

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
BIBLIOTECA "DR. SARBELIO NAVARETE"



TESIS DOCTORAMIENTO PRESENTADA POR:  
RAFAEL GONZALEZ SERRANO

1922

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES UES



12105330

T.D-UES  
1922  
G614d



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EL SALVADOR

---

---

EL DERECHO DE RETENCIÓN  
EN EL CÓDIGO CIVIL

---

---

TESIS

POR

RAFAEL GONZALEZ SERRANO

PRESENTADA EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

EN LA FACULTAD DE DERECHO

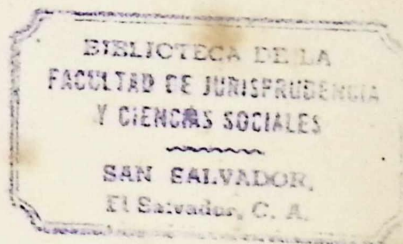


SAN SALVADOR

OCTUBRE 24 DE 1922

---

TIPOGRAFIA LA UNION



378.7284

UES-T.D.

G014d

1922

# UNIVERSIDAD NACIONAL

---

---

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES, UES



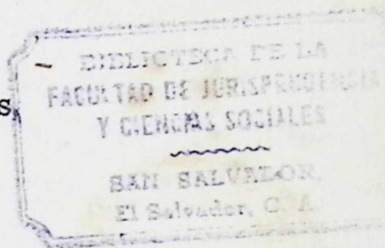
12105330

Rector:

Doctor Don Emeterio Oscar Salazar.

Secretario:

Doctor Don Salvador Rivas Vides



## Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

---

---

Decano:

Doctor Don Emeterio Oscar Salazar.

Secretario:

Doctor Don Sixto Barrios.



# JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES

---

---

## PRIMER DOCTORAMIENTO PRIVADO

Doctor Don Federico Penado.

„ „ José Manuel Mata.

„ „ Edmundo Avalos.

---

---

## SEGUNDO DOCTORAMIENTO PRIVADO

Doctor Don Adrián García.

„ „ Manuel Castro Ramírez.

„ „ Ramón Góchez Castro.

---

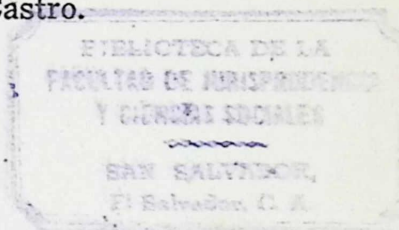
---

## DOCTORAMIENTO PUBLICO

Doctor Don Federico Penado.

„ „ David Rosales, hijo.

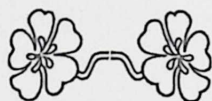
„ „ César Virgilio Miranda.





*A la memoria de mi padre,*

*Don Antonio González.*



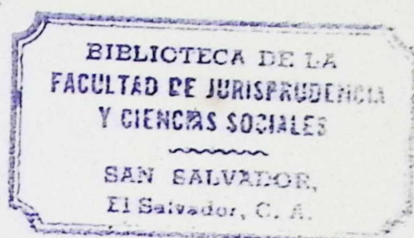
BIBLIOTECA DE LA  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

SAN SALVADOR,  
El Salvador, C. A.

*A mi madre,*

*Doña Luisa I. v. de González.*





# El Derecho de Retención en el Código Civil

---

## CONCEPTO

El derecho de retención es un vínculo jurídico por el cual el acreedor que tiene o posee una cosa de propiedad de su deudor—la cual no le ha sido dada en garantía,— puede conservar la posesión o tenencia de dicha cosa, negándose a devolvérsela hasta que el deudor cumpla su obligación.

a)—Decimos que el derecho de retención es un vínculo jurídico porque en virtud de él se establece una relación de derecho en que el acreedor (retenedor) es el sujeto de pretensión que detiene una cosa de propiedad de su deudor (propietario) en tanto que éste (sujeto de obligación) no satisface su deuda.

b)—La cosa puede ser raíz o mueble.

c)—La cosa que el acreedor retiene no debe haberla recibido como garantía de la deuda. El derecho de retener la cosa nace de los preceptos legales y supone la au-



sencia de toda caución convenida entre las partes: es una especie de garantía puramente legal.

d)—En tanto que el deudor no haya satisfecho su obligación, puede el acreedor retener la cosa de aquél negándose a devolverla; pero el derecho de retención no extingue la deuda. El retenedor no puede oponer en compensación la cosa retenida, ni puede hacerse pago con ella ni con sus productos o frutos: el derecho de retención tiene por objeto forzar indirectamente al deudor a que cumpla su obligación.

e)—Teniendo el derecho de retención por objeto obligar al deudor a que cumpla su obligación, no puede tener existencia sino cuando ésta exista. Es decir, se necesita que haya una obligación principal que dé origen al derecho de retención, el cual constituye así una obligación accesoria.

#### FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCION

El fundamento del derecho de retención es la equidad. Quien reclame la restitución de una cosa de la cual es propietario, comete un verdadero dolo si no cumple por su parte las obligaciones que tenga hacia el tenedor de la cosa; o dicho en otros términos, quien pida la ejecución de un contrato debe comenzar por cumplir las obligaciones que éste le imponga o que de él deriven. Encontramos este principio en el artículo 1417 C., que dice: «Los contratos deben ejecutarse de buena fé, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella». Ahora, es un principio generalmente aceptado que las obligaciones recíprocas deben cumplirse simultáneamente, es decir—según una expresión corriente entre nosotros—dando y dando.

