Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

Revista de Derecho

SUMARIO

David Stitchkin B.	El mandato civil (Continuación)	Pág.	1
Héctor Brain R.	¿El heredero del que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, puede alegar la nulidad absoluta de este acto o contrato?	"	59
Esteban Crisosto B.	El derecho de retención convencional	"	79
Orlando Tapia S.	La responsabilidad extracontractual (Continuación)	"	93
Avelino León H.	Valoración del Derecho	"	107
	MISCELANEA JURIDICA:		
	Rectificaciones de inscripciones y subinscripciones en el Registro Civil	"	115
	Notas de clases	"	131
	JURISPRUDENCIA:		
	Cobro ejecutivo de pesos	"	135
	Rectificación de partidas	"	141

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

Esteban Crisosto Bustos

El derecho de retención convencional

EL derecho de retención puede ser estudiado desde dos puntos de vista: como retención legal y como retención convencional. La retención legal tiene lugar cuando, habiéndose verificado cierto número de circunstancias y de hechos, sin la concurrencia directa de la voluntad del acreedor y deudor, hay un texto expreso de la ley que lo establece, ya en forma general, previa la concurrencia de ciertas condiciones necesarias, ya en forma categórica en casos determinados y precisos. En cambio, la retención convencional, como su nombre lo indica, es aquella que tiene lugar por consentimiento mutuo de las partes contratantes, ya en forma expresa, ya en forma tácita. Con mayor precisión podemos decir que el derecho de retención es la facultad en virtud de la cual una persona que posee o detiene una cosa perteneciente a otra está autorizada en virtud de la ley o por convención de las partes para retener la posesión o la tenencia hasta el pago de lo que le es debido con ocasión de esta cosa por su propietario.

Por regla general, podemos decir que son dos las figuras contractuales en que se manifiesta la retención convencional, la prenda y la anticresis, según se trate de bienes muebles o inmuebles. Sin embargo, podemos observar con

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

Luis Claro Solar (1) que no son éstas las únicas formas de constitución del derecho de retención convencional.

Los tratadistas han discutido si pueden encontrarse reunidos los dos derechos, es decir, el legal y el convencional en una misma cosa y en provecho de un mismo acreedor y deudor. Algunos (2) han creído ver concurrencia en la hipótesis propuesta del artículo 2401 de nuestro Código Civil, en el cual se faculta al acreedor para retener la prenda por otros créditos existentes entre el mismo acreedor y deudor, no obstante haberse satisfecho el crédito que dió origen a la garantía prendaria, cuando ambos son líquidos, contraídos después de la obligación por la cual se constituyó la prenda; pero exigibles antes del pago de la primera obligación.

Acuña Anzorena, refutando la opinión de Glasson, sostiene que en la hipótesis propuesta no existe tal concurrencia, porque ambos derechos tienen un origen común, esto, en ambos la disposición legal es su fundamento inmediato. En cambio, el autor argentino cree ver concurrencia de ambos derechos en el caso del acreedor prendario, cuando ha hecho gastos de conservación necesarios en la cosa que retiene, es decir, en la cosa dada en prenda. También cree encontrar tal concurrencia en el caso del acreedor anticrético, cuando éste ha hecho gastos de conservación en el inmueble y los frutos que aquél produce son insuficientes para cubrir dichos gastos.

Consideramos que Anzorena está más ajustado a la realidad, puesto que si el acreedor prendario retiene la cosa por otros créditos distintos de aquellos por los cuales la prenda fué constituída, lo hace, no con el consentimiento tácito de su deudor, sino porque hay una disposición legal que lo faculta para ello.

Después de haber dado una breve idea de lo que es el derecho de retención legal y convencional, pasaremos a considerar este último, no en un estudio integral, sino desde el punto de vista de sus condiciones esenciales, sus caracteres y sus efectos.

---

(1) Claro Solar Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. T. 11, N.o 1108.

