dispersas que encontramos en el mencionado Código y a la doctrina de los escasos fallos de la Jurisprudencia de los Tribunales salvadoreños.

No obstante todas estas dificultades y la carencia casi absoluta de textos adecuados para el estudio del presente tema, hemos tenido que desarrollarlo como repetimos, desde el punto de vista doctrinario, del derecho sustantivo y de la Jurisprudencia.

Creemos que con la presente tesis pondremos -- nuestro grano de arena en el estudio de esta Institución tan importante y tan olvidada a la vez, por los tratadistas del Derecho y especialmente por los legisladores.

Nuestros deseos son que el pequeño estudio que ahora presentamos como tesis para optar al título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales sea lo más útil posible, especialmente para el estudio del Código Civil Salvadoreño.

## ORIGENES Y ANTECEDENTES HISTORICOS

Empezaremos por dar la génesis de esta Institución para luego desarrollar el tema principal que nos hemos propuesto.

Como casi todas las instituciones jurídicas, el derecho de retención tuvo su origen en el Derecho Romano. Algunos tratadistas sostienen que su antecedente es la "manus inectio" y la "pignoris capio", instituciones del Antiguo Derecho Civil o Derecho Estricto Romano. Tratan de justificar este origen porque la "manus inectio" consistía en que cuando el acreedor no era pagado por el deudor, se hallaba facultado para retenerlo en prisión, sometiéndolo a una verdadera esclavitud; siendo pues una verdadera aprehensión personal del deudor; y por la "pignoris capio", pues ésta consistía en que el acreedor que no recibía la cantidad adeudada, tenía derecho a apoderarse de un bien de su deudor, con el objeto de procurarse el pago de la deuda; en ambos casos dicho apoderamiento era por intervención directa del acreedor.

Mucius Scévola considera que la "pignoris capio" constituía verdadera retención, tanto más por cuanto no resulta inverosímil, <sup>QUE NO TIENE APARENCIA DE VENTA.</sup> la suposición de que el ejercitante de dicha institución romana no podía vender (como era propio de la antigua prenda de los romanos); sino que se pretendía, con esa sustracción de la cosa con respecto al patrimonio del deudor, forzarle a la satisfacción de lo debido.

Pero esta tesis no es admisible según siguen diciendo dichos tratadistas, pues es verdaderamente imposible sostener que en el antiguo Derecho Civil o Derecho Es

tricto, bajo el sistema de las acciones de la ley, existiera el derecho de retención, ya que esta garantía tiene por objeto suavizar el derecho estricto, pues la base de la existencia de tal derecho es la equidad, cuyos principios eran desconocidos o no admitidos en esa época rigurosa; es decir que el derecho de retención no era compatible con los principios extremadamente inflexibles del Derecho Estricto, pues la ley se debía apreciar o aplicar según el sentido literal, debiéndose restringir el precepto legal al caso sobre que recaía, sin que pudiera aplicarse a otros diferentes.- Además los primeros legisladores romanos no admitían que la posesión podía separarse de la propiedad. La simple detención de una cosa perteneciente a otro, era un hecho que no podía servir de base a ninguna reclamación de parte del poseedor contra el propietario de la cosa.

Después del sistema de las acciones de la ley, en el Derecho Estricto, en que los principios jurídicos eran sumamente rigurosos como ya dijimos, aparece el Derecho Pretoriano que vino a atenuar esos principios con las excepciones como recurso procesal, introduciendo modificaciones en la vida jurídica y logrando transformar de esa manera el derecho material, orientándolo en un sentido más justo de acuerdo con la equidad, suavizando así el rigorismo del Derecho Estricto.

Aparece entonces la "exceptio doli", que es la excepción de más importancia en el desarrollo de las instituciones jurídicas del Derecho Romano. Esta excepción -

permite al demandado alegar cuestiones subsidiarias, ya que el poseedor puede negarse a restituir la cosa que posee, al verdadero propietario que la reclama, mientras no se le reconozcan los gastos de las mejoras hechas en ella.

Por lo dicho se comprende, que el demandado ejerce un verdadero derecho de retención, que le dá facultad para retener bajo su poder la cosa poseída, mientras el propietario no le indemnice por los gastos y mejoras hechos en la cosa. De esta manera resultaba que la acción del propietario, cuando reclamaba el dominio de lo que le pertenecía, al contrario de lo que ocurría bajo las acciones de la ley en el Derecho Antiguo o Estricto, no podía prosperar aunque probara su derecho de dominio, cuando el poseedor tenía la "exceptio doli". Excepción que viene a ser el verdadero origen del actual derecho de retención.

Esta excepción también se conocía con el nombre de "retentio" y de "retinere potest", y sólo más tarde fué conocida con el nombre que ahora lleva.

En resumen, del breve estudio hecho sobre la evolución del derecho de retención podemos decir: que éste aparece en el Derecho Romano como un remedio equitativo, que el pretor instituyó mediante la "exceptio doli", para suavizar las consecuencias rigurosas de las acciones del Derecho Estricto, teniendo como fundamento la equidad; adquiriendo esta institución en la legislación romana un gran desarrollo, aunque no fué reglamentada sistemáticamente, como sucedió con sus otras instituciones jurídicas.

En las legislaciones posteriores al Derecho Romano, esta institución fué conocida tal como la desarrollaron los romanos, no adquiriendo mayor desarrollo a tal grado que permaneció estancada. De Roma, como tantas otras cosas, pasó a las Partidas y al Derecho Francés, y de allí al Derecho Civil Chileno, y posteriormente a nuestro Código Civil.

En los códigos modernos pasa el derecho de retención, con los caracteres con que se conoce esta Institución en el Derecho Romano, así como se hizo con casi todas las otras instituciones jurídicas romanas; pero a pesar de que este derecho adquirió gran desarrollo en esa época, los redactores de los nuevos códigos no le dieron la debida importancia a esta institución, pues omitieron reglamentarla en lugar aparte como una materia distinta e independiente para su mejor estudio y comprensión, sino que sólo se encuentran disposiciones esparcidas a través de ellos, haciendo constatar de esta manera su existencia en determinados casos particulares, que no bastan para tener una teoría sistemática sobre esta materia interesante e importante por su naturaleza, características y efectos.