La legislación romana lo consignaba al tratar de la excepción *non adempti contractus*, la cual tenía lugar



en los contratos sinalagmáticos y suponía que si una de las partes reclamaba a la otra la ejecución de su compromiso, sin cumplir por su parte el suyo, esta otra podía rehusar el cumplimiento de su obligación.

Los artículos 1358, 1360 y 1423 C. confirman el mismo principio, y algunos tratadistas lo razonan diciendo que si existe el derecho de repetir lo que se ha pagado a la persona que por su parte no cumple su promesa, con mayor razón hay derecho a aplazar el cumplimiento de la obligación cuando la otra parte no cumple la suya.

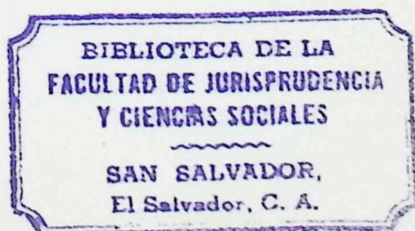
### ORIGEN DEL DERECHO DE RETENCION

Algunos autores creen que el derecho de retención tuvo su origen en la *manus injectio* y en la *pignoris capio*, que son dos especies de las *acciones de la ley*.

La *manus injectio* era la aprehensión corporal del deudor condenado, o convicto por su misma confesión, a consecuencia de la cual quedaba dicho deudor *addictus*, atribuido en propiedad al acreedor por el pretor; y la *pignoris capio* era el embargo de la cosa del deudor. (1)

La Ley de las XII Tablas concedía la *manus injectio* para los que no cumplían las sentencias pronunciadas en contra de ellos y para los confesos de una deuda en dinero. El deudor tenía treinta días para cumplir su obligación, y si expirado este plazo no había satisfecho su deuda, podía el acreedor citarlo ante el magistrado y allí se cumplía la Acción de la Ley. A este efecto, el acreedor tomaba por el cuerpo a su deudor y pronunciaba una fórmula solemne. El deudor no podía rechazar este secuestro y desde ese momento era tratado como esclavo de hecho y llevado a la casa del acreedor. El deudor podía ser

(1) Explicación histórica de la Instituta del Emperador Justiniano, por M. Ortolan.



así detenido (o retenido) sesenta días, durante los cuales debía, por tres días consecutivos, y de nueve en nueve, ser conducido ante el magistrado a la plaza pública, donde se decía en altas voces la cantidad que debía, con el fin de permitir a sus parientes o amigos libertarle pagando por él. Cumplido el plazo el deudor quedaba definitivamente esclavo del acreedor, quien podía venderle en el extranjero y darle muerte.

Como el deudor quedaba en calidad de esclavo, no podía defenderse por sí mismo; pero sí podía hacerlo por medio de un tercero llamado *vindex*, quien se ponía en su lugar y tomaba su defensa. El *vindex* podía contestar acerca de la ilegalidad del procedimiento alegando que no había ninguna sentencia en contra suya o que su defendido no debía nada o que ya había satisfecho su obligación. El *vindex* suspendía la ejecución y si el deudor era condenado, sufría al mismo tiempo una pena igual; pero el pueblo romano «consideraba un compromiso honroso responder como *vindex* en favor del pariente perseguido».

Respecto a la *manus injectio* dice Ortolán: «Todas las acciones de la ley, a excepción de la *pignoris capio*, se ejecutaban entre el magistrado, y lo primero que para esto había que hacer era citar y hacer comparecer allí a las partes: este acto se hacía con toda su ruda simplicidad. El actor se encargaba de llamar por sí mismo a su adversario a la presencia del magistrado y en caso de necesidad, de llevarle por fuerza, haciéndose este llamamiento en términos consagrados. Tal es el primer acto, llamado *in jus vocatio*.

«Si el que es así llamado rehusa, recurre su adversario a una prueba de testigos pronunciando en voz alta estas palabras que hallamos en las comedias de Plauto, en las sátiras de Horacio y que parecen sacramental enteramente: «*licet te an testari*». Al mismo tiempo le toca, como sitio de la memoria, el fondo de la oreja y esto es lo que se llama *antestatio*.

«Hecho esto tiene contra el que reclama *in jus* un secuestro (*manus injectio*) extrajudicial y puede, en su con-

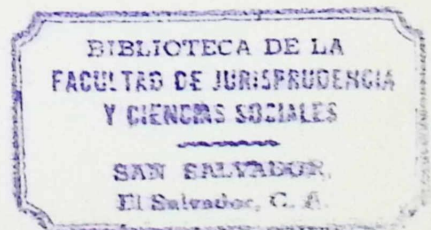


secuencia, arrastrarlo al Tribunal a viva fuerza (*in jus rapere*) por el cuello (*aborto collo*)».