(2) Glasson, citado por Acuña Anzorena. El Derecho de Retención en el Código Civil Argentino.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

Para que tenga lugar la retención convencional se requiere la concurrencia de tres requisitos: a) la posesión de una cosa, mueble o inmueble; b) la existencia de un crédito; y c) el consentimiento expreso o tácito de los contratantes. Analizaremos cada uno de estos elementos.

Para que proceda la atención convencional se requiere, en primer lugar, la posesión o tenencia de una cosa. Este requisito de la posesión o tenencia de una cosa es elemento común, tanto en la retención legal, como en la retención convencional. Sin embargo, en la retención legal este principio tiene algunas excepciones, cuales serían las contempladas en el artículo 90 de la Ley de Quiebras y 1942 del Código Civil. En la retención convencional este principio hasta hace poco era absoluto; sin embargo, debido a las tendencias modernas del derecho, hoy en día también admite sus excepciones, las cuales encontramos en aquellos casos de prenda sin desplazamiento, esto es, de prendas que permanecen en poder del mismo deudor. El contrato que les da origen a éstas, no es un contrato real, porque no se perfecciona por la entrega de la cosa al acreedor, sino un contrato solemne, por estar sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales sin las cuales no produciría ningún efecto civil. Entre aquellas tenemos la prenda industrial, la prenda agraria y los warrants. Algunos autores (3), reconociendo como indispensable para la perfección del contrato de prenda la entrega de la cosa al acreedor, le han negado este carácter, considerando estos casos más bien como hipotecas sobre muebles. Dicen en apoyo de su tesis: "El legislador puede muy bien cambiar las condiciones de validez de un acto, pero en sus atribuciones no puede entrar nunca alterar las definiciones científicas, que dependen solamente del raciocinio. Y como la prenda es un contrato real, es decir, un contrato que se perfecciona mediante la entrega del objeto, no se puede concebir una dación de prenda sin trasladar la cosa de lugar. El legislador moderno se ha equivocado; por tanto, sin darse cuenta de ello, ha creado verdaderas hipotecas mobiliarias, que no confieren

(3) Citado por Acuña Anzorena: Beque, Lacour et Vouteron. Ob. cit. pág. 184. Nota 1.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

al acreedor, desde el momento que versan sobre muebles, no susceptibles de derecho de seguimiento, más que un sencillo derecho de preferencia" (4).

Respondamos con Colin y Capitant: "Nada se opone a la creación de una prenda sin desplazamiento, y aun diremos más: la constitución de un derecho real sobre un objeto, sin tradición está conforme con los principios del derecho. Cierto que el Código Civil ha conservado el antiguo concepto de la prenda, pero ha sido únicamente porque la desposesión del deudor da a la operación la necesaria publicidad. Por consiguiente, si esta publicidad puede ser obtenida por otro procedimiento, ¿porqué no se va a poder renunciar a la desposesión que es casi siempre tan enojosa y en muchos casos hasta imposible?"

"En absoluto se puede decir que sea contrario a la esencia del contrato que nos ocupa el hacer desaparecer de él la condición de la desposesión, pues, el contrato de prenda tiene como finalidad esencial la de hacer adquirir un derecho de preferencia sobre la cosa pignorada, y este fin lo mismo se puede conseguir entregando o no la cosa al acreedor" (5).

Luego, debemos concluir, que este requisito de la posesión de la cosa para que tenga lugar la retención, no es indispensable en aquellos casos de prendas que permanecen siempre en poder del deudor, como la industrial, agrícola, los warrants, etc.

¿Es indispensable que el mismo acreedor tenga la posesión o tenencia de los bienes dados en prenda o anticresis? No es indispensable que la cosa dada en prenda se entregue al mismo acreedor y bien puede ser confiada a un tercero elegido por las partes, quien conservará la tenencia de la cosa por cuenta y a nombre del acreedor prendario, artículos 817 del Código de Comercio, 4.º de la Ley sobre Almacenes Generales de Depósito, fijado por D. S. número 38, de 4 de Marzo de 1932, lo cual tiene suma importancia en materia mercantil, ya que por una parte libra al acreedor de la guarda

(4) Tomado de Colin et Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. T. 5. Pág. 79.
(5) Colint et Capitant. Ob. cit. T. 5. Pág. 80.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

de una cosa a que en muchos casos le sería molesta, y por la otra, como dicen Colin y Capitant (6), "permitir al deudor que saque de sus mercaderías, mediante varios compromisos sucesivos, todo el crédito de que son susceptibles, ya que el tercero tenedor puede ser encargado de conservar la cosa dada en prenda por cuenta de varios acreedores a la vez".

