Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Año VIII — Julio - Diciembre de 1940. Nos. 33 y 34

Revista de Derecho

SUMARIO

David Stitchkin B.	El Mandato Civil	Pág. 2691
Esteban Crisosto B.	Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención	„ 2729
Orlando Tapia S.	La Responsabilidad Extracontractual (continuación)	„ 2759
	MISCELANEA JURÍDICA	„ 2781
	JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	„ 2785
	JURISPRUDENCIA	„ 2789

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esteban Crisosto Bustos

Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención

NATURALEZA JURIDICA.—La falta de una disposición expresa en las legislaciones extranjeras, sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención, principalmente en la francesa, italiana, española y en todas aquellas que se inspiraron en el Código Francés, ha dado origen a la división en las opiniones de los tratadistas que se han ocupado de la institución en estudio. En verdad, se han formulado diversas teorías o doctrinas fundadas en ingeniosas argumentaciones, pero no se ha llegado a la solución precisa de esta cuestión.

Entre las doctrinas formuladas, podemos distinguir tres principales que caracterizan las tres grandes corrientes de opinión que giran acerca de la naturaleza jurídica del derecho de retención.

La primera sostiene que el derecho legal de retención es un derecho personal y, en consecuencia, inoponible a terceros, de manera que sus efectos se producen únicamente entre deudor y acreedor.

La segunda doctrina sostiene, por el contrario, que la retención es un derecho real, oponible, por lo tanto, no sólo

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

al deudor personal, sino a los terceros acreedores, ya sean quirografarios, hipotecarios o privilegiados.

Una tercera, sostiene que la retención es un derecho personal, pero sui géneris, cuya característica primordial consiste en que no obstante este carácter, es oponible a terceros.

Veamos, ahora, en detalle las razones que se dan en pro y en contra de cada una de las doctrinas indicadas, siguiendo el mismo orden en que las hemos mencionado.

TEORIA DEL DERECHO PERSONAL.—Entre los autores que sostienen la personalidad de este derecho podemos mencionar a Giorgi (1), Laurent (2), Baudry-Lacantinerie et Lyon (3), Planiol (4), quien nos dice: "Pensamos, en efecto, que el derecho de retención no es un derecho real por no ser enteramente asimilable a la prenda, y porque todas las seguridades constituyendo hoy derechos reales, están sometidas a condiciones protectoras de los terceros", Troplong (5), C. Cosack (6), etc., etc. Además, podemos citar a Larombiere (7), Ricci, Semerario y Garbasso (8).

Daremos algunas de las argumentaciones que formulan los partidarios de esta doctrina en apoyo de su tesis. Laurent la defiende en los siguientes términos: "Los textos no deciden la dificultad, hay que volver a los principios; ahora bien, hay un principio que no se pone en duda y es que los derechos reales que afectan a un inmueble dan el derecho de perseguirlo. El derecho de retención no da el derecho de persecución, esto es evidente puesto que el derecho que la ley concede consiste precisamente en retener la cosa. ¿Habría, pues, que decir que el derecho de retención es un derecho real de una naturaleza especial; pero sobre qué se funda esta realidad imperfecta? ¿Sobre los textos? No los hay. ¿Sobre los principios? Se dice que el derecho de retención es una

(1) Ob. cit. pág. 454. N. 413. T. 2.
(2) Ob. cit. pág. 328. t. 29. N. 292.
(3) Ob. cit. T. 25. pág. 213. N. 228 y pág. 235. N.o 245.
(4) Ob. cit. t. 6. pág. 629. N. 458 y pág. 633. Nota 5.
(5) Ob cit. t. 1. pág. 335. N. 263.
(6) Traité de Droit Commercial. T. 1.o. pág. 255.
(7) Citado por Claro Solar. Ob. cit. t. 11. N. 1106.
(8) Citados por Giorgi. Ob. cit. t. 2. pág. 454. Nota 2.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

garantia y que para ser eficaz esta garantía debe ser real. Los intérpretes que hacen este razonamiento deberían comenzar por probar que el legislador ha querido dar una garantía completa a los que gozan del derecho de retención. Si él lo hubiera querido, les habría otorgado un privilegio provisto del derecho de persecución de la cosa. Son pues los intérpretes que suponen que la garantía debe ser completa, y de ahí concluyen que debe ser real. Es olvidar su papel y mezclarse en el derecho del legislador. La ley únicamente puede determinar la extensión de la garantía que ella sola puede conceder. A unos da una preferencia respecto de toda especie de terceros; a otros, no da más que una preferencia respecto de los acreedores quirografarios; en fin, hay algunos, y lo son precisamente los que usan del derecho de retención, que protege únicamente contra el propietario que reclame la cosa y que tiene obligaciones que satisfacer respecto al poseedor, relativamente a esta cosa. ¿Con qué derecho los intérpretes extienden a los terceros una garantía que la ley ha limitado a las partes contratantes?... Los textos no establecen la realidad del derecho de retención, y de acuerdo con los principios este derecho es personal (9).

Troplong, partidario de la misma doctrina dice en apoyo de su tesis: "El derecho de retención es bueno para oponerlo al deudor; es una excepción opuesta contra él para ponerse a cubierto de su mala fe; pero cuando se trata de acreedores que tienen también privilegios sobre el objeto puesto en prenda, las cosas no son ya lo mismo, no se puede reprochar mala fe y dolo, y bajo este respecto son de mucho mejor condición que el deudor. Se trata entonces de pesar la causa de su privilegio y si ella es preferible a la del prendario, como no se puede negar respecto a los gastos de justicia, de última enfermedad, de doméstico, etc., este derecho de retención no puede ser opuesto" (10).

Giorgi, partidario de esta misma doctrina, nos dice: "Como se ve bien, la primera opinión seguida por nosotros, refiriéndose a la personalidad del derecho de retención, es in-

(9) Ob. cit. t. 29. pág. 325. N. 284.
(10) Citado por Gajardo Rubio. Ob. cit. pág. 8.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dudablemente la más acreditada. Y con razón, a nuestro parecer. Ya que los argumentos opuestos en contrario, si bien no dejan de tener gravedad, no son, por lo demás, decisivos. En verdad se dice que el derecho de retención es una relación que se establece inmediatamente entre el poseedor del título y la cosa, pero se puede responder que, incluso cuando el concepto fuera justo, no sería aplicado exactamente; ya que la relación entre la posesión y la cosa retenida tiene un término intermedio que es precisamente el deudor; no siendo concebible la retención sino sólo contra quien sea deudor, esto es, obligado por una relación personal. Además, la locación que confiere al arrendatario un derecho al uso y al disfrute de la cosa, crea bajo tal respecto una relación que media entre el arrendatario y la cosa; y no obstante, en la locación por breve término, se engendra un derecho personal. Produce, al contrario, un derecho real, por lo menos según una importante doctrina, cuando la locación es a término largo. Por tanto, el criterio diferencial entre el derecho real y el derecho personal es muy incierto y oscilante; y aunque sirve sólo para clasificaciones científicas, sin embargo, cuando hay necesidad de determinar por otro camino más seguro los efectos del derecho, es mejor atenerse a éste, como nosotros hemos hecho" (11).