La *pignoris capio* consistía en el derecho de un acreedor para tomar por medio de su autoridad privada bienes de propiedad de su deudor y retenerlos en prenda en tanto que no le hubiera sido pagada su deuda. Este embargo se hacía mediante ciertas palabras solemnes. El acreedor podía retener las cosas embargadas determinado tiempo, durante el cual el deudor podía redimir su prenda satisfaciendo al acreedor o pagándole cierta suma como pena. Pasado este tiempo probablemente el acreedor tenía derecho a destruir los objetos embargados. La *pignoris capio* establecía un derecho de retención: no daba la facultad de vender la cosa,—pues la prenda en el derecho antiguo romano no autorizaba esta venta,—siendo el fin de la acción obligar al deudor por medio de la retención a que satisficiera su deuda mediante el rescate de la cosa aprehendida.

El sistema de las *Acciones de la ley* presentaba muchas dificultades, debidas, tanto a la complejidad de los procedimientos como a las sutilezas a que dieron lugar, y así fue que tuvo que desaparecer, y el derecho de retención tomó otro aspecto. Vino entonces el derecho formulario, del cual dice Q. Mucius Scævola lo siguiente: «Dentro del derecho formulario, es decir, dentro de la fórmula, no cabía que se ventilaran dos cuestiones, porque prevalecía el principio de que en todo litigio no podía tratarse más que de una demanda y así fue que en ciertos casos en que el *jus retentionis* era indeclinable consecuencia de la acción principal, como acción contraria se admitió *ipso jure* la disminución del crédito en aquella porción representada y amparada por el *jus retentionis*.

«A este propósito cita Ihering un caso notable. Sabido es que después de la disolución del matrimonio quedaba el marido en la obligación de restituir la dote; el marido gozaba de un derecho de retención por las impensas



necesarias que hubiese hecho. Para resolver la dificultad se admitía, sigue diciendo Ihering, que la dote de la mujer quedara disminuida en el importe del crédito contrario. Por consiguiente, no se trataba ya de él en el proceso con su propia calidad, figurando solo como factor sustractivo, puesto que de antemano disminuía en su equivalente el importe de la acción. El conflicto de ambos créditos no llegaba al Tribunal con motivo del proceso, sino que se resolvía fuera de todo debate judicial. El único objeto del proceso era el crédito de la demandante, disminuido previamente por el demandado.

«Pero el sistema formulario, aunque lentamente, fue también desvaneciéndose, las excepciones propiamente dichas se perfeccionaron y comenzaron a formularse normalmente, y entonces el *jus retentionis* encarnó en una verdadera excepción de dolo, en cuya virtud se enervaba, o dicho en términos más propios, se paralizaba la eficacia de la acción. El *jus retentionis*, en general, se presenta, dice Tartufari, como una facultad de oponer una excepción de dolo, porque a la demostración de que resultamos deudores oponemos la de que también se nos debe, y aduce el testimonio de Carpzovio, el cual presenta el *jus retentionis* como una especie de legítima defensa de nuestro propio derecho».

Encontramos el derecho de retención en los textos de la época justiniana, en las Partidas, en la Novísima Recopilación, y después, en la mayoría de las legislaciones vigentes.

Nuestro Código Civil no ha reglamentado el derecho de retención. Únicamente lo menciona en algunos de sus artículos, reconociendo su existencia, y sin dar acerca de él ninguna explicación.

Estudiando el derecho de retención, hemos de ver cómo se presenta entre nosotros, y para sujetarnos a un método de exposición principiaremos por el estudio de su naturaleza; veremos luego las distintas hipótesis en que tiene lugar, y, finalmente, sus efectos.



## NATURALEZA DEL DERECHO DE RETENCION

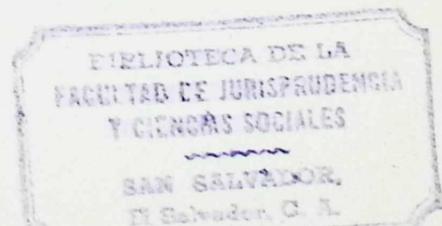
Este estudio comprende: I) Sus condiciones; II) Sus caracteres, y III) Lugar que ocupa en nuestra Legislación.

I.—CONDICIONES.—Para la existencia del derecho de retención deben darse tres condiciones: 1<sup>a</sup>—Existencia actual de una posesión de hecho. 2<sup>a</sup>—Buena fe del poseedor o retenedor. 3<sup>a</sup>—Correlación entre la cosa retenida y el crédito reclamado.

1<sup>a</sup>—La primera condición se desprende de la acepción gramatical de la palabra retención (detener, conservar, guardar para sí), pues quien no está en posesión (o tenencia) actual de una cosa, no puede materialmente conservarla o detenerla. Al hablar aquí de «posesión» tomamos esta palabra en su sentido amplio y no en el restringido del Art. 745 C. De esta condición se deduce que si el retenedor pierde la tenencia, la retención se extingue; que el derecho de retención «es eminentemente material», pues se hace necesario que el retenedor esté en posesión de la cosa.

2<sup>a</sup>—Buena fe del poseedor. Este requisito se desprende naturalmente del espíritu de la ley, pues ésta no podría autorizar la conservación de una cosa que estuviera en manos del acreedor de una manera ilegal; de no ser así, la ley favorecería un hecho ilícito, lo que es imposible porque siempre está de acuerdo con la razón y la justicia, base del derecho de retención. No puede concederse el derecho de retención, por ejemplo, al poseedor que hubiese hecho gastos e introducido mejoras en la cosa poseída teniendo conocimiento de que la cosa era ajena, pues esto equivaldría a amparar el hurto o la usurpación; y además pecaría contra el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fé.