Conforme al artículo 815 del Código de Comercio, para que el acreedor prendario goce del privilegio de pagarse con la cosa dada en prenda con preferencia a los demás acreedores del deudor, se requiere que el contrato reuna los requisitos indicados en dicho artículo, uno de los cuales consiste en que el contrato conste por escritura pública o en documento privado protocolizado... y que la escritura o documento contenga una declaración de la suma de la deuda y la especie y naturaleza de la cosa empeñada... etc. Ahora ¿existirá un derecho de retención convencional en materia comercial en una prenda constituída sin estos requisitos? Indudablemente, puesto que estas solemnidades no son las que le dan el carácter a la prenda mercantil, sino que tienen por objeto único conceder el privilegio o preferencia sobre los demás acreedores del deudor común. La prenda mercantil, al igual que la civil, se perfecciona por la entrega de la cosa, y lo que le da el carácter de tal es que sirva de garantía a un crédito comercial que, como hemos visto, es aquel que deriva de un acto que la ley califica de mercantil.

En segundo lugar, hemos dicho que para que tenga lugar la retención convencional se requiere la existencia de un crédito. Para que tenga lugar el derecho de retención legal se requiere, generalmente, la conexión entre el crédito y la obligación de restituir, la cual existe cuando el crédito del que debe restituir la cosa y la obligación de restituirla son recíprocos entre dos personas por razón de la causa, o cuando el crédito y la obligación de entregar la cosa son efectos de la misma causa, o cuando el crédito reconoce por propia causa la obligación de entregar; en la retención convencional la conexión no es indispensable, basta la existencia de un cré-

(6) Colin et Capitant. Ob. cit. T. 5. Pág. 66.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

dito y, como observa Giorgi, "la prenda y la anticresis se constituyen, casi siempre en garantía de créditos que no tienen relación con la cosa mueble o inmueble que constituye la materia del contrato" (7).

¿Qué condiciones deberá tener el crédito? ¿Deberá ser cierto y exigible como en el derecho de retención legal? Dos puntos tenemos que considerar: la certidumbre y la exigibilidad. En cuanto a la certidumbre consideramos, en presencia del artículo 2385 del Código Civil que dispone que "el contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede, a que es indispensable. Lo mismo podemos decir en cuanto a la anticresis, conforme al artículo 2435 del mismo Código: "La anticresis es un contrato por el cual se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos". Pero en cuanto a la exigibilidad del crédito consideramos que no es indispensable, puesto que las partes son libres para caucionar cualquiera obligación, aun no vencida; aún más, pueden caucionarse por terceros las obligaciones naturales, conforme al artículo 1472 del Código Civil, que como sabemos, "son aquellas que no confieren acción para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas, autorizan para retener lo dado o pagado en razón de ellas", artículo 1470 del mismo Código.

Por último para que proceda la retención convencional se requiere el consentimiento de los contratantes. Como en todo contrato, el consentimiento del acreedor y deudor puede manifestarse en forma expresa o en forma tácita. En cuanto á la forma expresa, ¿podría constituirse el derecho de retención convencional sin las formas establecidas para el contrato de prenda y anticresis? o mejor aún ¿podría tener lugar el derecho de retención convencional sin la existencia de un derecho de prenda o anticresis? Giorgi observa que si la retención sólo tiene por objeto dar al acreedor un medio de defensa personal contra su deudor y una garantía no oponible contra los otros acreedores del mismo, es lícito constituir el derecho de retención convencional sin un verdadero

(7) Giorgi. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. T. 2. Pág. 465. N.o 427.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

contrato de prenda o anticresis, por las siguientes razones: a) porque no hay ninguna disposición que lo prohiba; b) porque las formalidades establecidas para la prenda y la anticresis no tienen por objeto proteger los intereses de los contratantes, sino los de los terceros. Y luego agrega: "Si al contrario, se trata de establecer un derecho de retención eficaz incluso contra los terceros, y principalmente el privilegio verdadero y propio de la prenda, nos parece evidente que las formas establecidas por la ley no pueden olvidarse. Ni siquiera comprenderemos la posibilidad de que se dude" (8). La misma opinión sostiene don Luis Claro Solar (9).