Por fin, citaremos en apoyo de esta doctrina lo que nos dice Baudry-Lacantinerie. Este tratadista, criticando a Demoulin, partidario de la realidad del derecho de retención, porque constituye para él una causa de preferencia, agrega: "No podemos aceptar ni el principio ni la consecuencia. El derecho de retención no es por sí un signo característico de los derechos reales. Cuando la hipoteca está despojada del derecho de persecución y se encuentra reducida a un derecho de preferencia, cesa de afectar al inmueble, pierde su naturaleza de derecho real y el crédito no es sino un crédito privilegiado (12)..." "El derecho de retención por carecer de la persecución de la cosa, no es verdaderamente un derecho real. Se pierde por la cesación de la posesión o tenencia de la cosa;

(11) Ob. cit. t. 2. pág. 454. Nota 2
(12) Ob. cit. pág. 213. t. 25 N. 228.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lo mismo que la anticresis" (13). Un poco más adelante, agrega: "Como ya lo hemos visto, el derecho de retención no engendra el derecho de persecución. Da nacimiento a una excepción; no confiere acción. Puede ser invocado por el que detenta la cosa, no puede ser ejercido por aquél que voluntariamente ha abdicado la posesión o se encuentra desprendido por un acto de su voluntad. En otros términos, el acreedor puede retener la cosa; no puede recobrar su posesión cuando la ha perdido voluntariamente. De estas premisas deducimos que el derecho de retención no es un derecho real" (14).

Teoría de la realidad

Entre los que sostienen que el derecho de retención es un derecho real, podemos indicar a Valette, Pont, Mourlon, Guillouard (15) los cuales apoyan su tesis invocando la tradición histórica. El carácter real del derecho de retención ha sido sostenido también por algunas sentencias de nuestros tribunales (16).

Guillouard nos dice en apoyo de esta doctrina: "Hemos visto el desenvolvimiento del derecho de retención desconocido en el Derecho Civil romano, admitido por el Pretor con efectos limitados a la persona del propietario del objeto retenido o de sus representantes universales; el derecho de retención se ensancha en nuestra antigua legislación, y según las expresiones de Demoulin y de Claude Serres que hemos citado, el acreedor que retiene la cosa triunfa contra el adquirente, y los acreedores hipotecarios. ¿Cómo y por qué el legislador de 1804 habría retrocedido en esta organización del derecho de retención? En razón, el derecho de retención

(13) Ob. cit. pág 214. t. 25. N. 228.

(14) Ob. cit. t. 25. pág. 235. N. 245.

(15) Citados por Claro Solar. Ob. cit. t. 11. pág. 570.

(16) Revista de D. y J. Parte Segunda. Secc. 2.a pág. 68. Gaceta 1937. I. pág. 481. Sent. 111. Corte de Apelaciones de Concepción y Revista de Derecho Año V. Núm. 19-20. pág. 1659. Corte de A. de Talca. Gaceta 1907. I. pág. 416. Sent. 214. Corte de A. de La Serena. Gaceta 1925. I. pág. 541. Sent. 73.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

no es útil, sino a condición de ser real y poderse oponer a terceros... (17).

Mourlon, partidario también de la tesis de la realidad, defiende su doctrina en los términos siguientes: "Esta garantía, es decir, el derecho de retención, no puede ser eficaz y útil sino en tanto que sea real, es decir, absoluto en sus efectos; porque si el deudor pudiera conferir, ora a un comprador, ora a cualquiera otro que lo represente, el derecho de recobrar la cosa que él no puede exigir por sí mismo, la retención no sería para el acreedor más que una garantía ilusoria una seguridad quimérica y mentida" (18).

Colin Capitant, partidario de la misma doctrina, considera que todo el problema queda reducido a ver si este derecho puede ser oponible a terceros, y en apoyo de su tesis nos dice: "Sin adentrarnos nuevamente con este motivo en el estudio de la tradición romana, que en este punto es turbia y equívoca, creemos que hay que hacer en este problema una división".

"Si se trata de acreedores quirografarios del propietario, el derecho de retención surte, evidentemente, efecto contra aquéllos, desde el momento que no puede tener más derecho que su deudor. ¿No dispone, por lo demás, el artículo 1613 que el vendedor de un mueble a quien no se ha pagado puede oponer su derecho de retención a la quiebra del comprador?"

"Inversamente, el derecho de retención que se refiere a un inmueble, no cabe duda de que no surte efecto contra los acreedores privilegiados o hipotecarios anteriores a la entrada en posesión de la cosa por el retenedor, ya que éste, en efecto, sólo ha recibido el inmueble que retiene *cum onere suo*".

"El debate queda, pues, restringido a las relaciones del retenedor con los acreedores privilegiados o hipotecarios o con los terceros adquirentes cuyos títulos son posteriores a la toma de posesión de la cosa. Y si el derecho de retención versa sobre un inmueble, el conflicto nacerá entre el retenedor y los acreedores que con posterioridad hayan adquirido privilegio sobre dicho inmueble".

---

(17) Citado por Claro Solar. Ob. cit. t. 11. pág. 570.
(18) Citado por Gajardo Rubio. Ob. cit. pág. 8.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"La jurisprudencia y la mayoría de la doctrina no han vacilado nunca en pronunciarse en favor de la oponibilidad del derecho de retención... y la tradición de nuestros antiguos autores se dirige también en el mismo sentido. Y es que, en efecto, la solución contraria restringiría ciertamente hasta el exceso el efecto útil del derecho de retención... (19)".

Teoría del Derecho Mixto

Entre estas dos doctrinas opuestas, aparece una ecléctica o de transición que considera que el derecho de retención no es ni real ni personal, sino de naturaleza especial; no es real, porque le falta una de las características fundamentales de éstos: la persecución de la cosa; tampoco es personal, porque puede ser oponible a los terceros, característica que no se concibe en los derechos personales. Luego, es un derecho de naturaleza especial, porque a pesar de ser personal es oponible a terceros. Entre los partidarios de esta doctrina podemos citar a eminentes tratadistas, tales como Aubry et Rau (20), Arturo Alessandri (21), etc.

El señor Alessandri, tratando de las características de este derecho, considera que es un derecho sui géneris, no es absolutamente real ni personal, porque participa de los caracteres de ambos; pero, sin embargo, en cuanto a sus efectos, agrega, la ley lo asimila a un derecho real (22).

Aubry et Rau nos dice en apoyo de esta doctrina: "A nuestro parecer, la calificación de derecho real es inexacta, por una parte, en efecto, el carácter propio del derecho real es poder perseguir la cosa; y por otra parte, un derecho no es real por el sólo hecho de poder bajo ciertas condiciones ser opuesto a terceros... Aunque el derecho de retención no constituye un verdadero derecho real, puede, sin embargo, ser opuesto a terceros, a lo menos en cierta medida. En

(19) Ob. cit. t. 5 pág. 116.
(20) Cours de Droit Civil Francais. T. 3. pág. 195.
(21) De los Contratos. pág. 170.
(22) De los Contratos. pág. 170.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

materia de muebles, puede serlo al comprador, como a los acreedores quirografarios o a los privilegiados del propietario de la cosa retenida y lo mismo en caso de quiebra. En materia de inmuebles, puede ser ejercido no solamente contra el adquirente, sino todavía contra los acreedores hipotecarios posteriores... (23)".