3<sup>a</sup>—Correlación entre la cosa retenida y el crédito reclamado. Este requisito se refiere a que la cosa retenida debe encontrarse en manos del acreedor por razón del mismo crédito, pero sin que le haya sido entregada como



seguridad de él. Tomemos cualquier caso de derecho de retención, el comodato por ejemplo: El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se le indemnice de los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado o mientras no se le indemnice de las expensas a que alude el Art. 1949 C.; pero no podrá retener otra cosa distinta de la prestada a título de comodato, para que se le hagan las indemnizaciones antedichas, como tampoco podría retenerse una cosa del deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación mutuaría. En la reivindicación (Art. 916 C.), si el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago o se le asegure a su satisfacción; pero no podría retener una cosa distinta de la reivindicada. Además, como dice el comentarista Q. Mucius Scævola «si el *debitum, cum re conjunctum* no fuese requisito integrante del derecho de retención, el mero hecho de la posesión natural de una cosa convertiríase en garantía universal de toda clase de obligaciones, y no por prescripción de la ley, sino por determinaciones individuales de la voluntad».

II.—SUS CARACTERES.—Se distinguen en el derecho de retención cuatro caracteres, a saber: a) Es accesorio; b) Facultativo; c) Indivisible, y d) Es una excepción.

a) El derecho de retención es *accesorio*.—Este carácter se desprende del concepto mismo del derecho de retención, pues al exponerlo dijimos que tenía por objeto obligar al deudor a cumplir su obligación, es decir, que supone un derecho principal al cual sirve de garantía. En este sentido es una especie de caución y encaja perfectamente en el Art. 44 C., que dice: «Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda». A éstas podemos agregar el derecho de retención que es una seguridad legal establecida para garantizar el cumplimiento de otra obligación, y como toda caución, es una obligación acce-



soria. Así pues, no podemos concebir el derecho de retención con existencia separada, sino como accesorio de un derecho principal. Se encuentra con respecto al derecho principal en la misma situación que la fianza o la hipoteca con respecto a un contrato de mutuo, por ejemplo.

b) Es *facultativo*.—Cuando decimos que el derecho de retención es facultativo, entendemos que es potestativo del acreedor (retenedor), retener la cosa o no; y este carácter se desprende de la lectura misma de los textos que lo establecen, pues en todos vemos usadas las frases: «El usufructuario *podrá retener*» etc. (Art. 802 C.), «*podrá* el arrendador para seguridad de este pago» etc. (Art. 1730 C.) etc., etc. Además, estando el derecho de retención establecido únicamente en favor del acreedor, es facultativo de éste ejercerlo o no, según lo dispuesto en el Art. 12 C., que dice así: «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». El derecho de retención se ha establecido únicamente a favor del acreedor y su renuncia no está prohibida; por consiguiente es facultativo de él renunciarlo o no; basta con que el acreedor se desapodere voluntariamente de la cosa para que la renuncia tácita se presuma y el derecho de retención se extinga, pues ya dijimos que es una condición del derecho que estudiamos, que exista una posesión actual de hecho y que perdida ésta, el derecho termina.

c) Es *indivisible*.—Mientras la obligación no haya sido totalmente cumplida, el deudor (propietario) no puede exigir su cosa.—Por consiguiente, un pago parcial no autoriza al deudor a recobrar el objeto retenido por el acreedor, aun cuando la cosa sea divisible. Cada parte de la cosa retenida responde por la totalidad de la deuda y cada parte de la deuda está garantizada por todo el objeto que conserva el acreedor para seguridad de la obligación.

Como acerca del derecho de retención el legislador salvadoreño no ha formulado ninguna teoría ni le ha dado reglamentación, debemos recurrir para su estudio a otras



instituciones que presentan con él algunas semejanzas; y desde luego nos apoyaremos en la doctrina sobre que descansan otras especies de caución, tales como la hipoteca y la prenda, así como también en la anticresis que es una institución con la cual el derecho de retención tiene analogías.

Tanto la hipoteca como la prenda y la anticresis, son indivisibles (Arts. 2146 y 2155, 2158 y 2190 C.). La indivisibilidad de esas instituciones se basa en la voluntad presunta de las partes; también el derecho de retención supone la intención de que el acreedor retenga la cosa hasta el momento en que la otra parte ejecute las obligaciones nacidas con ocasión de esta cosa. Así pues, el acreedor tiene derecho de retener la totalidad de la cosa, ínterin no haya sido completamente pagado de la suma adeudada, con intereses y demás accesorios legales. El Art. 2146 C. confirma esta teoría y su tenor literal es el siguiente:

«El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia».

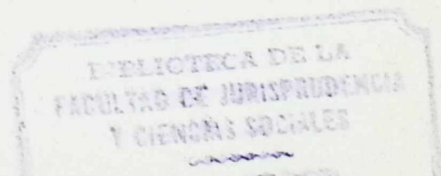
d) El derecho de retención es *una excepción*.—El derecho de retención tiene una función de defensa: es una facultad otorgada al poseedor de una cosa para negarse a devolverla en tanto no se le pague en razón de la misma.