Sin embargo, los códigos más modernos y de más reciente promulgación tratan el derecho de retención en un articulado aparte formando una teoría homogénea y de conjunto, desarrollando dicho derecho como una institución jurídica independiente y propia.

Hay pues dos grupos de legislaciones a este

respecto: 1<sup>º</sup>) Legislaciones que no han reglamentado el derecho de retención como institución propia y homogénea; y 2<sup>º</sup>) Legislaciones que han reglamentado el citado derecho en una forma sistemática, las cuales son muy pocas, y que corresponden precisamente a cuerpos de leyes de reciente promulgación. A este grupo pertenecen las legislaciones de Alemania, Suiza, Inglaterra, Japón y Argentina, que poseen en general los códigos promulgados más recientemente. Pertenecen al primer grupo las de Francia, Italia, España, Chile, nuestro país y la mayoría de los demás países hispanoamericanos cuyo Código Civil tiene como base el Código de Napoleón. Estas últimas legislaciones no poseen una teoría metódica sobre el derecho de retención, como hubiera sido lo ideal.

Los redactores de estos códigos no le dieron la debida importancia a esta institución, pues la trataron de desarrollar en artículos dispersos, dejando muchos vacíos, ya que no determinan precisamente: las condiciones de existencia, su extensión, su naturaleza jurídica y sus efectos. A pesar de que son cuestiones fundamentales, los Códigos de este primer grupo omiten tratarlas, quedando a la doctrina y a las legislaciones mas recientes la obligación de dilucidarlas, y desde luego a la Jurisprudencia de cada país. A este respecto, nosotros no pudimos encontrar mucha Jurisprudencia salvadoreña como era nuestro deseo, para desarrollar mas completamente el pequeño trabajo que presentamos.

## EL DERECHO DE RETENCION EN NUESTRO CODIGO CIVIL

La Legislación salvadoreña no trata el derecho de retención en una forma homogénea y principal como institución jurídica independiente, sino que siguiendo los lineamientos de la chilena solo se refiere a este derecho en una forma muy imprecisa y sin ninguna reglamentación, en varios artículos esparcidos a través de nuestro Código Civil; hasta el grado que en algunos de éstos, que se refieren sin duda alguna a esta materia, no mencionan ni siquiera el nombre de este derecho.

Solamente hemos encontrado dos disposiciones de carácter general que se refieren directamente al derecho que ahora estudiamos; ~~la~~ una que trata de la aplicación o extensión de esta institución y es la del Art. 2142 Inc.-2º C. que dice: "no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan". Con esta disposición nuestro Código rechaza de una manera terminante la analogía en materia de retención, pues lo limita a los casos previstos por la ley.

Y la segunda disposición de que hablábamos es la del Art. 2221 # 4 C, que expresamente dice que la garantía legal del derecho de retención es un crédito privilegiado de segunda clase, que pertenece al acreedor hasta concurrencia de lo que se le debe, sobre los bienes del deudor que tenga en su poder, por razón de ese derecho.- De esa manera el derecho de retención tal como lo ha establecido el Código Civil, es una de las más eficaces garan

tías, superior a otros créditos de inferior clase, establecidos por el mismo Código.

Hay una sentencia de la Jurisprudencia salvadoreña que se refiere a la preferencia a que nos referimos, y es la publicada en la Revista Judicial de Mayo de 1908, página 225 y siguientes, que en su parte doctrinaria dice: "El derecho de retención concedido al arrendador equivale a una garantía prendaria, y por consiguiente privilegiada."

El caso en cuestión se refiere a unos juicios ejecutivos acumulados, donde existen varios acreedores: un crédito del arrendador procedente del pago adeudado por el arrendamiento de una cosa; otro procedente de un mutuo, y otros créditos de la cuarta clase. Como se había embargado unos bienes muebles pertenecientes al arrendatario - deudor, los cuales se encontraban en poder del arrendador, pues con ellos había amoblado la casa el arrendatario, el fallo correspondiente declaró que: "la cantidad adeudada al arrendador debe pagarse, del producto de los bienes embargados, de preferencia a los otros créditos pertenecientes a los otros deudores".

Esta sentencia viene a confirmar que la garantía dada por el derecho de retención es un crédito privilegiado de la segunda clase.

Trataremos de enumerar todos los casos de derecho de retención que se encuentran en nuestro Código Civil. Estos son numerosos y dispuestos sin ningún orden a través del articulado del Código.

El derecho de retención corresponde, siguiendo-

el orden de los artículos:

1º) Al que ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, para obtener el pago del valor del edificio, plantación o sementera. El que ha verificado la siembra, plantación o edificación, tiene la facultad para retener el terreno, mientras no haya recibido el pago de los gastos hechos en él. Así lo establece el Art. 650 Inc. 2º C. que dice: "Si se ha edificado, plantado o sembrado, a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

Aquí no se menciona expresamente el derecho de retención, pero se deduce lógicamente del artículo mismo. La jurisprudencia nuestra que es escasísima con respecto a este derecho, sostiene también que el segundo inciso del Artículo 650 C. es un caso de este derecho. Es de la única disposición que hemos podido hallar más de una sentencia, que se refiera a esta institución.

En la Revista Judicial del mes de Agosto de 1924, en la página 317 y siguientes, se encuentra la siguiente doctrina: "Ha lugar al amparo constitucional cuando por providencias de un Alcalde Municipal se trata de lanzar a una persona que en terreno de otra, ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño, quien para recobrarlo, está obligado a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

Tenemos también la sentencia publicada en la

Revista Judicial del mes de Enero de 1932, página 152 y siguientes, que en su parte doctrinal dice : "Procede el amparo si un Juez de Primera Instancia ordena el lanzamiento de un poseedor que ha hecho mejoras en el terreno, a ciencia y paciencia de los dueños, con el objeto de entregarlo al depositario nombrado en una ejecución. Las mejoras están garantizadas por el derecho de retención".

