

## EL DERECHO DE RETENCIÓN. UNA GARANTÍA BAJO SOSPECHA\*

Carlos Pizarro Wilson\*\*

### RESUMEN

El derecho de retención ha sido una garantía controversial a partir de su naturaleza forzada y atávica. En este trabajo se entregan los lineamientos necesarios para avanzar hacia su reconocimiento general, dejando atrás su carácter legal y excepcional, dotándolo de una mayor eficacia, a través de una acción restitutoria, una eficacia *erga omnes* y la realización y privilegio de la cosa para el pago del crédito conexo, asociado a los límites usuales del enriquecimiento a expensas de otro y el principio de la buena fe.

### ABSTRACT

Retention has been historically a contested guarantee. This paper intends to provide some general orientations required to move forward to its general acceptance, leaving behind its legal and exceptional nature; furthermore giving it more strength through a restitutory action, an *erga omnes* effect and acknowledging the creditor a stronger position regarding the payment of her related credit, limited, as usual, by unjust enrichment and good faith

### PALABRAS CLAVES

Garantías – derecho de retención – privilegios.

### KEY WORDS

Guarantees, retention, privileges.

---

\* Trabajo recibido con fecha 29 de diciembre de 2008, y aprobado el 16 de marzo de 2009. Este artículo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular n° 1085264 “Hacia la construcción de un sistema de remedios por incumplimiento contractual en el Código Civil” en que el autor es co-investigador.

\*\* Profesor de Derecho civil en la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: [carlos.pizarro@udp.cl](mailto:carlos.pizarro@udp.cl)

## Introducción

Sin duda el derecho de garantías ha padecido el último tiempo una creciente atención en diversos sistemas jurídicos. En Europa, la discusión sobre las formas de garantizar los créditos ha ocupado un lugar relevante.<sup>1</sup> La última reforma significativa se realizó en Francia, modificándose de manera íntegra el derecho de garantías.<sup>2</sup>

Nadie discute la importancia de esta parcela del derecho donde aparece con nitidez cómo los hechos van antes que el derecho. La dispersión legislativa en la materia responde a la presión de los mercados que con mayor innovación han ido creando diversas formas de asegurar los créditos, sin que concurra una política global para afrontar el dilema. En Chile, incluso, recientemente se reformó la prenda en la denominada ley de capitales 2, con las ingentes críticas por falta de prolijidad, coherencia y eficacia.<sup>3</sup>

Garantizar es, entonces, establecer un mecanismo jurídico eficaz para asegurar el eventual incumplimiento de una obligación propia o ajena. Entre esos mecanismos, encontramos al derecho de retención.

Este derecho constituye una garantía a favor de un sujeto que detenta una cosa de su deudor, la cual se niega a restituir mientras no se le satisfaga, a su turno, su propio crédito. Se trata de una garantía inmemorial, que podríamos sostener que responde a un sentimiento atávico de negarse a restituir lo que debemos a aquél que, a su turno, no nos paga. No te entrego lo que te debo, mientras no me pagues aquello que me adeudas. La retención es un mecanismo brutal, que “se intuye un concepto más fáctico que jurídico”.<sup>4</sup>

No cabe duda que es una garantía simple y eficaz de reconocimiento general en el derecho comparado, aunque hoy se disputan los ordenamientos que lo entienden como un principio

---

<sup>1</sup> Ver el libro, AA.VV, *Garantías reales inmobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, 615 pp.

<sup>2</sup> En Chile esta reforma fue comentada por Ríos Labbé, Sebastián, 2006. “La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 7, p. 89 y ss. Sobre el derecho de retención en particular en clave comparativa, p. 97 y 98, y nota n° 31; más reciente, Caprile Biermann, Bruno, “La reforma al derecho de cauciones en Francia: perspectivas para un devenir en Chile”, en *Estudios de Derecho civil III, Jornadas nacionales de derecho civil*, editor Alejandro Guzmán Brito Valparaíso, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 531 y ss. En particular, la nota n° 7, p. 533.

<sup>3</sup> Elorriaga de Bonis, Fabián, “La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento”, editor Carlos Pizarro Wilson, en *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas de Derecho Civil*, LegalPublishing, Santiago, 2009, (en prensa).