Teoría de López de Haro

Por fin, daremos las opiniones de un eminente tratadista, el cual haciendo un estudio detenido de las diversas disposiciones legales contenidas en los Códigos Civil y de Comercio español, que tratan sobre el derecho de retención deduce tres conclusiones sobre su naturaleza jurídica. Para él el derecho de retención es real, personal o mixto, según sea la causa o título que haya motivado la posesión o tenencia de la cosa detenida. Al efecto, nos dice: "La retención implica necesariamente previa tenencia. La causa, título u ocasión de la previa tenencia puede afectar al jus al derecho, a la facultad de retener, y si la vicia la retención es ya detentación , retención ilegal, retención sin derecho. El derecho legítimo de retener, actuando en relación a una cierta cosa, puede ser directa sobre ella o provenir de una obligación de su dueño, diferenciación que deslinda lo personal de lo real. Hay un tercer caso, el de constituirse la obligación afectando la cosa, mixto de ambos, y entre sí recíprocamente dependientes. Este derecho mixto, cópula del real y del personal, se crea o por el nacimiento simultáneo de éstos, o por derivación el uno del otro. Cuando nacen juntos son gemelos y constituyen un solo derecho con dos aspectos, el real y el personal. Cuando nacen separados predomina uno, tomando el otro carácter de accesorio, o mejor, siendo aquél causa jurídica de éste... La relación jurídica en orden a ese derecho, o sea, a los efectos de la retención, proviene o de las expensas en la cosa, o de una obligación personal que jus-

(23) Ob. cit. t. 3. pág. 195.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tifica la retención, o de un derecho a indemnización de daños o perjuicios causados por la tenencia y que igualmente justifican la retención". "Si proviene de expensas, el derecho es el que hemos denominado mixto, porque nacen juntos el derecho de cobro, la obligación y el correlativo de retener la cosa en que se hacen, cuyo carácter es real en cuanto afecta a la cosa misma. (Ej.: El que ha ejecutado una obra en cosa mueble, tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague). Si proviene de una obligación, el derecho es el que hemos denominado personal, porque aquélla nace antes e independientemente, siendo causa jurídica de la retención. (Ej.: El nuevo crédito del acreedor prendario (artículo 1401 de nuestro Código Civil). Si proviene de gastos y consiguiente indemnización de daños o perjuicios ocasionados por la tenencia de la cosa, el derecho es el que hemos denominado real, porque surgen de la cosa misma aquella obligación, siendo el daño o perjuicio por la tenencia de la cosa producido, la causa del derecho a retenerla. Ej.: El del depositario (24).

Más adelante agrega: "El derecho de retención según su causa toma su carácter. Siempre actúa sobre cosas; pero unas veces identificándose con ellas, otras con absoluta independencia de las mismas, y otras, produciéndose el derecho por razón de la cosa. Es real, personal o mixto, según su causa, sin que el derecho en sí ni la retención tengan carácter definido en sentido de darlo como general o característico a la sustitución... Si el crédito que causa la retención está invertido en la cosa misma, de tal suerte que forma parte de ella, *debitum cum re junctum*, hay una especie de refracción y hasta pudiéramos decir condominio, fundiéndose el crédito en la cosa, convertido en substancia de ella, y resultando un derecho en la cosa proveniente de un crédito, derecho que en razón al crédito es personal, y en razón a la cosa, real. Si el crédito proviene de la cosa sin unirse a ella; si la tenencia de la cosa ha dado lugar al crédito pero sin incorporarse a la cosa misma, predomina el carácter de real, por-

(24) López de Haro. Ob. cit. pág. 7 y sigts.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que el tenedor obró para la conservación de la cosa y las expensas de conservación no obedece a relaciones personales. Por último, si la cosa se retiene por crédito independiente de ella, éste es personal y la cosa es meramente buena presa que lo garantiza" (25).

*
* *

A través de las páginas anteriores observamos cuán discrepantes e inconciliables son las opiniones de los tratadistas que se han ocupado de esta institución; pero también observamos que todos ellos, como dice un autor (26), "cometen el mismo error e incurren en iguales defectos: el de ser absolutistas". Cuando se trata de hacer un estudio, por demás importante, cual es determinar la naturaleza jurídica de una institución, debemos empezar por precisar los conceptos de aquéllas con las cuales las vamos a comprar, ver sus caracteres, semejanzas y diferencias entre ambas, y, en una palabra, abordar el problema desde todas sus fases, para en seguida concluir asimilándola a una de ellas o estableciendo que se trata de una institución distinta y con caracteres propios. Desde este punto de vista empezaremos por analizar los caracteres que presenta el derecho de retención en nuestra legislación. ¿Es la retención un derecho real, o es un derecho personal, o es un derecho mixto? ¿Qué son derechos reales? ¿Qué son derechos personales? ¿Qué son derechos mixtos?

"Derechos reales (iure in re) son los que conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa, señorío que es pleno e ilimitado y se ejerce en toda su extensión sobre la cosa a ella sometida y da lugar a la propiedad que es el derecho real más completo; o menos pleno que se limita a algunas utilidades económicas de la cosa y da lugar a los derechos reales menores, a los derechos en cosa ajena".

"Derechos personales o de obligaciones son los que na-

(25) López de Haro. Ob. cit. pág. 61 y siguientes.
(26) Acuña Anzorena. Ob. cit. pág. 54.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cen de una relación inmediata entre dos personas, en virtud de la cual una (deudor) es obligada a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer); la otra (acreedor) tiene la facultad de exigir esta prestación" (27).

Nuestro Código Civil ha definido a los derechos reales diciendo: "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona", artículo 577. "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o por la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas".

Según la definición dada por nuestro Código Civil, vemos que el derecho real recae directamente sobre una cosa, establece una relación inmediata entre la persona y la cosa, la cual da al titular un poder directo sobre la cosa sin necesidad de intermediario alguno; la cosa se encuentra sometida a la voluntad del titular del derecho directamente, sin interposición de persona alguna, es un derecho in re, es decir, un derecho sobre la cosa. En cambio, en los derechos personales existe una relación jurídica entre personas determinadas, la relación ya no es de persona a cosa, sino de persona a persona, aunque en forma mediata se refiere a una cosa. En estos derechos personales se distinguen perfectamente tres elementos: el sujeto activo, dotado de la facultad de exigir la prestación, llamado comúnmente acreedor; el sujeto pasivo, la persona que contrajo la obligación, ya sea la de ejecutar un hecho o de una abstención, llamada deudor; y la cosa, objeto de la obligación, que puede consistir en un hecho positivo o negativo, esto es, la ejecución de un hecho o una abstención.

Entre estos dos conceptos, tan claros a primera vista, dados por nuestro Código Civil sobre lo que son los derechos reales y los personales, ha aparecido una doctrina completamente opuesta. Por una parte, niega que los derechos reales sean una relación directa entre la persona, titular del derecho, y la cosa; ve en los derechos reales una obligación pasivamente universal, con sus tres elementos: sujeto activo,

(27) Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. t. 1. pág. 228.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

titular del derecho que lo ejercita respecto de todos los demás; sujeto pasivo, la humanidad entera, excepto el propietario, la cual está obligada a no perturbar el ejercicio de ese derecho; y la cosa sobre la cual se ejerce.