Expuestos los anteriores caracteres, veamos ahora si el derecho de retención está comprendido entre los llamados reales o personales. Como hacemos nuestro estudio dentro de nuestra legislación, debemos empezar por el concepto que el legislador salvadoreño ha expuesto de aquellos derechos. Dice el Art. 567 C.: «Derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin referencia a determinada persona». «Derechos personales son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo, o por disposición de la ley, están sujetas a las obligaciones correlativas».



Veamos primero si puede oponerse a los herederos del deudor (propietario). El acreedor tiene derecho de retener la cosa hasta que se le haya pagado totalmente. El deudor no puede exigir su cosa mientras no haya cumplido, por su parte, la obligación contraída. Ahora, como los herederos suceden al difunto en sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles (Art. 952 C.) y representan la persona del *de cuius*, por consiguiente, también están obligados a respetar el derecho de retención que tengan los acreedores de éste.

Supongamos ahora, que se trata de una tercera persona que reclame la cosa retenida, por haberla adquirido a cualquier título: venta, donación u otro, o que perseguida la cosa judicialmente, otros acreedores del deudor han obtenido la venta en pública subasta y es el adjudicatario quien quiere entrar en posesión de ella, ¿podrá la persona que retiene, negarse a entregar el objeto? Nosotros opinamos que sí puede negarse, porque si la ley reconoce el derecho de retención, debe darle bases sólidas para evitar su violación, pues si con sólo traspasar la propiedad a otra persona, el derecho se extinguiera, la institución que estudiamos no lograría su fin y la garantía del derecho de retención se volvería ilusoria, dejando a voluntad del deudor el cumplimiento de su obligación. A este respecto copiamos del Código Civil por Q. Mucius Scævola, lo siguiente: «Hay que suponer, lógicamente pensando, que cuando la ley crea un derecho, concede medios para protegerlo y hacerlo respetar, no para destruirlo. Sería caso por demás anómalo el de legislar para complacerse luego en borrar lo legislado. Si el que goza del *jus retentio-nis* tuviese que abdicar de su derecho y ser desposeído de la cosa objeto de la retención, porque el propietario, en uso de su indiscutible facultad, la enajenase, el derecho de retención carecería de eficacia; sería un derecho escrito en el Código, pero sin vida en la realidad, porque como ya hemos indicado en otro lugar, bastaría para burlar al retentor que el propietario vendiese o hipotecase la cosa». Y nosotros agregamos guiándonos por las ideas



de don Adolfo Posada, que el derecho debe ser vivido, y que la ley que no contiene derecho, no es ley; si pues bastase traspasar la cosa a otras manos para destruir el derecho de retención, destruiríamos la ley que lo establece.

El Art. 1725 C. confirma lo que decimos. Su tenor es el siguiente: «En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador.

Pero no se extiende esta regla al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada».

De donde se desprende que el arrendatario puede oponer a terceros el derecho de retención, pues de no ser así éste no sería vivido. Otro es el caso cuando el derecho del arrendador se extingue por causas independientes de su voluntad, como cuando siendo éste propietario, hipoteca la cosa con anterioridad a la constitución del derecho de retención o si siendo usufructuario, el arrendador da en usufructo la cosa arrendada, pues en estos casos expira el derecho de retención (Art. 1746 C.).

En la compraventa, tratando de la obligación de entregar, dice el inciso 4º del Art 1629 C.: «Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halla en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago». En este artículo, vemos que si el capital del comprador—quien no ha pagado el precio—ha disminuido tanto que sea de presumirse que no podrá pagar la suma convenida, tiene derecho el vendedor a retener la cosa hasta que le haya sido cancelado el precio o se le dé garantía suficiente. El derecho de retención tiene por fin evitar el «peligro inminente» a que alude el artículo, constituyendo una seguridad para el pago. Ahora, para que sea eficaz este derecho, debe también poder oponerse a los acreedores del comprador que deseen hacerse pago con las cosas de éste.



Y así vemos confirmada la misma teoría en el artículo que estudiamos, ya que también produce sus efectos respecto a terceros.

Siendo una propiedad de los derechos reales el poder oponerse a terceros, ¿puede afirmarse que el derecho de retención sea real? Nosotros creemos que no, puesto que los derechos reales dan acción para perseguir la cosa en manos de cualquier poseedor, y el derecho de retención no permite esta acción, teniendo únicamente una de las condiciones de los derechos reales, cual es la de poder oponerse a terceros. Da nacimiento a una excepción y no a una acción. Puede ser invocada por el que posee la cosa y nunca por quien se haya desapoderado voluntariamente de ella; es decir, el acreedor puede retener la cosa, pero no recobrar la posesión cuando voluntariamente la ha perdido, de donde se desprende que el derecho de retención no es un derecho real. Además, el derecho de retención solamente puede ser ejercido por el acreedor que tiene la cosa con buena fé, atendiendo así a la condición moral del poseedor, y en este sentido, por tomar en consideración una cualidad moral de la persona, el derecho de retención es personal. El derecho de retención es intrasmisible; por eso, si el acreedor (tenedor de la cosa) traspassa su crédito a terceros, se extingue el derecho de retención, pues como ya hemos visto, implica una renuncia tácita; esa condición también le da el carácter de personal. La ley no considera el derecho de retención como un gravamen sobre la cosa, sino como una medida coercitiva para obligar al deudor al cumplimiento de su obligación. ¿Podríamos afirmar entonces que el derecho de retención es personal? Tampoco, puesto que hemos visto que a la vez tiene condiciones propias de los derechos reales.