En la Revista Judicial de 1936, página 101, se encuentra otra sentencia que se refiere al derecho de retención que establece el Art. 650 Inc. 2º C., la cual dice en su parte pertinente: "Procede el amparo contra las providencias de un Juez de Paz que ha decretado el lanzamiento de una persona previniéndole desocupar un predio urbano para entregárselo a un depositario judicial nombrado al verificarse el embargo de dicho inmueble, si aquella persona que ha pedido el amparo no es parte en el juicio ejecutivo y justifica ser poseedora de buena fé del predio disputado por haberlo recibido de la dueña a título de compra venta celebrado informalmente, y haber hecho mejoras en él a ciencia y paciencia de la dueña, siendo las providencias del Juez violatorias de la garantía constitucional de la propiedad sobre esas mejoras y del derecho de retención concedido por el Art. 650 C."

Las dos últimas sentencias transcritas afirman expresa y específicamente el derecho de retención.

Como ya dijimos antes, es del único caso que hemos hallado varias sentencias que se refieren expresamente al derecho que ahora estudiamos; de los otros ca--

so que a continuación enumeraremos nos ha sido imposible encontrar jurisprudencia al respecto, fuera de algunas excepciones.-

Corresponde también este derecho:

2º) Al usufructuario, cuando terminado el usufructo, no le pagan los gastos hechos por él en obras o refacciones mayores necesarias para la conservación de la cosa dada en usufructo.

El Art. 802 C., así lo determina al decir que:- "El usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, es obligado el propietario".-

En este artículo ya la ley menciona expresamente la palabra "retener" y se deduce más directamente los lineamientos de esta institución.

No encontramos jurisprudencia sobre la aplicación o interpretación de este artículo, con respecto al punto que tratamos.

3º) Al poseedor de cosas muebles, que las haya adquirido en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, mientras no se le reembolse lo que haya dado por ellas y lo que haya gastado en repararlas o mejorarlas.

Corresponde al Artículo 892 C. establecer este derecho al decir: "Pueden, reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.- Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, al-

macón u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla o mejorarla".

4º) Al poseedor vencido, que tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, perteneciéndole este derecho hasta que se verifique el pago o se le asegure a su satisfacción (Art. 916 C.)

La doctrina afirma que el derecho de retención puede ser sustituido; es decir sustraerse a la retención mediante una caución. Lo anterior lo confirma lo que prescribe el artículo 916 C. en su parte final al decir: "o se le asegure a su satisfacción".

La sustitución en esta materia puede ser de dos maneras: 1º) reemplazando el objeto que se retiene por una cosa equivalente, y 2º) asegurando en forma completa al acreedor del pago del crédito. Sobre la sustitución de este derecho adelante hablaremos más ampliamente.

5º) Al vendedor, para obtener el pago del precio, aunque se haya estipulado plazo, siempre que después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que se halle en peligro inminente de perder el precio, pero el comprador se puede sustraer de la retención en este caso con solo asegurar el pago del precio (Art. 1629 Inc. 4º C.) En este caso el vendedor retiene la cosa vendida en provecho propio para-

garantizar sus intereses.

Aquí también al decir la ley: "asegurando el pago", (el del precio), pone de manifiesto de que este derecho se puede sustituir, como ya lo dijimos anteriormente.

6º) Al comprador: el artículo 1674 C. dispone - que el comprador deberá pagar en el lugar y tiempo estipulado el precio o en el lugar y tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario; pero el segundo inciso de este artículo dá al comprador el derecho de depositar el precio con autoridad de la justicia, si éste fuere turbado en la cosa o probare que exista contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato.

Así lo establece el 2º Inc. del Artículo citado, al decir que "con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticias antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio".

Este es un caso de derecho de retención del precio, en que el comprador retiene para sí por medio de una tercera persona, quedando éste a disposición del vendedor, no pudiendo reclamarlo mientras no haga terminar la turbación que exista sobre la cosa vendida, o garantice las resultas del juicio correspondiente.

7º) Al arrendatario sobre la cosa arrendada, - mientras no se le pague o se le asegure por parte del arrendador las indemnizaciones que éste le aduda por las mejoras útiles; este derecho no se extiende al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada.

El Art. 1725 C, así lo determina al preceptuar que: "En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador. Pero no se extiende esta regla al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada".

Hay una sentencia que se refiere al derecho de retención que tiene el arrendatario sobre la cosa arrendada y es la publicada en la Revista Judicial del 5 de Marzo de 1947 en la página 115 y siguientes, la cual dice en su parte doctrinaria en lo referente a la institución que estudiamos que: "El mero tenedor no puede hacer uso del derecho de retención, porque ese derecho solamente lo tiene el poseedor; tampoco puede invocar el derecho de retención que la ley dá al mero tenedor, porque para que el arrendador esté obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las mejoras útiles, es necesario que aquél consienta en ellas con la condición de abonarlas".

Esta sentencia confirma lo que sostiene la doctrina, al decir que tanto la posesión como la simple tenencia pueden servir de base al derecho de retención. -

Pareciera que hay contradicción en la parte primera de esta resolución, al decir que el mero tenedor no puede hacer uso de este derecho porque solamente lo tiene el poseedor. Pero si revisamos el Considerando VII de la sentencia que mencionamos, vemos que se refiere a un subarrendatario, y que existe a la vez un arrendatario; siendo éste el legítimo tenedor de la cosa, a quién según la sentencia corresponde el derecho de retención.

8º) Al arrendador, para la seguridad del pago de la renta y de las indemnizaciones a que tenga derecho, sobre todos los frutos existentes en la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto y que le pertenecieren, y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria.

Así lo dice el Artículo 1730 C.: "El arrendatario, es obligado al pago del precio o renta. Podrá el arrendador, para seguridad de este pago, 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; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria."

De este caso también encontramos en la jurisprudencia revisada, una sentencia que se refiere al derecho de retención que posee el arrendador, la cual en su parte doctrinal dice: "El derecho de retención concedido al arrendador equivale a una garantía prendaria; y por consiguiente privilegiada", y es la publicada en la Revista Ju

dicial de Mayo de 1908, página 225 y siguientes. A esta sentencia ya nos referimos en otra parte de este trabajo.