Por la inversa, considera la obligación como un derecho real o algo semejante, esto es, ha objetivado el vínculo jurídico; pero sin asimilarlo completamente a los derechos reales; ven en toda obligación un valor económico, un vínculo establecido entre dos patrimonios, un derecho, no ya sobre la persona obligada, sino más bien un derecho sobre el conjunto de los bienes del deudor.

Para Raymond Saleilles (28), sostenedor de esta variante, la obligación no es más que una forma de la apropiación de la riqueza, un bien entre los otros bienes de una persona. "El derecho personal sería así un derecho real indeterminado en cuanto al objeto material sobre el cual recae, ya que según se observa, aún tratándose de la obligación de entregar una cosa determinada, la obligación en caso de inejecución se resuelve en la de pagar una suma de dinero".

La creación de esta teoría unitaria del derecho se atribuye a Ortolan, profesor de la Facultad de Derecho de París, aunque Roguín, catedrático de la Universidad de Lausanne, la reivindica para sí.

Planiol (29), ardiente partidario de esta teoría, dice en apoyo de su doctrina: "Esta relación directa no es más que un hecho, tiene un nombre y es la posesión, es decir, la posibilidad de detención de la cosa y de servirse de ella como suya. Una relación de orden jurídico no puede existir entre una persona y una cosa; ello sería un despropósito. Por definición, todo derecho es una relación entre personas. Es la verdad elemental sobre la cual está fundada toda la ciencia del derecho y este axioma es inamovible". "En otros términos, el derecho real, como todos los otros, tiene necesariamente un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto..." "Dar un derecho al hombre sobre la cosa exquivaldría imponer una obligación a la cosa en favor del hombre, lo que sería un

(28) Citado por Claro Solar. Los Bienes. T. 6. N. 20.
(29) Citado por Claro Solar. Los Bienes. T. 6. N. 20.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

absurdo. El derecho no puede existir en provecho de una persona, sino contra otras personas capaces de soportarlo como sujetos pasivos, es decir, capaces de tener obligaciones". Planiol, con su concepción unitaria del derecho llega a la conclusión de que no pueden existir jamás derechos que no sean de persona a persona. Todo derecho, aún el de propiedad, supone necesariamente un sujeto activo que tiene la facultad de gozar del derecho; uno o más sujetos pasivos lo cual, en la hipótesis propuesta, cree encontrarlo en toda la humanidad, menos el titular del derecho, siendo obligación de ésta abstenerse de obstaculizar en forma alguna su ejercicio al titular del derecho. Ortolan (30), partidario de esta doctrina, deduce que todo derecho reune en sí todos los caracteres; es real en cuanto recaen en último término sobre un objeto; y personal, en cuanto consta de sujeto activo y pasivo a la vez.

Sin embargo, esta teoría unitaria que tan simple aparece a primera vista, es combatida por otros tratadistas de gran renombre, como Baudry-Lacantinerie, Duranton, Toullier, Zacariae, Mercadé, Demolombe, Capitant, Mourlon, etc. (31).

Para Baudry-Lacantinerie, combatiendo la teoría transformadora del derecho en una obligación pasivamente universal, "no existe tal obligación a cargo de un tercero, lazo de derecho entre él y el titular del derecho real; y estima inaceptable que se pueda considerar a un individuo cualquiera (le premier venu) como sujeto pasivo de semejante derecho. En realidad, cuando se dice que en el derecho real hay también una relación jurídica de orden obligatorio y que en él figuran como obligados, como sujetos pasivos todas las personas, menos el titular, sujeto activo del derecho, se desnaturaliza el concepto de obligación. Pasivamente considerada, la obligación, *vinculum juris*, es una carga que afecta en definitiva al patrimonio del deudor. Esta situación no existe en el derecho real; la facultad o poder que este derecho confiere al titular se ejerce en la cosa y existe contra todos sin

(30) Citado por Claro Solar. Los Bienes. t. 6. pág. 22. N. 46.
(31) Citado por Claro Solar. Los Bienes. t. 6. pág. 24. N. 48.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ser una carga para nadie, sin exigir de persona alguna la ejecución de un hecho cualquiera ni la abstención de actos permitidos, ni el sacrificio del más insignificante derecho, aunque nadie puede impunemente desconocerlo o embarazar su ejercicio, pues la sanción de la ley caerá sobre él" (32).

El mismo Planiol (33), sostenedor de la teoría de la relación jurídica de orden obligatorio en todo derecho real, hace un distingo entre éstos y los derechos personales, al decir: "Los derechos reales figuran solamente como elemento activo en el patrimonio de su titular; la obligación de obstenerse que es su contraparte, no tiene necesidad de ser tomada en cuenta en el patrimonio de otro".

A través de las páginas anteriores vemos cuán insondeables son los problemas de las ciencias jurídicas, ya que eminentes doctores no han podido precisar cuáles son los derechos reales y los personales. Sin embargo, por ahora dejaremos a los tratadistas discutir tan intrincada cuestión y analizaremos las diferencias de ambos derechos aceptando la doctrina seguida por nuestro legislador para, en seguida, ver si nuestra institución reune los caracteres de algunos de ellos o tiene una personalidad propia y distinta.

DIFERENCIAS.— 1.º En los derechos reales existe una relación inmediata entre el titular y la cosa; la cual confiere a aquél un poder jurídico sobre ella que lo ejerce respecto de todos, *ergaommnes;* hay una relación directa entre el titular y la cosa, sin consideración a determinada persona. En los derechos personales la relación es indirecta; el poder jurídico no se ejerce inmediatamente sobre la cosa, sino en forma mediata; la relación se establece entre personas determinadas, en virtud de la cual una de ella se obliga a una prestación positiva o negativa y la otra adquiere la facultad de exigirla.

2.º Todo derecho real tiene necesariamente por objeto una cosa, puesto que, según el artículo 577 de nuestro Código Civil, "derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona", jamás puede tener por

(32) Citado por Claro Solar. Los Bienes. t. 6. pág. 24.
(33) Citado por Claro Solar. Los Bienes. T. 6. pág. 25.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

objeto un hecho o una abstención, ya que la relación jurídica no existe entre personas determinadas. En cambio, los derechos personales pueden tener por objeto la prestación de una cosa o de un hecho positivo o negativo.

3.º El derecho real es un derecho absoluto, se ejerce sobre una cosa sin consideración a determinada persona, puede ejercitarse contra quien quiera que ponga obstáculo al ejercicio de este derecho; es un señorío que sólo corresponde al titular y toda la humanidad está obligada a abstenerse de perturbarlo. En cambio, los derechos personales son esencialmente relativos, puesto que sólo se pueden hacer valer en contra de la persona obligada; en éstos no existe una obligación general de todos los hombres, sino sólo de aquél que está ligado jurídicamente al titular, ya por un hecho suyo, ya por la sola disposición de la ley.

4.º En los derechos reales se distinguen perfectamente sólo dos elementos: el sujeto, titular del derecho, y el objeto sobre el cual recae, puesto que la relación existe entre la persona y la cosa. En los derechos personales existen tres elementos, ya que en ellos se establece la relación entre personas determinadas, relación que tiene como último término una cosa; estos elementos son: sujeto activo, sujeto pasivo y el objeto debido que puede consistir en la entrega de una cosa, en la ejecución de un hecho o en la abstención de hacer algo.