<sup>4</sup> Lauroba, María Elena, “La prenda gordiana ¿una figura a tener en consideración? (derecho de retención y prenda gordiana), en *Garantías reales inmobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 371.

general y otros, como el chileno, que lo limitan a determinados casos específicos.<sup>5</sup>

En los sistemas inspirados en el Código civil francés de 1804, que sólo reconocía la retención para hipótesis particulares, la institución se ha mirado con sospecha y distancia. De ahí una doctrina que hasta hoy le reconoce una aplicación restrictiva, excluyendo toda posibilidad de aplicación por analogía.<sup>6</sup> Aunque se verifiquen las mismas condiciones para la retención vigentes en una norma legal, la falta de reconocimiento típico impediría su aplicación por vía analógica.<sup>7</sup>

Sin embargo, los tiempos cambian, y aquello que un autor pudo describir como una “situación jurídica de técnica primitiva y carácter cuasi excepcional”,<sup>8</sup> hoy parece menos un dogma, y no pocos autores, y también ciertas legislaciones, han avanzado hacia una extensión de esta garantía para asegurar el pago de créditos.<sup>9</sup>

En Chile, tal como se indicó, el derecho de retención carece de un reconocimiento general.

---

<sup>5</sup> En Latinoamérica, véase el libro fundamental de Castro de Cifuentes, Marcela, *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, Colección Derecho Privado, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2004. En el derecho comparado puede constatarse un reconocimiento general del derecho de retención, aunque en forma diversa, hay derechos inspirados en el francés que sólo lo contemplan para casos especiales: el español, sobre el cual puede consultarse el artículo ya citado de Lauroba y Echavarría de Rada, Teresa, “En torno al derecho de retención”, en *libro homenaje a Luis Díez-Picazo*, Thompson Aranzadi, Madrid, 2006, p. 1765 y ss; también ocurre en el Código chileno, según veremos y en el colombiano. Según explica la profesora Lauroba se reconoce el derecho de retención en forma unitaria en el derecho alemán (parágrafo 273-274); el Código civil argentino en los artículos 3.939 y 3946; el Código suizo en los artículos 895 y ss.; el Código portugués (artículos 754 al 761); el Código de Québec en los artículos 1592 y 1593 y, de manera reciente el Código civil francés en el artículo 2286, Lauroba, cit. n. 4, p. 378. Para el derecho francés es fundamental la tesis, aunque precedente a la reforma, de Aynès, Augustin, *Le droit de retention. Unité ou pluralité*, Economica, Paris, 2005.

<sup>6</sup> Para Fueyo Laneri “En Chile...no se organiza en forma sistemática el derecho en estudio, sino que el Código civil y las leyes en general lo acuerdan en diversas hipótesis diseminadas a través de toda la legislación. Por otra parte, conforme lo entienden los autores nacionales y la jurisprudencia uniforme de nuestros tribunales de justicia, no puede aplicarse el derecho de retención por vía de doctrina general o por analogía, sino solamente en los casos que señaladamente establece la ley. En consecuencia, se requiere de un texto expreso para cada caso”, Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Jurídica, Santiago, 1991, 527 y 528.

<sup>7</sup> Una evolución distinta tuvo lugar en la jurisprudencia francesa, la cual reconoció un principio general de retención bajo el cumplimiento estricto de las condiciones de la institución. Véase sobre esta evolución Catala-Franjou, Nicole. 1967. “De la nature juridique du droit de retention”, *RTD civ.*, p. 9 y ss.; luego de la reforma, ver el comentario de Simler, Philippe, 2006. “dispositions générales du livre IV nouveau du Code civil”, *JCP*, n° 20, p. 2, quien afirma “el derecho de retención se había convertido en un principio sin que la ley lo dijera. El nuevo artículo 2286, llena esa laguna, confirmando por el lugar en el Código que ocupa, que tiene eficacia tanto respecto de bienes muebles como inmuebles”.

<sup>8</sup> Beltrán de Heredia de Ons, Pablo, *El derecho de retención en el Código civil español*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955, p. 11.

<sup>9</sup> Como se indicó, en forma paradigmática el derecho francés.