9º) Al mandatario, sobre los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, mientras éste no cumple con las prestaciones a que está obligado por su parte.

Corresponde al Art. 1922 C., establecer el derecho que estudiamos al decir:

"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."

Desde este caso y los otros que enumeraremos a continuación, no hemos podido hallar ninguna otra sentencia que se refiera al derecho de retención, no obstante de haber revisado la jurisprudencia salvadoreña desde el año de 1901 a 1950 inclusive.

10º) Al comodatario sobre la cosa prestada, mientras no se efectúe la indemnización a que está obligado el comodante, por las expensas necesarias y urgentes hechas para la conservación de la cosa y por los perjuicios ocasionados por la mala calidad o condición del objeto prestado, a menos que el comodante garantice el pago de la indemnización correspondiente.

El Art. 1951 C. así lo afirma:

"El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se efectúa la indemnización de que se trata en los dos artículos precedentes (que se reficron a las

expensas necesarias y urgentes para la conservación de la cosa y por los perjuicios ocasionados por la mala calidad o condición del objeto); salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare."

11º) Al depositario, sobre la cosa depositada, con el objeto de obtener las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa y que probablemente hubiera hecho el mismo, teniéndola en su poder; como también de los perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito.

Así lo establecen los artículos 1991 C. y 1992-C; el primero dice al respecto "El depositario no podrá -- sin el consentimiento del depositante retener la cosa depositada, a título de compensación, o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo". Este es el 1992 C. que se refiere a que el depositante -- deberá indemnizar las expensas que el depositario haya hecho para conservación de la cosa, como también de los perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito.

12º) Al posadero, a los administradores de fondas, cafés, casas de billar o de baños y otros establecimientos semejantes, para garantía de pago de las expensas de conservación y perjuicios (Arts. 1998-2005 y 2221 # 1º C, en relación con los artículos 1997 y 1991 C.)

13º) Al secuestro, para retener la cosa depositada, mientras no se le paguen los gastos y daños que le haya causado el secuestro (Arts. 2010, 1991 y 1992 C.)

El Artículo primeramente citado lo confirma:

"Los depositantes contraen para con el secuestrador las mismas obligaciones que el depositante respecto del depositario en el depósito propiamente dicho, por lo que toca a los gastos y daños que le haya causado el secuestro".

14º) Al acreedor prendario; si los créditos han sido satisfechos en todas sus partes, deberá restituirse la prenda (Art. 2151 C.). Pero el inciso segundo de este mismo artículo agrega que el acreedor prendario podrá retener la prenda si tuviera contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reunan los requisitos siguientes: - 1º) que sean ciertos y líquidos; 2º) que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda, y 3º) que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.

15º) Al acreedor anticrético; goza este acreedor en las mismas condiciones que el arrendatario, de un derecho de retención, según se deduce del artículo 2186 C, que dice: "El acreedor que tiene anticresis, goza de los mismos derechos que el arrendatario para el abono de mejoras, perjuicios y gastos, y está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario relativamente a la conservación de la cosa"; el cual se relaciona con el Artículo 1725 C. ya transcrito anteriormente y que se refiere al derecho de retención que tiene el arrendatario sobre la cosa arrendada cuando no se le pague o se le asegure por parte del arrendador las indemnizaciones que éste le adeu-

da por las mejoras útiles.

16º) Al acarreador o empresario de transportes, sobre los efectos acarreados que tenga en su poder, o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños. En este caso se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada o acarreados de su cuenta (Art. 2221 # 2 C.)

Este es el último artículo del Código Civil que se refiere a la institución que estudiamos, sin que hayamos podido encontrar otra disposición que establezca este derecho, terminando así según lo creemos nosotros en forma completa la enumeración de los casos que se encuentran en forma dispersa a través del articulado del Código, para luego entrar al estudio de la naturaleza jurídica de esta institución desde un punto de vista doctrinario, tomando como base en lo que sea posible el derecho sustantivo y la Jurisprudencia salvadoreña anteriormente citada.

#### CONCEPTO, ELEMENTOS Y NATURALEZA

Daremos antes un concepto del derecho de retención, después de haber desarrollado brevemente el origen histórico de este derecho a través de las diversas legislaciones y dado los casos que contempla nuestra legislación civil, juntamente con algunas sentencias de los Tribunales referentes a la aplicación práctica de este derecho.

Varios autores han definido lo que es el dere-

cho de retención, coincidiendo poco más o menos en sus elementos principales que examinaremos después.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual dice que: "El derecho de retención es la facultad que corresponde, al tenedor de una cosa ajena para -- conservar la posesión de la misma hasta el pago de lo debido por razón de ella. No configura privilegio, sino una prenda constituida unilateralmente, al amparo de un derecho reconocido por la ley".

Colin y Capitant dicen que: "El derecho de retención es el derecho en virtud del cual el tenedor de una cosa que pertenece a otro, queda autorizado para retenerla hasta el pago de lo que el propietario de esta cosa le debe".-

Planiol dice al respecto: "Hay casos en que un acreedor, que detiene una cosa perteneciente a su deudor, puede rehusar de entregarla mientras que no sea pagado, -- aunque esa cosa no le haya sido dada en prenda: se dice -- entonces que el acreedor tiene el derecho de retención".-

Eseriche define el derecho de retención de esta manera: "El derecho que tiene un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenece y debía entregar a su deudor, hasta que éste le pague la deuda".

Todas estas definiciones coinciden entre sí, -- pues contienen los elementos que componen este derecho.-- El Código Civil Salvadoreño como ya dijimos, no da ninguna definición al respecto: solamente lo hacen los Códigos más modernos y de reciente promulgación: como el Código --

Civil Argentino que lo define en su artículo 3939, que dice: "El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de la misma cosa".

Resumiendo en una forma sencilla, podríamos dar una definición más completa que contenga todos los elementos indispensables de esta institución y entonces podemos decir que es la facultad que tiene el poseedor o tenedor legítimo de una cosa, de retenerla para sí, mientras obtenga el pago de lo que le es debido por parte del interesado en recuperarla.