5.º Los derechos reales sólo pueden recaer sobre cosas determinadas en especie; jamás un *jus in re* puede recaer sobre cosas determinadas en género. Recordemos que los términos *especie y género* no tienen el mismo significado que le damos en ciencias naturales. Especie en derecho es sinónimo de cuerpo cierto, por ejemplo, tal casa, tal fundo, tal auto, etc. Género en derecho corresponde a lo que en ciencias naturales llamamos especie, por ejemplo, vacas, autos, casas, etc. En cambio, los derechos personales pueden constituírse sobre cosas determinadas en su especie como sobre cosas determinadas en su género, porque el objeto inmediato de la obligación no es la cosa, sino el hecho de la persona obligada; así, yo puedo deber el caballo X o cinco caballos, etc.

6.º En los derechos reales el titular obtiene los benefi-

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cios de su derecho en forma directa, sin necesidad de obligar a nadie a ejecutar hecho alguno, puesto que sólo existe relación entre él y la cosa y todos los demás tienen la obligación de no perturbarlo en su ejercicio. En cambio, en los derechos personales el titular obtiene los beneficios del objeto debido una vez realizada la prestación por la persona obligada, porque el señorío no se ejerce directamente sobre la cosa, sino con respecto a la persona determinada.

7.º Todo derecho patrimonial, como lógica consecuencia, debe figurar, tanto en el activo del titular, como en el pasivo de la persona obligada. Sin embargo, los derechos reales poseen un solo matiz, figuran únicamente en el activo de su titular; la obligación negativa impuesta al resto de la humanidad de no perturbarlo en el ejercicio de su derecho, no forma parte del patrimonio de los obligados, puesto que esta obligación negativa no es una carga para nadie, no es un gravamen patrimonial, porque no existe obligación en el sentido en que tomamos este término: vínculo jurídico entre personas determniadas. En cambio, en los derechos personales aparecen los dos matices: para la persona que tiene la facultad de exigir la prestación, este derecho representa un valor económico, figurará, por tanto, en el activo de su patrimonio, es algo que tiene valor pecuniario y que forma parte de su riqueza privada; en cambio, para el obligado a realizar la prestación, ya consista en la ejecución de un hecho o en una abstención, será una carga impuesta voluntariamente o por la ley y figurará, por lo tanto, en el pasivo de su patrimonio.

8.º Hemos dicho que los derechos reales se ejercen directamente sobre una cosa sin consideración a persona alguna y, por lo tanto, están protegidos por una acción real: la reivindicaria, que se puede hacer valer contra cualquiera que perturbe el ejercicio del derecho. Por esta razón se dice que estos derechos son absolutos, en oposición a los derechos personales que sólo se hacen valer contra el obligado. En cambio, los derechos personales sólo pueden hacerse valer en contra de la persona que contrajo la obligación; por eso se dice que son relativos, en oposición a los reales. De estos

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derechos nacen las acciones personales para exigir la prestación debida.

9.º El derecho real otorga a un titular un derecho de persecución y de preferencia, porque afecta a la cosa en sí misma y la sigue, como la sombra al cuerpo, donde quiera que ésta se encuentre; puede, por tanto, ser opuesto a todo aquel que adquiere derechos con posterioridad sobre la misma cosa, sean éstos reales o personales. El titular puede perseguir a la cosa quien quiera que la posea y a cualquier título que la haya adquirido. Por esta razón, en caso de quiebra de un deudor, los acreedores que tienen un crédito garantizado con un derecho real, pueden perseguir la cosa sobre la cual recae sin aguardar las resultas de la quiebra. En cambio, los derechos personales no otorgan derecho de persecución ni de preferencia, porque no recaen en la cosa directamente, sino sobre la persona obligada y en caso de quiebra del deudor, todos los acreedores que tienen derechos personales estarán sometidos a la ley de concurso.

10. Los derechos reales nacen mediante la concurrencia de un título y de un modo de adquirir, y mientras este modo no se haya realizado, no se habrán adquirido. Por el contrario, en los derechos personales, los cuales nacen en las fuentes de las obligaciones, que son: los contratos, cuasi-contratos, delitos, cuasi-delitos, la ley y la declaración unilateral de voluntad, basta con el título.

11. Por último, consignaremos una diferencia en la que no todos los tratadistas están acordes. Hay opiniones autorizadas en pro y en contra de ella. Los derechos reales, para algunos (34), están taxativamente enumerados por la ley no existiendo otros que aquellos a que la ley ha atribuído este carácter. En nuestro derecho están contemplados en los artículos 577 y 579 del Código Civil. Dice el primero: "Son derechos reales, el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca"; y agrega el segundo, el de censo, en cuanto persiga la finca acensuada. Los sostenedores de

(34) Arturo Alessandri. Los Bienes. pág. 180.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

esta doctrina consideran que en nuestra legislación no hay más derechos reales que los contemplados en el artículo 577 del Código Civil y se basan para sostener su tesis en la disposición gramatical de las palabras de que se ha servido el legislador, argumentación por demás débil, ya que en el artículo 579 del mismo legislador establece otro derecho. Con justa razón el señor Claro Solar dice que el artículo 577 "no dice que los derechos reales sean los que enumera, sino que los enumerados son derechos reales (35).

Una segunda razón para sostener que la enumeración que hace el artículo 577 de los derechos reales no es taxativa, y que será real todo derecho que por su esencia reuna los caracteres de tal, es que el mismo legislador así lo ha dado a entender al establecer en el artículo 2438: "La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada". Si hubiera estado en la mente del legislador que no habían más derechos reales que los que el mismo había enumerado, no habría consignado tal disposición.

Como tercera razón invoco el derecho real de uso y goce sobre un bien nacional de uso público, que aunque no está contemplado en el artículo 577, ha sido aceptado por la doctrina francesa, por la nuestra y por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Como dice un autor (36): "Este derecho emana del acto de concesión, está en el patrimonio; puede cederse, transmitirse, prescribirse, etc., y el que goza de él puede entablar las acciones del dominio y la posesión". En cambio, en los derechos personales no se discute su taxatividad, son infinitos; pueden existir tantos, cuantas obligaciones y contratos el hombre pueda contraer o celebrar.

12. Los derechos reales pueden adquirirse por la prescripción adquisitiva, porque ésta según el artículo 2492 del Código Civil es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Y dominio (que se llama también propiedad), es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no

(35) Claro Solar. Los Bienes. t. 6. N. 25.
(36) Arturo Alessandri. Los Bienes. pág. 40.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

siendo contra ley o contra derecho ajeno, artículo 582. Estos requisitos de la prescripción son: Que la cosa sea susceptible de prescripción; que se haya poseído, y que esta posesión haya durado el tiempo requerido por la ley para prescribir. Entre las cosas susceptibles de prescripción no podemos incluir a los derechos personales, porque ellos no tienen más fuentes que las señaladas por la ley y éstas, como lo hemos dicho anteriormente, son sólo los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasi-delitos, la ley y la declaración unilateral de voluntad; y entre éstas no figura la prescripción como fuente de obligaciones. Vemos que los derechos personales no se adquieren por la prescripción adquisitiva, en lo que se diferencian de los reales.