Sólo aparece disperso en un puñado de artículos sin que pueda afirmarse la existencia de un régimen legal afinado. Esta ausencia de regulación sistemática suscita controversia acerca de la naturaleza jurídica, sobre las condiciones para su procedencia, sus efectos e, incluso, respecto al término o extinción de este derecho.<sup>10</sup>

En lo que sigue quisiera re-visitara este viejo instituto del derecho de retención en tanto garantía controversial. Plantearé la necesidad de extender el derecho de retención, y, por otra, de dotarlo de características homogéneas que permitan erigirlo en una garantía más eficaz. Ambos aspectos, creo, discutibles, servirán para delinear un régimen legal apropiado.

## **I. Hacia una necesaria extensión del derecho de retención**

El derecho de retención se ha mantenido arraigado en la excepción. Sin embargo, renovar la institución para una mayor eficacia implica avanzar en dos sentidos: por una parte, formular un principio general de retención, y por otra, consagrar una acción de restitución en caso de despojo.

### **A. El principio**

El derecho de retención no aparece recogido en la legislación en forma unitaria. Es usual en la jurisprudencia, así como en la doctrina entenderlo como una excepción.<sup>11</sup>

Una verdadera anomalía en el sistema de garantías que se acomoda mal a las otras de naturaleza tradicional, como la prenda o la hipoteca.<sup>12</sup> Además, se le considera improcedente

---

<sup>10</sup> En Chile, sin embargo, el derecho de retención no ha suscitado la atención de la Doctrina. Con todo puede consultarse, en términos generales, Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Jurídica, Santiago, t. II, 4ª edición, 2005, n° 947, p. 849 y ss., quien expone sobre este derecho bajo el título de quien lo trata en forma muy escueta y general. Existen algunas Memorias de Prueba de pregrado, las cuales se irán citando en este trabajo.

<sup>11</sup> Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 854, quien manifiesta la imposibilidad de reconocer casos de retención fuera de los señalados por ley. Sin perjuicio de esta constatación, el autor se manifiesta favorable a una modificación legal del Código civil a fin que recoja una regulación general del derecho de retención, p. 855. En la jurisprudencia puede consultarse la interesante sentencia, aunque en sede penal, que declaró “el derecho de retención que la ley concede al arrendador para garantizar el pago de la renta por parte de su arrendatario, debidamente declarado mediante sentencia judicial ejecutoriada, y que comprende bienes muebles de propiedad de este último, sólo confiere acciones civiles para los efectos de su persecución y realización, con la preferencia legal de segunda clase...”. Corte Suprema, 7 de junio de 2006, Rol 3763-2003, n° identificador Legal Publishing 34557. Se trataba de una querrela por el delito de apropiación indebida tipificado en el artículo 470 n° 1 del Código penal, siendo desestimada la vía penal al no proceder la asimilación del derecho de retención con el depósito.

<sup>12</sup> Con todo, debe recordarse que el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil dispone que los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. Así, tratándose de un bien mueble, se aplicará el artículo 2474 del Código civil que consagra al acreedor un privilegio especial de segunda clase. Volveré sobre esto.

en todos aquellos casos en que no exista una disposición legal que así lo reconozca o que las partes lo hayan acordado por vía convencional.<sup>13</sup> O es la ley o son las partes, estando vedado a los tribunales crear de manera pretoriana derechos de retención. Las fuentes del derecho de retención son el Código civil u otras leyes especiales. Se trata de una enumeración taxativa. No hay, entonces, más casos de retención que aquellos recogidos expresamente por la ley.<sup>14</sup>

El principio de excepción que inunda el derecho de retención arranca del artículo 2392, inciso 2º, relativo a la prenda, según el cual: “No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes expresamente designan”.

De ahí que sea un lugar común afirmar la imposibilidad de extender el derecho de retención a situaciones en que, si bien se cumplen sus condiciones, no aparece una regla expresa que lo otorgue. No existiría legitimidad para retener una cosa ajena esgrimiendo como fundamento un crédito ejecutable respecto al dueño del bien quien, al mismo tiempo, reclama la restitución.

En Chile esta es la opinión común basada en argumentos de texto. Se cita no solo el artículo 2392 inciso 2º relativo a la prenda, sino también los artículos 545 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 92 de la Ley de quiebras, los cuales utilizan expresiones similares que hacen referencia a la consagración legal de la retención.<sup>15</sup>

Hay una percepción sospechosa respecto a quien se hace justicia por propia mano, reteniendo la cosa, sin ley que lo habilite.