De lo expuesto se deduce que el derecho de retención participa de los caracteres de los derechos reales y de los personales, lo que le da el carácter de mixto, o como le han llamado algunos autores *sui generis*.

III.—LUGAR QUE OCUPA EN NUESTRA LEGISLACION.—Nosotros vemos en el derecho de retención un



cuasi contrato de los no legislados especialmente, y comprendido en el artículo 2036 C.

En efecto: dice el artículo 2035 C.: «Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nace es lícito, constituye un cuasi contrato».

El derecho de retención proviene de una situación de hecho en que la cosa retenida no llegó a manos del acreedor en calidad de garantía, sino que por no haber cumplido con su obligación el deudor (propietario), es que la retiene el acreedor: luego se pone sin convención.

El derecho de retención es una facultad del acreedor para conservar la posesión de una cosa, y por consiguiente, nace del hecho voluntario del acreedor.

Siendo accesorio, está subordinado al derecho principal a que accede, y si éste no tiene objeto y causa lícitos, no produce obligación (Arts. 1332 inc. 3º y 1338 C.), y no teniendo efecto el contrato o derecho principal, tampoco lo tiene el accesorio—que no puede existir sin él—; luego el hecho de que nace debe ser lícito.

El Código Civil en el artículo 2036, dice: «Hay tres principales cuasi contratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad». Por consiguiente al hablar de «principales» quiere decir que reconoce otros, además de esos, y entre ellos se encuentra el derecho de retención.

#### CASOS EN QUE EL CODIGO CIVIL RECONOCE EXPRESAMENTE EL DERECHO DE RETENCION

Determinada la naturaleza del derecho de retención expondremos ahora los casos en que la ley lo reconoce expresamente, y siguiendo el orden del Código Civil lo encontramos primeramente en el Art. 802 que dice así: «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». Los reembolsos e indemnizaciones a que alude este artículo son las obras o refacciones mayores de que trata el Art. 799 C.

«Art. 916.—Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago o se le asegure a su satisfacción».

«Art. 1629.—El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.

Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo.

Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halla en peligro inminente de perder el precio, *no se podrá exigir la entrega* aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago».

«Art. 1725.—En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador.

Pero no se extiende esta regla al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada».

«Art. 1730.—El arrendatario es obligado al pago del precio o renta.



Podrá el arrendador, para seguridad de este pago, y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria».

«Art. 1922.—Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte».

«Art. 1951.—El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se efectúa la indemnización de que se trata en los dos artículos precedentes; salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condanare».

Los dos «artículos precedentes» a que alude este artículo se refieren a las expensas hechas por el comodatario para la conservación de la cosa y que está obligado a indemnizar el comodante; y a la obligación del comodante de indemnizar al comodatario de los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado.

«Art. 1990.—Las reglas de los artículos 1939 hasta 1943, se aplican al depósito».

Por consiguiente debe aplicarse al depósito el artículo 1940 con la excepción a que alude, o sea el artículo 1951 que hemos transcrito.

«Art. 1991.—El depositario no podrá sin el consentimiento del depositante retener la cosa depositada, a título de compensación, o *en seguridad* de lo que el depositante le deba; sino solo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo».

«Art. 1992.—El depositante debe indemnizar al depositario de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiera hecho él mismo, teniéndola en su poder; como también de los per-



juicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito».

«Art 2213.—Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

Podrán así mismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1753 y 1756.

Sin embargo, no será embargable el usufructo del padre o madre de familia sobre los bienes del hijo, ni los derechos reales de uso o de habitación».

En el caso de este artículo el derecho de retención subsiste no obstante que la cosa retenida pasa a otras manos, porque precisamente se trata de una subrogación, es decir, que la obligación queda siendo siempre la misma sin que haya sustitución de obligaciones (novación): el acreedor se pone en lugar del deudor.

¿PUEDE INTERPRETARSE EL DERECHO DE RETENCION DE UNA  
MANERA EXTENSIVA, FUERA DE LOS CASOS EN QUE LA  
LEY SE REFIERE EXPRESAMENTE A EL?

Difieren acerca de este punto las opiniones de los tratadistas y se han dado diferentes teorías, desde aquéllos para quienes su aplicación debe referirse únicamente a los casos expresamente determinados por las leyes, hasta los que le dan una amplitud tal que lo dejan a las facultades discretionales del juez.

Nosotros creemos que el derecho de retención debe



aplicarse fuera de los casos previstos por la ley, siempre que se den sus condiciones cualificativas, que son las mismas que el legislador ha tomado en cuenta para acordarlo expresamente. En todos estos casos siempre encontramos dos condiciones: a) correlación entre la cosa retenida y el crédito reclamado; y b) que las obligaciones recíprocas de las partes tienen una causa común, es decir, que derivan de un mismo hecho jurídico.

Las razones para darle la extensión a que aludimos son las siguientes: el legislador salvadoreño no ha reglamentado el derecho de retención; únicamente ha reconocido su existencia. No hay una regla general que lo prohíba, pues sólo así serían excepciones los casos previstos por la ley; en materia civil contrariamente a la materia penal, la interpretación es extensiva, mientras que en ésta es restrictiva.