Acuña Anzorena, refiriéndose a esta opinión de Giorgi, nos dice: "En principio estamos de acuerdo con el autor citado. Creemos con él que a las partes no les está permitido crear un derecho de retención que sea causa de preferencia, esto es, un verdadero derecho real, pero no obstante todo el respeto que tan sabio jurista nos merece, disentimos de él en las razones con que fundamenta su tesis. A nuestro juicio, el error de su argumentación estriba en tomar por causa lo que no es sino un consecuente. En efecto, si bien es cierto que el acreedor prendario y anticresista tienen por su crédito un verdadero privilegio, él no resulta del derecho de retención convencional que ejercen sobre las cosas dadas en prenda o anticresis; su causa de preferencia proviene de la propia naturaleza de estos derechos, de su calidad de reales; si no fuese así, se habría dado a los particulares la facultad de crearse privilegios sin un texto que lo autorice..." (10).

No debemos olvidar que en nuestro derecho, la anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada, artículo 2438 del Código Civil, inciso 1.º.

¿Podría constituirse el derecho de retención convencio-

(8) Giorgi. Ob. cit. T. 2. N.o 428.

(9) Claro Solar. Ob. cit. T. 11. N.o 1108.

(10) Acuña Anzorena. Ob. cit. Pág. 192.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

nal por voluntad tácita de los contratantes? Los autores (11), citan como ejemplo típico de retención convencional tácita la hipótesis contemplada en el artículo 2401 de nuestro Código Civil, esto es, aquella en que el deudor que ha constituído la prenda ha contraído posteriormente otra deuda con el mismo acreedor y tal deuda es exigible antes del pago de la primera obligación, es decir, de la obligación por la cual se constituyó la prenda, por considerar que la ley presume el consentimiento tácito del deudor para vincular la prenda también en garantía de la segunda obligación. A nuestro juicio, la hipótesis propuesta no puede considerarse como un caso de retención convencional en nuestro derecho. Se ha discutido entre nosotros, si la negativa del acreedor prendario a restituir la prenda en la hipótesis propuesta, se debe por considerar que existe una constitución de prenda tácita o en virtud de un derecho de retención. No cabe duda que el acreedor prendario que se resiste a entregar la cosa dada en prenda una vez satisfecho el crédito por el cual se contrajo, por existir otros créditos que reunen los requisitos indicados en el artículo 2401 del Código Civil, lo hace, no en virtud de su derecho de prenda, el cual se extinguió junto con el crédito primitivo, sino en virtud de su derecho de retención acordado en el mismo artículo. Si así no fuera, ¿cómo podría ser obligado el acreedor a entregar la cosa a un tercero, cuando el propietario la vende o confiere a título oneroso el goce de la prenda, aun reuniendo los requisitos indicados en el artículo 2401, sin ser éstos obligados a pagar o consignar el importe de la deuda? artículo 2404. El acreedor puede retener la cosa dada en prenda, no en virtud de su derecho real de prenda, sino en virtud de su derecho de retención, no convencional sino legal, puesto que la ley lo ha facultado para ello.