#### ELEMENTOS DEL DERECHO DE RETENCION

Con base en el estudio y las definiciones anteriores, para que exista el derecho de retención es necesario la existencia de dos elementos: 1º) Posesión o tenencia de una cosa debida, y 2º) un crédito de parte del poseedor o tenedor contra el propietario o acreedor de la cosa.

Por la definición y por su misma denominación se deduce que esta institución supone para su existencia la posesión o tenencia de una cosa sobre la cual se va ejercer.

Este derecho como ya dijimos, es la facultad que tiene el poseedor o tenedor de una cosa, de retenerla para sí; por consiguiente es necesaria la detención de una cosa, sin lo cual es imposible concebir su existencia.

Haremos en primer lugar un brevísimo estudio sobre la "posesión o tenencia" y después sobre la "cosa debida", para luego tratar sobre el segundo elemento de este derecho, o sea, la existencia de un crédito de parte del poseedor o tenedor.

La posesión y la simple detención pueden servir de base indistintamente al derecho de retención. Así lo estiman la mayoría de las legislaciones, inclusive la nuestra, pues poseen este derecho: el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el arrendatario, etc., que son meros tenedores de la cosa debida.

Además es justo que no sólo el poseedor obtenga este derecho, sino que también el simple tenedor, pues el fundamento de esta institución es la equidad, tal como lo vimos y tratamos de explicar anteriormente al desarrollar el origen de esta institución en el Derecho Romano.

La misma jurisprudencia salvadoreña sostiene en una sentencia que el fundamento de esta institución es la equidad; y es la publicada a la página 295 y siguientes de la Revista Judicial de 1910, que se refiere al que ha edificado y sembrado en terreno ajeno a ciencia y paciencia del dueño; éste será obligado para recobrarlo, a pagar el valor del edificio y sembradura, pues en el considerando respectivo que se refiere al derecho de retención dice "...y en tal virtud, por espíritu de equidad, el Art. 650 C. prescribe, que el dueño del terreno será obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio y sembradura".

Las condiciones que deben de reunir la posesión y la mera tenencia para que puedan servir de base al derecho de retención son las siguientes: la legitimidad de la mera tenencia; o sea cuando el mero tenedor tenga como origen de su derecho la voluntad de las parte, la ley o la disposición del Juez, siendo por lo tanto legítima y legal dicha tenencia, pudiendo servir en todo caso como base del derecho de retención.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia nuestra en algunas sentencias que se refieren a este derecho en relación al Art. 650 Inc. 2º C.: "La simple tenencia no afecta el dominio del verdadero dueño; y no probando el demandado haber tenido legalmente la posesión no puede considerársele como poseedor de buena fé; pero tiene derecho a que se le pague el valor de los edificios y sementeras hechas a ciencia y paciencia del dueño del terreno". Revista Judicial de Julio de 1910, página 225.

La doctrina de esta sentencia afirma que el simple tenedor tiene el derecho de retención sobre el valor de los edificios y sementeras hechos a ciencia y paciencia del dueño del terreno, precisamente porque la simple tenencia tiene como origen la ley y por lo tanto es legítima, pudiendo servir de fundamento al derecho que estudiamos.

Ahora bien, la posesión no siempre es legítima: hay posesión regular e irregular; la primera desde luego servirá siempre de base para el ejercicio de este derecho, en cambio la irregular solo en ciertas circunstancias po-

drá servir para fundamentar el derecho de retención.

Los tratadistas estiman que la posesión irregular no puede servir de base para ejercer este derecho, en los casos siguientes: 1º) Cuando la posesión sea violenta, pues de un hecho ilícito no puede nacer un derecho, y 2º) cuando sea clandestina; en este caso tampoco es útil la posesión para tener derecho de retención en la cosa debida, por la misma razón dada en el número anterior de que un derecho no puede nacer de un hecho ilícito.

Donde hay controversias es en el caso de que si la posesión de mala fé pueda servir de fundamento al derecho de retención. Hay legislaciones que expresamente niegan este derecho al poseedor de mala fé, como por ejemplo el Código Civil Brasileño, al decir que: "El poseedor de mala fé será resarcido de los gastos necesarios únicamente; pero no le asiste el derecho de retención por el importe de éstos".

En cambio otras legislaciones acuerdan el derecho de retención al poseedor de mala fé; entre éstas se encuentra la nuestra, pues el Art. 910 C. dice al respecto que el poseedor de buena o de mala fé vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, y el 916 C, continúa diciendo, que 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. En otras palabras, en nuestro Código Civil la posesión de mala fé puede servir de base al dere--

cho que estudiamos, pero solo para el caso de reembolso de los gastos necesarios efectuados para la conservación de la cosa, en cambio el poseedor de buena fé puede ejercitarlo aún para las mejoras útiles.

Se tratará ahora sobre la segunda parte del primer elemento, que es la cosa debida.

Cosa es todo lo que tiene existencia física o moral; de manera que jurídicamente la expresión cosa comprende todo lo que existe y que pueda ser de alguna utilidad para el hombre; y cuando estas cosas útiles a los hombres son apropiables entonces reciben el nombre de bienes; es decir que la cosa es del género, mientras que los bienes la especie. Concluimos así, que el concepto de cosa es muy amplio, comprendiendo todo lo que existe física o moralmente, excepto el hombre.

Doctrinariamente se sostiene que las cosas debidas para que sean susceptibles de ser retenidas deben reunir los requisitos siguientes:

1º) La cosa debe de ser corporal; 2º) la cosa puede ser mueble o inmueble; 3º) la cosa puede ser consumible o no consumible; 4º) la cosa debe ser apropiable y estar en el comercio humano; 5º) la cosa debe de pertenecer a la categoría de los bienes de libre disposición, y 6º) la cosa puede pertenecer al deudor o a persona distinta de aquella a la que debe de restituirse.

2º) Elemento : Existencia de un Crédito de parte del poseedor o tenedor contra el propietario o acreedor de la cosa.