Establecido sobre esta base el derecho de retención, se encuentra conforme con los principios generales de nuestra legislación, pues el artículo 1417 C. dice así: «Los contratos deben ejecutarse de buena fé, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella».

Y cuando hablamos del fundamento del derecho de retención, dijimos que quien reclame la restitución de una cosa de la cual es propietario, comete un verdadero dolo si no cumple por su parte las obligaciones que tenga hacia el tenedor de la cosa.

Por consiguiente, la regla general debe ser el derecho de retención siempre que existan las circunstancias aludidas, y la ley debe referirse expresamente a los casos en que lo prohíbe. Prueba de ello tenemos en los artículos 1940 y 1991 C. que dicen: «El comodatario *no podrá* excusarse de restituir la cosa, reteniéndola para seguridad de lo que le deba el comodante, salvo el caso del artículo 1951». «El depositario *no podrá* sin el consentimiento del depositan-



te retener la cosa depositada, a título de compensación, o *en seguridad* de lo que el depositante le deba; sino solo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo».

Para confirmar la opinión que sustentamos, examinemos algunos artículos que acuerdan el derecho de retención (Art. 1951 C.): el comodatario, por ejemplo, ejerce el derecho de retención sobre la cosa dada en comodato para que el comodante le dé en razón de esta cosa las expensas que haya hecho en su conservación y los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto. Pero no podría oponerlo por una deuda extraña al comodato, como la deuda resultante de un préstamo de dinero a mutuo hecho al comodante. Que las obligaciones recíprocas deben tener el mismo origen, también lo vemos en los artículos que reconocen el derecho de retención; así, por ejemplo: En el artículo 1629 C. en que las obligaciones resultan de la venta; en los casos de los artículos 1725 y 1730 C., que derivan del arrendamiento; en la hipótesis del artículo 1922 C., derivan del mandato, etc., etc.

Si, pues, en todos los casos en que la ley autoriza de una manera expresa el derecho de retención, encontramos siempre las circunstancias aludidas, es decir, que debe haber dos obligaciones recíprocas y relativas a una misma cosa, y además, que el crédito y la deuda tengan un mismo origen, deducimos que el derecho de retención debe acordarse siempre que se den las circunstancias que hemos indicado.

Veamos ahora algunas aplicaciones del derecho de retención, por vía de analogía: dice el artículo 1998 C.: «Los efectos que el que aloja en una posada introduce en ella, entregándolos al posadero o a sus dependientes, se miran como depositados bajo la custodia del posadero. Este depósito se asemeja al necesario y se le aplican los artículos 1994 y siguientes».



Este artículo no se refiere expresamente al derecho de retención, pero por las condiciones que exige y relacionándolo con el artículo 2221 C., se desprende que la ley ha querido establecerlo para el posadero. Los comentaristas razonan diciendo que la persona que llega a una posada celebra un doble contrato. Por una parte, confía al posadero su equipaje: éste es un depósito que la ley protege asemejándolo al necesario. El posadero tiene obligación de devolver al viajero su equipaje cuando éste le pide que se lo devuelva. Por otra parte el posadero le suministra a su cliente servicios, muebles, alimentación, etc., por cuyo motivo el pasajero es deudor en la posada. Estas dos operaciones son indivisibles y resultan de un hecho único: la entrada del viajero en la posada; de donde resulta que si el viajero no cumple con la obligación de pagar su cuenta, tampoco puede exigir al posadero que cumpla con la suya, que es la de devolverle los efectos que introdujo a su llegada. Y en los principios que rigen los contratos bilaterales encontramos también apoyo para esta solución (Art. 1360 y 1423 C.).

Iguales consideraciones pueden hacerse respecto del acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes hasta concurrencia de lo que se le deba por acarreo, expensas y daños (Art. 2221 C.).

Respecto de la agencia oficiosa tenemos otro caso: para las indemnizaciones a que se refieren los artículos 2041 y siguientes C. El derecho de retención pertenece al gerente sobre las cosas objeto de la gestión para garantizar el reembolso de las expensas útiles o necesarias. Por una parte, la deuda ha nacido con ocasión de la cosa. Por otra parte, el crédito que se quiere recobrar y la acción para el reembolso tienen el mismo origen. Pero el derecho de retención debe limitarse a las cosas para las cuales las impensas han sido hechas. Si el agente oficioso poseía otros bienes pertenecientes al dueño y con ocasión de los cuales no ha tenido que hacer gastos, no tendrá derecho a retenerlos.



En la confección de una obra material tenemos otro caso de aplicación del derecho de retención por vía de analogía: el fabricante u obrero a quien se le ha suministrado la materia para la confección (o sea cuando se trata de una venta) tiene derecho para retenerla hasta que se le hayan pagado íntegramente sus salarios. Por una parte esos objetos son la representación de su trabajo, y por consiguiente el gasto es relativo a la cosa. Por otra parte tienen el mismo origen, pues el crédito del salario y la deuda de la restitución resultan de un mismo contrato.

El artículo 643 C. establece el derecho de retención por vía de analogía para la especificación, pues el dueño de la materia tiene derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura; pero mientras ésta no haya sido pagada, puede el que hizo la obra nueva retenerla para seguridad de ese pago. Vemos, pues, que hay una indudable correlación entre la cosa retenida y el crédito reclamado, relaciones que derivan de un mismo hecho jurídico; por consiguiente, el derecho de retención se dá.