Con lo expuesto podemos concluir que para calificar un derecho, ya sea de real, ya de personal, es indispensable que reuna por su propia esencia las condiciones que hemos enumerado. Por el contrario, es un grave error sostener que el derecho de retención es real, como lo han sostenido varios autores, por el sólo hecho de ser oponible a terceros, y negarle el carácter de personal por carecer del derecho de persecución. Esto es, como dice un autor (37), confundir los principios por su consecuencias.

¿Cuáles de estas condiciones reune el derecho de retención para darle uno u otro carácter? ¿Reune todas las condiciones de los derechos reales? La respuesta negativa es evidente; desde luego, le falta el de persecución de la cosa. Entonces, ¿reune todas las condiciones de los derechos personales? Tampoco, porque este derecho de retención es oponible a terceros, lo cual no se concibe en los derechos personales. Luego, podemos concluir, el derecho de retención es un derecho sui-géneris, reune características tanto de los derechos reales como de los personales, lo cual impide asimilarlo a uno u otro grupo. Podemos decir que el derecho de retención, es el derecho de retención, aunque sea un perogrullo, pero la verdad es ésa. Es una institución establecida por el legislador para satisfacer una necesidad social propia, con

(37) Acuña Anzorena. Ob. cit. pág. 58.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

condiciones y características distintas a todas las demás, en casos múltiples. A veces lo vemos casi confundirse con los derechos reales; así aparece el artículo 754 y 800 del Código Civil: "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"; agrega el artículo 754: "El propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargas de usufructuario..." Otras veces lo vemos casi asimilarse a los derechos personales, como en los artículos 1942, 2401 y 2404 del Código Civil. Por el primero se faculta al arrendador para retener todos los frutos existentes en la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido y provisto y que le pertenecieren; por el segundo, se faculta al acreedor prendario para retener la cosa empeñada por créditos distintos que los garantidos con la prenda, siempre que reunan las condiciones de ser ciertos y líquidos, contraídos después de la obligación por la cual se contrajo la prenda y exigibles antes del pago de esta obligación. Cesa esta facultad, cuando el propietario hubiere transferido el dominio o conferido a título oneroso o lucrativo el goce o tenencia de ella. Y aún en otros casos lo vemos aparecer ejerciendo la función de la *exceptio non adimpleti contractus,* como acontece en los artículos 1826 del Código Civil, 147 y 151 del Código de Comercio, los cuales los analizaremos detenidamente en su oportunidad.

Con justísima razón dice un autor (38): "Entre los dos tipos de derechos reales y de obligación hay algunas figuras intermedias que ofrecen alguna dificultad en cuanto a su clasificación sistemática, ya que no son derechos reales puros, porque participan de los caracteres de la obligación, ni son tampoco derechos puros de obligación, porque tienen elementos propios del derecho real; son relaciones jurídicas, en las que el elemento real y el obligatorio se hallan mezclados, ya con predominio del uno o del otro, o sin el predominio de ninguno. Hay, en efecto, relaciones en las cuales el derecho

(38) Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. pág 231. t. 1.o

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

real va acompañado de una obligación de hacer en una persona determinada lo que, como hemos visto, constituye el contenido propio de los derechos de obligación". Más adelante agrega: "De todas estas relaciones en que el derecho real se desnaturaliza por ir acompañado de la obligación de un *facere* y el derecho de obligación, se desnaturaliza también por la facultad conferida al acreedor de ejercitar la acción contra cualquiera que se halle en relación con la cosa gravada y de perseguir ésta con una acción de carácter real, ¿qué consecuencias deben sacarse? Suelen designarse con locuciones que señalan el doble elemento (obligaciones reales, obligaciones propter rem, cargas reales); pero toda tentativa de reducirlos a unidad o referirlo al tipo de derecho real o al de crédito es, a nuestro parecer, inútil, porque en ellos se hallan desviaciones más o menos profundas de las reglas, de los derechos de créditos o de los derechos reales. Pueden, por tanto, ser definidos como derechos de naturaleza mixta, que participan de la realidad y de la obligatoriedad, cuya disciplina es peculiar a cada figura por la irregularidad de la compleja relación de que surgen".

Acuña Anzorena dice que "reconociendo lo difícil de comprender la retención en el grupo de los derechos reales, y ante la imposibilidad de incluirla en la de los personales, se inclina a ver en ella un derecho sui-géneris, cuya principal característica consiste en que, sin ser un derecho real, puede ser opuesto a terceros, y concretándose, en todos los casos, a atribuirle los solos efectos que el legislador ha querido reconocerle".

El señor Arturo Alessandri Rodríguez participa de la misma opinión; sostiene que este derecho de retención es real, porque se ejerce sobre una cosa determinada, pero le falta el derecho de persecución, atributo fundamental de los derechos reales; y que es personal, porque sólo se puede hacer valer en contra el titular de la cosa.

Por nuestra parte, creemos más acertada esta tercera teoría, ya que si este derecho no reune todos los caracteres de los derechos reales o todos los de los personales, está situado en una categoría distinta, esto es, es un derecho sui

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

géneris que participa tanto de los caracteres de los derechos reales como de los personales y atribuyéndosele sólo los efectos que el legislador ha querido reconocerle, como con muy justa razón lo dice Acuña Anzorena.

Caracteres del derecho de retención

Después de haber analizado su naturaleza jurídica, tócanos considerar cuáles son los caracteres más sobresalientes que diferencian el derecho legal de retención de las demás instituciones jurídicas y que le imprimen una fisonomía propia.

1.º *Es un derecho indivisible*.—Este carácter está aceptado casi unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia (39). Baudry-Lacantinerie encuentra el fundamento de la indivisibilidad en las reglas dadas por el legislador para la prenda y la anticresis, artículos 2082, 2083 y 2087 del Código Civil, y considera racional generalizarlas a todos aquellos que tienen un derecho de retención (40). Laurent critica la indivisibilidad sostenida por los autores contrarios a la realidad de este derecho, argumentando que éstos desde el momento que le niegan el de ser un derecho real, no tienen base para sostener la indivisibilidad (41). Y al efecto, pone el ejemplo de un obrero que recibe dos lotes de mercadería para reparar, entrega uno sin ser pagado de lo que se le adeuda por su trabajo; al entregar la segunda parte solamente podrá retener lo que le corresponda por este último trabajo y nada por las mercaderías ya entregadas. Es partidario de la divisibilidad del derecho de retención basado en que el acreedor que renuncia a la posesión o tenencia, renuncia a su garantía.