El segundo elemento para la existencia del derecho de retención es que el poseedor o tenedor sea acreedor del reclamante.

El derecho de retención como una garantía accesoria, supone necesariamente un crédito que está llamado a garantizar. Es necesario que el poseedor o tenedor de la cosa, sea acreedor del propietario, siendo esta condición la que hace que el poseedor retenga la cosa hasta que sea satisfecho en el pago de lo adeudado.

Las condiciones que debe reunir este crédito según los autores, son las siguientes: 1º) la obligación que se desea garantizar no debe ser condicional ni a plazo; 2º) la obligación debe ser actual; 3º) el crédito debe ser cierto; 4º) el crédito debe ser exigible y 5º) el crédito no es necesario que sea líquido.

De esta manera las condiciones de existencia del derecho de retención en la ley salvadoreña, son tres: 1º) Posesión o tenencia de una cosa debida; 2º) un crédito de parte del poseedor o tenedor contra el propietario o acreedor de la cosa y 3º) existencia de un texto legal que lo acuerde formalmente.

Así hemos desarrollado en forma breve y sencilla los dos primeros elementos de existencia del derecho en estudio, planteándose enseguida el problema si hay derecho de retención sin texto expreso, es decir si en el silencio del legislador podría una persona hacer uso de él.

Laurent sostiene que es un derecho estricto y

que por lo tanto cabe aplicarlo sólo cuando el legislador expresamente lo ha concedido.

Josserand dice al respecto: "se puede invocar el derecho de retención no obstante que no exista texto legal que lo autorice, con tal que exista conexidad entre el crédito y la cosa: que la deuda del poseedor o tenedor haya nacido con ocasión de la cosa retenida. -- Desde el momento en que aparece esta conexidad, el derecho de retención puede llegar a ejercerse".

Estimamos nosotros que la anterior discusión no prosperaría en nuestro medio porque el requisito tercero que enumeramos, o sea la existencia de un texto legal que lo acuerde, es una consecuencia de lo que prescribe el Art. 2142 Inc. 2º C. ya mencionado, y que rechaza la extensión de este derecho a otros casos análogos, limitándolo a los previstos por la ley, los cuales ya enumeramos en otra parte de este estudio en forma taxativa.

#### NATURALEZA DEL DERECHO DE RETENCION

Los tratadistas no están de acuerdo en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de retención. En las legislaciones en donde no se ha reglamentado en forma propia e independiente este derecho, como en la nuestra, existe también la dificultad de determinar su naturaleza jurídica.

Al respecto hay dos tendencias opuestas: unos afirman que es derecho personal y otros que es un derecho real.

La primera tendencia se divide a su vez en dos variantes: una la considera como un derecho meramente personal y la otra además de considerarlo como un derecho personal, le agrega su oponibilidad a terceros.

Laurent es de los principales autores que sostienen la primera tendencia, diciendo en síntesis, que este derecho es una simple excepción personal de acreedor a deudor, sin ningún efecto contra terceros, valedero solamente en contra el propietario o acreedor de la cosa retenida y no a los demás acreedores de éste; es decir que el derecho de retención según este autor, se concibe contra quién sea deudor, o sea el obligado por una relación personal directa con el acreedor.

La segunda variante desarrollada por los juristas Aubry et Rau y Jossierand afirman que el derecho de retención es un derecho personal, pero con el agregado de que es oponible a terceros; siendo de esa manera una teoría ecléctica que tiene no sólo de derecho personal sino de derecho real como es su oponibilidad a terceros. De este doble carácter resulta que el acreedor que retiene la cosa, puede hacer valer su derecho no sólo contra el deudor y sus herederos, sino que contra cualquier clase de personas que pretendan derechos sobre la cosa retenida. Así, si el deudor fuera declarado en quiebra, el derecho de retención puede ejercitarse contra todos los acreedores de dicho deudor.

La segunda tendencia sostiene que es un derecho real; esta última teoría es la más generalmente aceptada

por la doctrina. El derecho de retención es regido en consecuencia por los principios ordinarios de los derechos reales. Por lo tanto es oponible no sólo al deudor, sino también a los terceros, a los acreedores hipotecarios, etc., y en especial a los sucesores del deudor.

No estamos de acuerdo con esta última tendencia, precisamente porque una de las principales características del derecho real es el derecho de persecución y el derecho que estudiamos no lo tiene. Si el comodatario, el depositario, etc., no tienen la cosa retenida en su poder, cesa inmediatamente el derecho de retención, y no podrían, ni el depositario, ni el comodatario, recuperar la cosa, pedir al tercero que la tenga, que la entregue; por ese motivo no podría ser un derecho real.

Además en nuestra legislación no sería posible encajar esta institución entre los derechos reales que establece el Artículo 567 C., pues la anumeración que hace el referido artículo es en nuestra opinión taxativa.

Es más lógica la tesis ecléctica de Aubry et Rau y Jossérand, que sostienen que es un derecho personal, pero oponible a terceros.

La oponibilidad a terceros de este derecho la encontramos en la doctrina de la sentencia publicada en la página 74 de la Revista Judicial del mes de Julio, de 1904 que dice: "Cuando una persona construye en solar ajeno a ciencia y paciencia del dueño, tiene derecho a retener el solar mientras no se le pague el valor de las construcciones; en consecuencia procede el amparo a favor del due



ño de éstas, quien no puede ser lanzado de su casa en virtud de embargo hecho en ejecución seguida contra el propietario del terreno".

Por las razones dichas creemos que esta Institución no es ni derecho personal, ni derecho real, sino que es una institución independiente con sus elementos propios, que debe ser tratada después de los derechos personales y reales, o bien, después de la prelación de créditos en un Título Especial, tal como lo desarrolla el Código Civil Argentino, pues como repetimos es una institución jurídica sui-générís con sus elementos característicos.

Después de todo lo expuesto, enumeraremos algunos de sus principales caracteres jurídicos que le dan al derecho de retención rasgos propios.