Participan de nuestra opinión don José Clemente Fabres (12), Santiago Lazo (13), Raúl Le Roy Le Roy (14), Da-

(11) Giorgi. Ob. cit. T. 2. N.o 429. Acuña Anzorena. Ob. cit. Pág. 187 y siguientes.
(12) Instituciones de Derecho Civil. T. 10. Pág. 382. Nota 89.
(13) Código de Procedimiento Civil. Pág. 571.
(14) El Contrato de Prenda. Pág. 78 y 79.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

vid Stitchkin Branover (15), López de Haro, etc., etc. Citaremos algunas opiniones al respecto. Así, este último tratadista al tratar del derecho de retención y la prenda, nos dice: "Asegura el derecho de retención una obligación sin previo pacto. El acreedor se aprovecha de la tenencia de una cosa ajena para garantir o efectuar su crédito, habiéndosele entregado con diferente objeto. Si se le hubiere entregado a fin de asegurar la obligación, la figura jurídica sería la prenda. La prenda puede constituir un caso de retención con los atributos de éste y despojada de los de aquélla, y ese caso es el de la nueva deuda del dueño de la cosa", (corresponde a nuestro artículo 2401 del Código Civil) (16).

Otro autor nos dice, y en ello estamos acordes, que "el contrato accesorio debe extinguirse junto con la obligación principal; no se puede admitir que siga produciendo efectos, sin admitir un absurdo por legal que sea la situación. El derecho de retención es indispendiente de la situación contractual entre las partes; y no hay ningún absurdo en admitirlo después de extinguido el contrato". (17).

Este razonamiento jurídico del joven colega está perfectamente de acuerdo con el artículo 2385 que dispone: "El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que aceede" y 1642 del Código Civil que, tratando de la novación, establece que las prendas e hipotecas de la primitiva obligación no pasan a la nuevamente contraída, salvo que el acreedor y deudor convengan expresamente en ello. De estas disposiciones podemos concluir que no es admisible en nuestro derecho la constitución de prendas tácitas en conformidad al artículo 2401 del Código Civil, como lo sostienen algunos autores nacionales (18).

Se argumenta en contra de la doctrina que hemos sustentado diciendo: "La ley no hace en el caso del artículo 2401,

---

(15) Catedrático de Derecho Civil Comparado y profundizado de la Universidad de Concepción.

(16) Ob. cit. pág. 101 y 102.

(17) Raúl Le Roy. El Contrato de Prenda. Pág. 76.

(18) Jorge Rodríguez, Merino. Del Contrato de Prenda. Pág. 86. Luis P. Viveros Moreno. El Contrato de Prenda. Pág. 24 y 25. Guillermo Alvarez Campos. El Contrato de Prenda Industrial. Pág. 74, etc.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

sino interpretar la voluntad de las partes, porque subsisten en estas circunstancias las razones que determinaron al acreedor a exigir prenda de la primera deuda. Si el acreedor tuvo en vista al exigir la prenda la poca confianza que le merecía la solvencia o seriedad de su deudor y posteriormente le otorga un segundo crédito que se hará exigible antes de pagarse el primero, no han desaparecido las razones que le indujeron a pedir garantía en el primer caso, y sería ilógico suponer que, subsistiendo iguales las condiciones de su deudor, no estimara esta vez necesaria la garantía" (19).

Manresa, por su parte, nos dice: "El legislador se fundó en una presunción racional y verosímil: si el acreedor no pidió nueva prenda, fué por considerar suficiente la primera para garantir los dos créditos" (20).

Acuña Anzorena defiende la tesis a que es un derecho de prenda en los siguientes términos: "En principio, y como regla general, el acreedor que recibe una cosa dada en prenda, no puede retener ésta por otra deuda que no sea aquella por que se constituyó, y si antes de recibir la cosa ya tenía, contra su deudor, otro crédito constituido con anterioridad al que garante con la prenda, no podrá retener ésta alegando la existencia de aquél, como tampoco podría retenerla si durante el tiempo que está en posesión de la cosa, acordara un nuevo préstamo a su deudor exigible después del crédito, garantido con la misma. Sin embargo, el principio no es absoluto y una excepción a él es la que consagra el artículo 3218" (21).

Se pregunta: "¿Qué autoriza ver en este texto una extensión al convenio celebrado entre las partes? Una razón muy simple. Si yo acreedor, al acordar un crédito, temiendo la insolvencia de mi deudor, constituyó en garantía una prenda, ¿cómo pensar que ese temor no existe de mi parte si antes de ser pagado otorgó un segundo crédito al mismo deudor cuando su patrimonio está disminuído por aquél? Si me

---

(19) Jorge Rodríguez Merino. Ob. cit. Pág. 83. Luis P. Viveros Moreno. Ob. cit. Pág. 24.