Baudry-Lacantinerie, respondiendo a la objeción de Lau-

(39) Giorgi. Ob. cit. T. 2. N. 410. Acuña Aazorena. Ob cit. pág. 47. López de Haro. Ob. cit. pág. 68. Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. t. 25. pág. 232. N. 244. Planiol et Ripert. T. 6. pág. 627. N. 457. (además Nicolás, Glasson, citados por Acuña Anzorena. Ob. cit. pág. 47). Aubry et Rau. Ob. cit. t. 3 pág. 194.
(40) Ob. cit. t. 25. pág. 232. N. 244.
(41) Ob. cit. t. 29. pág. 344. N. 301.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rent, nos dice: "Se objeta que la indivisibilidad de la prenda y anticresis tienen por fundamento, como la indivisibilidad de la hipoteca, una interpretación legal de la voluntad de las partes y que esta regla debe permanecer extraña a las hipótesis en las cuales la ley no se ha explicado. Se objeta que la indivisibilidad de la hipoteca es una consecuencia de su carácter de derecho real y que no puede extenderse esta regla al derecho de retención, sino se le reconoce el carácter de derecho real. Es fácil responder a estas dos objeciones. En la teoría según la cual las obligaciones recíprocas deben tener un origen común y por consiguiente resultar de un contrato o de un cuasi-contrato, se puede decir que la indivisibilidad tiene por fundamento la voluntad de las partes como en materia de prenda, de anticresis y de hipoteca. Sin duda la cosa no está verdaderamente afectada al pago de la obligación, puesto que el retentor no tiene el derecho de reclamar una colocación de preferencia sobre el precio. Pero la intención de las partes ha sido que una de ellas tendría derecho de retener la cosa hasta el momento en que la otra ejecutara por su parte las obligaciones nacidas a su cargo con ocasión de esta cosa. La indivisibilidad aparece como una consecuencia de la convención". "En la teoría que para conceder el derecho de retención fuera de las hipótesis previstas por la ley se contenta con que haya *debitum cum re junctum* se puede decir: la ley ha establecido los caracteres del dederecho de retención cuando ha promulgado las reglas relativas a la prenda y a la anticresis. Ahora bien, racionalmente, este derecho que es siempre una seguridad, debe, en todas las hipótesis, producir los mismos efectos. Por consiguiente, debe ser igualmente indivisible" (42).

Esta indivisibilidad, según Baudry-Lacantinerie, se refiere sólo al derecho de retención emanado de una misma convención y no en caso contrario, como por ejemplo: si a un obrero se le dan varios lotes de mercaderías para reparar por convenciones diversas, pues en tal caso hay tantos derechos de retención como convenciones se hayan celebrado (43).

(42) Ob. cit. t. 25 pág. 232. N. 244 y sigts.
(43) Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. t. 25. pág. 234.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Que el derecho de retención sea indivisible significa que puede ejercerse sobre todas y cada una de las cosas que están en poder del retentor hasta la total cancelación de la obligación que garantiza. Por otra parte, si se ha pagado una parte del crédito, siempre puede ejercerse la retención sobre todas y cada una de las cosas de que se está en posesión o tenencia, mientras no se cancele el saldo restante. Del mismo modo, fallecido el deudor dejando varios herederos, ninguno podrá exigir la restitución de la parte que le corresponda en la cosa retenida, aunque haya pagado su cuota en la deuda, mientras no se haya satisfecho la totalidad de la obligación; a la inversa, si el fallecido es el acreedor, a ninguno de sus herederos le será lícito restituir la cosa sujeta a la retención, mientras no estén íntegramente pagados todos sus coherederos.

Debemos observar que esta indivisibilidad no se opone a que el acreedor pueda ejercer la retención por el valor total del crédito sobre las cosas que restan en su poder, cuando ha perdido la posesión o tenencia de algunas de las cosas que tenía. Tampoco se opone la indivisibilidad a la facultad que la ley concede al juez para restringir la retención a una parte de los bienes muebles que se pretenda retener que basten para garantizar el crédito mismo y sus accesorios.

Este carácter de la indivisibilidad lo encontramos consagrado en forma expresa en el Código Civil Argentino, artículo 3941: "El derecho de retención es indivisble. Puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte de la cosa que forma el objeto".

Acuña Anzorena cree encontrar el fundamento de la indivisibilidad en la equidad natural y, al efecto, nos dice: "Si es de equidad que el deudor no se enriquezca en perjuicio del acreedor esa misma equidad debe existir para no autorizar al deudor, que no ha pagado en su totalidad, reintegrarse en la posesión de la cosa, suprimiendo en el acreedor una garantía que se le confirió para seguridad de su crédito (44).

(44) Acuña Anzorena. ob. cit. pág. 50.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. *Es un derecho sui géneris*.--Ya hemos dicho que es un derecho que participa tanto de los caracteres de los derechos reales como de los personales, lo cual lo hace diferenciarse fundamentalmente de éstos. Es real, en cuanto se ejerce sobre una cosa determinada; es personal, en cuanto debe intentarse en contra de determinada persona, aquella a quien pertenece la cosa o la reclama (45); no es absolutamente real, porque carece de uno o más de los caracteres de éstos, como la persecución de la cosa; tampoco es absolutamente, personal, por ser oponible a terceros.

3. *Es un derecho accesorio*.— (46) Es accesorio porque tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, y sabemos que toda garantía, sea real, como prenda o hipoteca, o personal, como fianza, solidaridad, necesita forzosamente una obligación principal a la cual accede y sin la cual no se concibe su existencia, y como tal, está sujeta a todas las vicisitudes porque a ella está unida. De su carácter accesorio emana la siguiente consecuencia: si el crédito al cual el derecho de retención accede, se transfiere o se transmite, el derecho de retención se entenderá también transferido o transmitido. Del mismo modo, si la obligación se rescinde, se anula o se extingue por cualquier causa, el derecho de retención desaparece.

4. *No es subsidiario* (47).—Decimos que es un derecho no subsidiario, es decir, principal en el sentido que puede coexistir con otras garantías, tales como la prenda, hipoteca, fianza, solidaridad, privilegio, anticresis, etc.

5. *Por regla general sólo se ejerce como excepción* (48). --Es una de las características peculiares de este derecho, ya

---

(45) Revista de Derecho y Jurisprudencia. Parte 2.a. Sección 2.a. pág. 17. T. 3.

(46) Acuña Anzorena. Ob. cit. pág. 46. López de Haro. Ob. cit. pág. 66. Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. t. 25. pág. 241. N. 250. (citados por éste Cabrye, Glasson, Guillouard. pág. 241 . N. 250).

(47) Acuña Anzorena. Ob. cit. pág. 46. Claro Solar. Ob. cit. t. 11. pág. 559. N.o 1096, López de Haro. Ob. cit. pág. 64 y sigts.

(48) López de Haro. Ob. cit. pág. 64. Acuña Anzorena. Ob. cit. pág. 52, Planiol et Ripert. Ob. cit. t. 6. pág. 627 y sigts.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que sabemos que de todo derecho nace una acción y una excepción. Es un derecho negativo, pues no da ningún derecho en la cosa, sino que, como ya hemos visto, sólo consiste en la facultad de resistirse a entregarla. Planiol nos dice que "esta excepción permite rehusar la ejecución hasta que el demandante ofrezca ejecutar su propia obligación. Cuando la deuda es una cosa corporal produce el mismo efecto que una prenda o anticresis. Pero no permite la venta de la cosa y pagarse con preferencia sobre el precio..." Debemos observar que en nuestra legislación el derecho legal de retención, judicialmente declarado, autoriza para realizar la cosa retenida y pagarse con su producido hasta la satisfacción total del crédito que garantiza, como asimismo concede una preferencia de segundo o tercer grado, según sea mueble o inmueble. Y luego agrega el mismo autor: "El ejercicio de la excepción impide al demandante gozar de la cosa y percibir los frutos; pero no puede el retentor con este sólo título beneficiarse de los frutos ni gozar de la cosa. Si la cosa produce frutos deberá dar cuenta. La excepción de inejecución no se refiere en principio sino a un efecto provisorio de suspensión. Pero el retraso que produce es en sí un perjuicio definitivo. Lo es especialmente en los contratos de ejecución sucesiva, tales como el de aprovisionamiento de gas o de electricidad. Por otra parte, el rechazo provisorio puede, al prolongarse, hacer nacer la voluntad de resolver el contrato" (49).