Es un derecho accesorio, pues tiene por objeto servir de garantía a un crédito para asegurar su pago. Antes dijimos que uno de los elementos esenciales del derecho de retención era la existencia de un crédito, del cual era la garantía. Al constituirse una garantía es de suponer que haya una obligación preexistente para que tenga lugar. Por tal motivo, el derecho de retención no puede ejercerse sin una obligación a que sirva de garantía, y así, como derecho accesorio que es, sigue la suerte de la obligación principal, pues si ésta se extingue se extingue dicho derecho.

Como consecuencia del carácter accesorio del derecho en estudio, se concluye que puede ser cedido a una tercera persona juntamente con el crédito que garantiza.

En el título de nuestro Código Civil que trata "De la Cesión de Derechos", no se encuentra ninguna disposición que niegue la cesión del derecho de retener, ni existe ninguna otra razón legal que se oponga a dicha cesión, pues donde la ley no distingue no está permitido al intérprete distinguir. Es más, si se cede un crédito que se encuentra garantizado con el derecho de retención, se comprendería en la cesión, sin necesidad de estipulación expresa, este derecho que pertenecía al cedente; esta afirmación la hacemos tomando como base el aforismo jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y de lo estatuido en el artículo 1696 C, que dispone que "la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas", y el derecho de retención es, como luego veremos, un crédito privilegiado.

Es indispensable que este derecho sea cedido juntamente con el crédito y con la posesión o tenencia de la cosa, pues como todo derecho accesorio no puede ser separado del derecho principal y ser objeto de una cesión distinta, ya que de otro modo si no se acompaña con el crédito que garantiza se extinguiría. Y en cuanto a la posesión o tenencia de la cosa, es preciso que sea entregada por el cedente al cesionario pues de otro modo, no se podría ejercitar el derecho de retención ya que se extingue cuando el acreedor retencionario entrega o abandona la cosa retenida, como lo veremos mas adelante.

También el derecho de retención es indivisible, ya que el acreedor de dicho derecho no puede ser obligado

a restituir la cosa retenida, mientras no le hayan pagado totalmente lo que le deben, porque ninguna parte del bien sobre el cual se ejerce la retención, está específicamente afectado a una parte del crédito. Esto resulta de la naturaleza misma del derecho de retención, pues aún cuando la ley no lo prescribe, es evidente que es indivisible en el sentido de que la persona favorecida va a poder retener la cosa aún cuando la obligación se haya satisfecho en su mayor parte.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera han sostenido únicamente el principio de su indivisibilidad, pues la ley dá al acreedor una especie de garantía privilegiada para asegurar el pago de su crédito, garantía que debe subsistir lógicamente hasta que el crédito sea cancelado en su totalidad. No omitimos manifestar que esta es la regla general en nuestro Código Civil en materia de anticresis, hipoteca y prenda, en cuanto a la indivisibilidad; y es lógico generalizar y extenderla a todos los casos en que exista un derecho de retención, de conformidad a los artículos 2190, 2158 y 2155 C.

El derecho de retención es un crédito privilegiado de la segunda clase. Así lo prescribe el artículo 2221 No. 4º C. al decir que: "A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:....4º) El acreedor hasta concurrencia de lo que se debe con la garantía legal del derecho de retención, sobre los bienes del deudor que tenga en su poder por razón de ese derecho!" Esta disposición como ya lo dijimos antes, es

la única junto a la del artículo 2142 inciso 2º C, que se refieren con carácter general al derecho de retención estableciéndolo en forma expresa y terminante, aunque como repetimos sin la debida independencia y sistematización como hubiera sido lo correcto.

En el Código Civil Chileno no existe una disposición equivalente, relativa a que este derecho sea un crédito privilegiado de la segunda clase, con el carácter general con que se encuentra entre nosotros. Por tal motivo existen divergencias doctrinarias entre los autores chilenos si este derecho constituye o no una causa de preferencia.

Nuestra jurisprudencia ya ha reconocido expresamente de acuerdo con la ley que es un crédito privilegiado, de conformidad a la sentencia publicada en la Revista Judicial del mes de Mayo de 1908, que ya citamos en otra parte del presente trabajo.

El derecho de retención, no confiere derecho de persecución; es decir que cuando el acreedor retencionario ha perdido los objetos retenidos, no puede pedir la restitución a los terceros en cuyo poder se hallen, tal como lo podría hacer el acreedor hipotecario o prendario. En otras palabras, el retenedor no tiene el derecho de persecución, pues la base del derecho que estudiamos como ya lo dijimos antes, es la posesión o tenencia de las cosas retenidas, y así, de un derecho extinguido no podría nacer nunca ninguna acción contra terceros.

Donde los tratadistas no están de acuerdo, en cuanto al derecho de persecución, es cuando el acreedor retencionario se le despoja violentamente de la cosa retenida, pues en este caso dicen que el retenedor puede recuperar las especies que poseía o detenía, negándole el derecho de persecución sólo para el caso de que el acreedor haya abandonado voluntariamente la posesión o tenencia de las cosas retenidas.

Los otros dicen que en ningún caso podría tener el retenedor el derecho de persecución por el motivo que el derecho de retención resulta generalmente de una excepción, simple medio de defensa, y que el derecho de persecución supone la existencia de una acción.

Nuestro Código Civil no regula nada en este asunto tan importante, ya que como lo hemos repetido más de una vez, en nuestro medio el derecho de retención no está tratado sistemáticamente. No omitimos manifestar que el Código Civil Argentino se pone en una posición más justa a este respecto, que los tratadistas últimamente citados, pues en su artículo 3944 dice: "Cuando el que retiene la cosa ha sido desposeído de ella contra su voluntad, por el propietario o por un tercero, puede reclamar la restitución por las acciones concedidas en este Código al poseedor desposeído".

La otra característica del derecho de retención es que puede ser sustituido.

Este derecho puede ser sustituido, pues faculta al obligado a dar otra cosa equivalente o una garantía para asegurar al acreedor el pago de su derecho.

Es decir que en materia de retención la sustitución puede llevarse a cabo de dos maneras: 1º) reemplazando el objeto que se retiene por una cosa equivalente, y 2º) asegurando en forma completa al acreedor del pago del crédito, sin que sea necesario como en el primer caso, que haya equivalencia entre el monto de la caución prestada y el objeto retenido.