(20) Citado por Jorge Rodríguez. Merino. Ob. cit. pág. 83.

(21) Código Civil nuestro, Art. 2401; Francés, 2082; Italiano, 1888; Español, 1866.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

decido a efectuarle un nuevo préstamo, es porque entiendo que la prenda que me dió en garantía responde de una y otra deuda, ya la ley al disponer que el deudor no puede exigirme la devolución de la cosa hasta no ser pagado de ambos créditos, no hace más que reconocer mi tácita voluntad" (22).

Giorgi participa de la misma opinión del autor anteriormente citado y, al efecto, se pregunta: "¿Cuál es la razón?" La que la ley presume el consentimiento tácito del deudor para vincular la prenda también en garantía de la segunda deuda. De donde si bien atendiendo a la presunción legal de este consentimiento, dicho derecho de retención se asemeja mucho al legal, precisamente porque la causa eficiente de este mismo es a los ojos de la ley el consentimiento presunto; sin embargo, a nuestro juicio debe clasificarse juntamente con el derecho de retención convencional" (23).

En doctrina se ha discutido si esta prenda tácita convencional confiere un privilegio, cual la prenda expresa, o un simple derecho de retención no oponibles a terceros. Giorgi, (24), Acuña Anzorena (25) y (Moulon, Pont, Nicolás, citados por éste), la consideran un derecho de prenda con todos sus atributos; en cambio, Troplong, Monitor, Cabriye, Rony (26) y Aubry et Rau y De Lyones (27) la consideran un simple derecho de retención legal.

El legislador argentino ha resuelto la cuestión expresamente, declarando en el artículo 3220 del Código Civil que "el derecho del acreedor sobre la prenda por la segunda deuda está limitado al derecho de retención; pero no tiene por ella los privilegios del acreedor pignoratício. al cual se le constituye expresamente la cosa en prenda". Acuña Anzorena criticando esta disposición, nos dice: "La ley al reconocer al acreedor un derecho de prenda por la segunda deuda, sólo ha interpretado la voluntad tácita de los contratantes,

(22) Acuña Anzorena. Ob. cit. Pág. 188.
(23) Giorgi. Ob. cit. T. 2. N.o 429.
(24) Ob. cit. T. 2. N.o 429.
(25) Ob. cit. pág. 191.
(26) Citados por Giorgi. Ob. cit. T. 2. N.o 429.
(27) Citados por Acuña Anzorena. Ob. cit. Pág. 191. Nota 1.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

¿por qué pensar que esta voluntad se ha de limitar a un simple derecho de retención? ¿Porqué no pensar, y esto es lo más lógico, que fué la de que esta prenda tácita produzca los mismos efectos que la expresamente constituída? Téngase presente que entre una y otra prenda no media otra diferencia que la forma en que los contratantes expresan su voluntad, y si la ley la ha reconocido, una razón de buen sentido no permite cercenarla" (28).

Pero ¿qué importancia práctica tiene en nuestra legislación determinar la verdadera fisonomía jurídica del derecho del acreedor en el caso en estudio? No debemos olvidar que el derecho legal de retención requiere para su eficacia declaración judicial, evitando de este modo el abuso del acreedor; puede el juez restringirlo, cuando recae sobre muebles, a aquellos que sean suficientes para asegurar el crédito y sus accesorios, y como tercera razón daremos la inmutabilidad en el privilegio del acreedor. Un ejemplo nos aclarará esto de la inmutabilidad del privilegio. XX., comerciante de esta plaza, ha exigido como garantía de un crédito civil de 10 mil pesos una prenda de valor equivalente, la cual de acuerdo con el derecho común se perfecciona por la misma entrega; luego adquiere en contra del mismo deudor otro crédito del mismo valor que reune las condiciones del artículo 2401 que comentamos, pero de naturaleza mercantil. Pagado de su primer crédito siempre retiene la cosa en garantía del segundo, pero ¿a qué título? ¿A título de acreedor prendario? En tal evento perdería su privilegio para pagarse con el valor de la cosa empeñada con preferencia a los demás acreedores del mismo deudor, puesto que no ha constituído una prenda conforme a lo prescrito por el artículo 815 del Código de Comercio que dispone que "para que el acreedor prendario goce del privilegio de ser pagado con el valor de la cosa empeñada con preferencia a cualquier otro acreedor del deudor, se requiere: 1.º que el contrato de prenda sea otorgado por escritura pública o en documento privado protocolizado, previa certificación en el mismo de la fecha de esa diligencia, puesta por el notario respectivo; y 2.º que la escritura o documento