Otro caso encontramos en la retroventa. Por el pacto de retroventa, el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra (Art. 1679 C.). Aquí, como en los casos anteriores, tenemos: por una parte que la deuda ha nacido con ocasión de la cosa objeto de la retroventa; por otra parte que el crédito que se quiere cobrar y la acción para el reembolso tienen el mismo origen. Por consiguiente, el vendedor no puede entrar en la posesión de la cosa vendida sin antes haber satisfecho su obligación.

#### EFFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION

Estudiados los casos en que el derecho de retención tiene lugar, veamos ahora sus efectos.



Los herederos del propietario de la cosa retenida no pueden reclamarla mientras no hayan satisfecho al acreedor de su causante, el capital con intereses y costas, desde luego que se consideran como una misma persona con éste.

Lo mismo diremos del caso inverso: los herederos del que ha retenido la cosa no están obligados a devolverla mientras el propietario no cumpla su obligación, por la misma razón que los herederos se consideran como una misma persona con su causante. Los sucesores no son terceros.

Efectos del derecho de retención respecto del comprador.—El deudor, indudablemente tiene derecho de vender su cosa aun cuando se encuentre en manos del acreedor en calidad de retención, desde luego que no ha dejado de ser dueño de ella y que ninguna ley se lo prohíbe. Pero el dueño de la cosa no puede transmitir más derechos de los que él tiene (Arts. 663, 1616, 1619 y 1699 C.), y el propietario mientras no satisfaga su obligación no tiene derecho para poseer su cosa, no pudiendo, en consecuencia traspasar el derecho de tener la cosa en su poder. El propietario no puede recobrar la posesión para efectuar la entrega sino a condición de pagar la totalidad de su adeudo, porque no puede obligarse al acreedor a que se desapodere de ella. Esta misma excepción puede oponerse al comprador que trate de cobrar la cosa.

Los terceros acreedores quirografarios del propietario (deudor) bien pueden perseguir la cosa por las vías judiciales; pero no está obligado el retentor a entregarla mientras no haya sido totalmente pagado de su crédito. El derecho de retención puede oponerse al adjudicatario, quien no podrá entrar en posesión de la cosa mientras no le haya sido cumplida la obligación al acreedor.

En cuanto a los acreedores hipotecarios o privilegiados, hemos de distinguir dos casos: si la hipoteca o privilegio ha sido constituido con anterioridad al derecho de retención o si ha sido constituido con posterioridad.



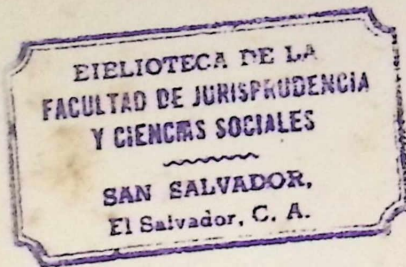
Como nada dice el Código al respecto, debemos guiarnos de acuerdo con las reglas de interpretación para lo estatuido en otras instituciones semejantes. Así, la anticresis no puede oponerse a los acreedores hipotecarios anteriores al contrato de anticresis, y el inc. 3º del Art. 2184 C. dice al efecto: «No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca». Lo mismo podemos afirmar de los otros créditos privilegiados, pudiendo establecer que la cosa retenida no puede exigirse por los acreedores privilegiados posteriores a la constitución del derecho del acreedor que retiene la cosa, y que el derecho de retención no perjudica los créditos privilegiados constituidos con anterioridad al derecho de retención.

Ausencia del privilegio sobre el precio.—El derecho de preferencia no puede resultar más que de la ley y ésta únicamente lo ha establecido para el privilegio y la hipoteca (Art. 2217 C.). El derecho de retención no es un privilegio, porque el privilegio es un derecho real y el derecho de retención hemos visto que no lo es, pues no da acción para perseguir la cosa en manos de terceros; el derecho de retención puede ser invocado como excepción, pero nunca bajo la forma de una demanda: únicamente confiere al acreedor la facultad de retener la cosa hasta que haya sido completamente pagado. El retenedor no tiene más que un derecho: negarse a devolver la cosa al deudor propietario; pero no tiene derecho a que se le pague con preferencia, como acreedor privilegiado. Está en la misma situación que los acreedores quirografarios. No obstante, el retentor se encuentra en una situación bastante análoga a la de los acreedores privilegiados, toda vez que no tiene obligación de desapoderarse de la cosa ínterin no haya sido totalmente pagado, y por consiguiente la cosa no puede adjudicarse a ellos ni a ningún otro hasta que se le haya cumplido al acreedor.



EXTINCION DEL DERECHO DE RETENCION

Se extingue: 1º por el cumplimiento de la obligación principal, pues siendo accesorio termina con el crédito a que está subordinado; 2º por desapoderarse voluntariamente de la cosa la persona que la retiene; 3º por enajenación del crédito que ha dado lugar a la retención, pues siendo de los derechos llamados personalísimos, no puede traspasarse, y 4º por pérdida o destrucción de la cosa. Aquí hemos de distinguir dos casos: cuando es debida a culpa del retentor, éste es responsable; cuando es por caso fortuito, la pierde el dueño, pues el retentor sólo responde de la culpa (Art. 1418 y 2144 C.).





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
BIBLIOTECA "DR. SARBELIO NAVARETE"