No sólo la doctrina sostiene esta característica del derecho de retención, sino también la ley misma la establece en los casos específicos en que este derecho puede ser sustituido, pues en nuestro medio hay disposiciones que determinan esta sustitución, pero sólo para casos especiales, y no en forma general como en otras legislaciones en que el deudor puede en todo caso cambiar la retención por otra garantía.

Hemos encontrado que gozan de esta prerrogativa de conformidad con la ley, el reivindicador que ha obtenido la restitución de una cosa singular que está amparada por el derecho de retención, y debe un saldo por razón de expensas y mejoras al poseedor vencido, ya que el artículo 916 C. en su parte final dice: "O se le asegure a su satisfacción", refiriéndose a dicho poseedor. También goza del beneficio de la sustitución el comprador que no ha pagado el precio de la venta; el artículo 1629 C., en la parte final de su Inc. 4º así lo establece. El arrendador que debe indemnización al arrendatario, también tiene facultad para sustituir la retención por otra garantía. Artículo 1725 C.- Y por último también tiene el derecho de sustraerse a la retención, el

comodante condenado a pagar una cantidad al comodatario por expensas y perjuicios, toda vez que asegure el pago de la suma debida; el artículo 1951 C., explícitamente lo autoriza así, al decir en su parte final: "salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare".

#### EXTINCION DEL DERECHO DE RETENCION.

No podríamos dar por finalizado el presente estudio sin antes tratar de los modos de extinción del derecho de retención, los cuales pueden serlo por causas internas o externas.

La extinción del derecho de retención por causas internas se dá cuando falta alguno de los elementos constitutivos de que hemos citado anteriormente, y por causas externas cuando se verifica esta extinción por la renuncia del titular del derecho.

CAUSAS INTERNAS DE EXTINCION.- El derecho de retención se extingue por causas internas: 1º) cuando se destruye la cosa retenida; 2º) cuando se pierde la posesión o tenencia; y 3º) cuando se extingue el crédito que este derecho protege. A continuación veremos brevemente las anteriores causas de extinción.

Destrucción de la cosa retenida. Anteriormente afirmamos que uno de los elementos para la existencia del derecho de retener era que la cosa debida estuviera en manos del acreedor de dicho derecho, de tal manera que la

destrucción o pérdida de la misma suponía necesariamente la extinción del derecho de retención, pues de esta manera el citado derecho carecería de objeto. La destrucción o pérdida de la cosa retenida puede ser por caso fortuito o por fuerza mayor, y en ambos casos el derecho de retención desaparece porque el acreedor no tiene la facultad de exigir del deudor la entrega de otra cosa para garantía del crédito que posee.

Puede suceder que la cosa retenida perezca por hecho o culpa del acreedor retencionario y entonces también se extingue naturalmente este derecho por las razones ya expuestas.

Nuestro Código Civil en la única disposición que se refiere a la extinción del derecho de retener por pérdida de la cosa retenida, es en la del artículo 1725-C., que ya citamos anteriormente y que se refiere a que en todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador; pero no se extiende este derecho al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada.

Cuando la destrucción de la cosa retenida es parcial, solo se produce una reducción o restricción del derecho de retención, pues éste queda vigente sobre el resto de la cosa retenida, quedando garantizado la totalidad del crédito como consecuencia de la indivisibilidad de dicho derecho, como dijimos anteriormente.

La pérdida de la posesión o tenencia puede ser voluntaria o involuntaria. En el primer caso, cuando el acreedor pierde la posesión o tenencia de la cosa retenida se extingue el derecho de retención, porque como ya lo hemos dicho antes, es esencialmente dependiente del hecho de que el acreedor conserve dicha posesión o tenencia. Así, si el acreedor abandona voluntariamente la posesión o tenencia de la cosa, pierde el citado derecho aún cuando al abandonarla no tenga el propósito de que su propietario o deudor readquiera la posesión. También se extingue si el retenedor hace entrega de la cosa, puesto que este hecho supone una renuncia tácita del ejercicio del derecho de retención.

Cuando la pérdida de la posesión o tenencia es involuntaria de parte del acreedor de este derecho, también se extingue, pues falta uno de los requisitos o elementos indispensables para su existencia; es el caso del despojo o sustracción clandestina que una persona efectúa en la cosa retenida. Aquí se discute si al acreedor le corresponde el derecho de pedir la reintegración de la cosa perdida; punto que ya tratamos en otro lugar del presente estudio, por lo cual nos remitimos a esa parte.

Cuando se extingue el crédito protegido deja de tener existencia el derecho de retención, porque es condición esencial para que este derecho tenga lugar que haya un crédito por el cual se ejerza, ya que como lo dijimos antes es un derecho accesorio, y como una consecuencia lógica debe extinguirse juntamente con el crédito

protegido, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Pero la extinción del derecho de retención sólo se lleva a cabo cuando la extinción del crédito que garantiza es total, pues mientras exista una parte de él por pequeña que sea, el derecho queda subsistente para asegurar el pago de esa parte.

CAUSAS EXTERNAS DE EXTINCIÓN.- La causa externa de extinción del derecho de retención es la renuncia del titular del derecho. Como es una institución jurídica independiente, una vez formada al existir sus elementos esenciales, puede ser renunciada por su titular, originándose en consecuencia su extinción.

La renuncia puede ser expresa o tácita; es expresa cuando se manifiesta de un modo claro y específico. La renuncia tácita, resulta indirectamente de ciertos actos del retenedor que suponen su intención de no aprovecharse del beneficio del derecho que le corresponde. Así, sería una renuncia tácita el hecho de que el acreedor abandone voluntariamente el objeto sobre que ejerce su derecho. Es natural que la renuncia que se haga del derecho de retención no incluye el crédito protegido, ya que la pérdida de la retención no implica en ningún caso la extinción de la deuda; en cambio la renuncia del crédito protegido con este derecho, lleva consigo su extinción, pues deja de tener su verdadero fundamento.