López de Haro, por su parte, agrega: "Un carácter fundamental del derecho de retención es de ser una excepción, no es un derecho dotado de actividad. Es un hecho que se presenta como excepción, según repetidamente hemos dicho. Fundado en la equidad no está adornado de acciones, sino garantido por el hecho. La equidad permite resistir, no obrar, y resistir alegando un derecho exigible, un derecho que, independientemente de la retención, goza de acciones para ser efectivo" (50).

"Su misión es defender y no atacar — dice un autor —

(49) Ob. cit. t. 6. pág. 627 y 628 N. 457.
(50) Ob. cit. pág. 64 y sitgs.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(51); el que lo esgrime, no obra nunca como demandante, peró sí, como demandado. La actividad del retentor es siempre pasiva".

Si recordamos esta institución en su evolución histórica, vemos que apareció en forma de una excepción de dolo mali, cuyo objeto era mitigar el rigorismo del derecho civil romano bajo el procedimiento formulario; y este carácter predominante lo conserva aún hasta nuestros días. Decimos por regla general, porque en algunos casos se ejerce excepcionalmente como acción, por ejemplo, en el caso del artículo 1942 del Código Civil que después de disponer que el arrendatario es obligado al pago del precio, agrega: "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 y provisto, y que le pertenecieren..." Otro caso encontramos en el artículo 90 de la Ley de Quiebras que concede al vendedor la facultad de retener las cosas muebles vendidas y remitidas al fallido, pero mientras no se hayan confundido con las mercaderías de éste, artículo que veremos en su debida oportunidad.

6. *Es un derecho que tiene su origen en la ley que lo concede en ciertos y determinados casos.*—Este carácter ya lo hemos visto al tratar de las condiciones de existencia y validez, y hemos manifestado que es requisito sine qua non para que tenga lugar que esté expresamente reconocido y sancionado por una disposición legal, no pudiendo extenderse a otros casos, aunque haya conexión entre la cosa y la obligación de restituir.

7. *Es un derecho preferente que puede oponerse a terceros.*—Este carácter del derecho de retención lo ha venido a consagrar el Código de Procedimiento Civil al disponer que "los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituídos en prenda para los efectos de su realización y de la pre-

(51) Acuña Anzorena. Ob. cit. pág. 52.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ferencia a favor de los créditos que garantizan". "De la misma preferencia establecida en el artículo anterior gozarán las cauciones legales que se presten en substitución de la retención", artículos 698 y 699 del Código de Procedimiento Civil.

8. *Es un derecho que por regla general requiere el debitum cum re junctum, es decir, conexión entre el crédito y la cosa retenida.*—Este carácter ya lo hemos analizado extensamente cuando tratamos del fundamento del derecho de retención y hemos llegado a la conclusión que el legislador civil solamente lo ha concedido en todos los casos en que existe tal conexión. Por el contrario, el legislador comercial ha sido más liberal, bastando para concederlo, en muchos casos, la simple relación de acreedor y deudor y no la conexidad, tal acontece en los artículos 151, 284 y 300 del Código de Comercio y 95 de la Ley de Quiebras, artículos que los analizaremos en su debida oportunidad.

9. *Es un derecho que, aún reconocido por la ley, requiere para su eficacia que su procedencia se declare por sentencia judicial, a petición del que puede hacerlo valer.*—Este carácter lo consagra el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil y también ya lo hemos analizado al tratar de las condiciones de validez.

10. *Es un derecho patrimonial.*—Es patrimonial porque tiene por objeto procurar una ventaja pecuniaria a su titular y por recaer sobre las cosas del mundo exterior; es susceptible de ser apreciado en dinero y está en el comercio jurídico.

De su carácter patrimonial se derivan algunas consecuencias jurídicas que son otras tantas características.

a) *Es un derecho renunciable.*—La renuncia del derecho de retención puede hacerse en forma expresa y en forma tácita. Renuncia tácitamente el que no invoca la retención pudiendo alegarla y devuelve la cosa al propietario. Renuncia expresamente el que lo hace en términos formales y explícitos. No hay ningún inconveniente para que el retentor consienta en la devolución de la cosa; esta facultad no es sino

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

una aplicación del artículo 12 del Código Civil que establece: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia". Algunos autores (52), generalizando lo dispuesto para la anticresis, consideran que hay también renuncia tácita cuando el retentor transforma la cosa retenida en una suma de dinero mediante su realización. En este caso, el retentor se halla en un mismo pie de igualdad que los demás acreedores quirografarios, salvo que tenga en su favor una causa legítima de preferencia. La opinión de estos autores no tendría asidero en nuestra legislación en virtud del artículo 698 del Código de Procedimiento Civil que establece que "los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituídos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan". Como vemos este artículo faculta expresamente al retentor para realizar la cosa retenida, otorgándole la misma preferencia sobre el producto de la venta .

b) *Puede transferirse*.—No hay ningún inconveniente para ello, ya que el legislador no lo ha prohibido; pero es indispensable que la posesión de la cosa se ceda conjuntamente con el crédito que garantiza, puesto que para que tenga lugar la retención debe existir a lo menos relación de acreedor a deudor y por ser la retención una garantía accesoria (53). Sin embargo, observa Giorgi, algunos han creído que se puede transferir el derecho de retención en su esencia para garantizar un crédito distinto, esto es, no conexo, lo cual en nuestro derecho es inconcebible (54).

Giorgi observa que también puede cederse el simple ejercicio del derecho de retención, lo cual tendría lugar en la hipótesis en que el acreedor retentor entregara la cosa retenida en prenda (55). En mi modesta opinión considero que

---

(52) Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. t. 25. pág. 242. N. 250-1- Giorgi. Ob. cit. t. 2. pág. 463. N. 422.
(53) Giorgi. Ob. cit. pág. 451. N. 411. t. 2.
(54) Giorgi. Ob. cit. pág. 451. N. 411. t. 2.
(55) Giorgi. Ob. cit. pág. 451. N. 411. t. 2.

Artículo: Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención
Revista: Nº33-34, año VIII (Jul-Dic, 1940)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en el caso propuesto no hay cesión del ejercicio del derecho de retención, sino simplemente constitución de prenda sobre cosa ajena la cual durará hasta el momento que el dueño pueda reclamarla.

c) *Puede transmitirse*.—La razón es obvia ya que el patrimonio pasa a los causa-habientes en la misma forma que lo tenía el causante, porque por una ficción legal se considera que la personalidad del difunto continúa en sus herederos y que solamente lo que ha desaparecido es su persona material. No hay inconveniente para que el derecho de retención se transmita, tanto a los sucesores universales como a los singulares, pero siempre que la cosa sobre la cual se ejerce se transmita conjuntamente con el crédito al cual sirve de garantía.

d) *Es prescriptible*.—De acuerdo con el artículo 2516 del Código Civil, prescribe junto con la obligación a que accede, es decir, de la obligación que garantiza. Esto no es sino una consecuencia de aquel aforismo jurídico tan conocido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

E. C. B.