(28) Alcuña Anzorena. Ob. cit. Pág. 191. Nota 1.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

contenga la declaración de la suma de la deuda y la especie y naturaleza de las cosas empeñadas, o que lleve anexa una descripción de su calidad, peso y medida".

Por el contrario, conforme con la doctrina que venimos sosteniendo, el acreedor retendría la cosa a título de acreedor retentor con todos sus privilegios y caracteres.

El Código Civil Mejicano en su artículo 916 ha evitado toda discusión, estableciendo que la prenda no garantiza más obligación que aquella para cuya seguridad fué constituida, salvo convenio expreso en contrario.

En cuanto a los caracteres del derecho de retención convencional podemos sostener, que son los mismos que los de la retención legal, salvo algunas excepciones. Entre los principales caracteres del derecho de retención convencional podemos indicar su indivisibilidad, carácter aceptado casi uniformemente por la doctrina y la jurisprudencia; es un derecho sui-géneris, puesto que participa tanto de los caracteres de los derechos reales como de los personales; es un derecho accesorio, porque tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal; no es un derecho subsidiario, porque puede coexistir con otras garantías, como la prenda, fianza, solidaridad, etc.; por regla general sólo se ejerce como excepción, puesto que no da ningún derecho en la cosa, ya que sólo consiste en la facultad de resistir a entregarla; es un derecho que reconoce como único fundamento la voluntad de las partes; de ahí deriva su nombre de convencional; y por fin diremos que es un derecho patrimonial, porque es susceptible de ser apreciado en dinero y está en el comercio jurídico. De su carácter patrimonial derivan estas otras consecuencias inherentes a todo derecho patrimonial. Es un derecho renunciable, renuncia que puede ser expresa o tácita; puede transferirse, puesto que el legislador no lo ha prohibido, pero es indispensable que la posesión de la cosa se ceda conjuntamente con el crédito que garantiza; puede transmitirse, ya que el patrimonio pasa a los causa-habientes en la misma forma que lo tenía el causante; y puede prescribirse, consecuencia lógica de aquel aforismo jurídico tan conocido, de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Artículo: El derecho de retención convencional
Revista: Nº39-40, año X (En-Jun, 1942)
Autor: Esteban Crisosto Bustos

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

Ahora, por lo que respecta a los efectos de la retención convencional, en principio podemos sostener que no da al acreedor más que la facultad de retener la cosa mientras no se le pague el crédito o se le dé efectivas garantías de pago; salvo que las partes acordaren otra cosa ya que su voluntad es soberana al respecto; pero si toma la forma de prenda, la cosa es diferente, como lo observa el señor Claro Solar, pues, entonces confiere al acreedor la facultad de realizar la cosa para pagarse con su producido, en virtud del derecho real que sobre la cosa ejerce, con preferencia sobre los demás acreedores del deudor común. En cambio, la anticresis, conforme lo dispuesto en el artículo 2438 del Código Civil, no da al acreedor, por sí sola, derecho real alguno sobre la cosa entregada. Disposición semejante consagra el Código Civil Italiano en el artículo 1897 al disponer que "la anticresis no produce efectos más que en las relaciones entre deudor y acreedor y sus herederos". (29).

---

(29) Giorgi. Ob. cit. T. 2. Pág. 469.