La ausencia de un reconocimiento general del derecho de retención no ha impedido a

---

<sup>13</sup> Un ejemplo de retención convencional en contrato de prenda sin desplazamiento bajo el amparo de la antigua ley, en Corte Suprema, 23 de abril de 2007, n° identificador LegalPublishing 36236.

<sup>14</sup> La mayoría están en el Código civil. La recensión de casos dispuestos puede consultarse en Caprile, “La reforma”, cit. n. 2, p. 533, nota n° 7, ya citada. También ver Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 852 y siguientes, que agrega a la anterior, los artículos 151 y 284 del Código de comercio y el artículo 92 de la Ley de quiebras. Debe tenerse en cuenta, también, el artículo 183 C de la Ley 20.123, el cual dispone en su inciso 3º que en el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o de aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este párrafo; y, por último, el artículo 22 de la Ley 20.190, sobre prenda sin desplazamiento: “El arrendador podrá ejercer su derecho legal de retención sobre especies dadas en prenda, sólo cuando el contrato de arrendamiento conste en escritura pública otorgada con anterioridad a la correspondiente inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. El decreto judicial que declare procedente la retención deberá inscribirse en el Registro de Prendas sin Desplazamiento”. Una antigua Memoria se ocupó de elaborar el listado, Arce Molina, Oscar, *Casos de procedencia del derecho de retención*, Imprenta Mackenney, Santiago, 1926.

<sup>15</sup> Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 854. Quien agrega como argumento que la retención otorga un privilegio, los cuales sólo pueden establecerse por ley.

sistemas jurídicos similares al chileno avanzar hacia una aplicación por analogía o, de manera más osada, reconocer un principio de retención por vía jurisprudencial. Esta práctica se basa en un ejercicio judicial de reconocimiento de las condiciones esenciales de la retención.

Un ejemplo próximo lo constituye el derecho colombiano. A partir del mismo Código civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha extendido el derecho de retención previsto en el artículo 2000 –que corresponde al artículo 1942, inciso 2º del Código civil chileno- a favor del arrendador a contratos de arrendamiento de obra material y de arrendamiento comercial. La Corte Suprema de Colombia en sentencia de 6 de mayo de 1969, hace aplicable dicha disposición al contrato de arrendamiento para la confección de una obra material. Si bien parte indicando la ausencia de un principio general de retención, luego por analogía y rompiendo con la interpretación restrictiva, lo extiende al arrendamiento de obra material.<sup>16</sup>

Sin duda la jurisprudencia francesa ha sido más prolífica en la creación pretoriana de un principio general de retención hasta antes de la reforma de 2004. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, en que comienza a decaer la denominada Escuela de la Exégesis, la Corte de Casación inicia un proceso paulatino y definitivo de construcción del principio general de retención.<sup>17</sup> A mediados del siglo XX, la Doctrina francesa era unánime en la admisión de la retención como principio general.<sup>18</sup>

Estos ejemplos muestran que en ocasiones resulta necesario extender la aplicación del derecho de retención, a fin de otorgarle una mayor eficacia. Pero, además, plantean la interrogante sobre la necesidad de avanzar hacia un principio general de retención.

Consagrar un principio de retención no debiera tener por objetivo dilucidar los fervientes, y quizá un tanto inútiles debates, sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención;<sup>19</sup> pero sería una buena ocasión para delinear con claridad el régimen legal de la institución, teniendo en vista una mayor eficacia de esta garantía a favor del retenedor. De esta manera, es cierto, podrá sacrificarse la calificación exacta del derecho de retención, la cual ya sabemos nunca ha quedado zanjada. No podrá dilucidarse si debemos considerarlo un derecho personal o un derecho real, o una simple forma de ejecución procesal. De hecho, el debate acerca de la calificación del derecho de retención ha cedido a una visión más pragmática del mismo. El profesor Simler, quien comentando la reforma al derecho de garantías francés, con una radical sinceridad fáctica, plantea que debiera entenderse la retención como “una situación de hecho a la cual la ley le reconoce bajo el cumplimiento

---

<sup>16</sup> Castro de Cifuentes, *El derecho de retención*, cit. n. 5, p. 39 y 40.

<sup>17</sup> Sobre la evolución, Cassin, René, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, p. 151 y ss.

<sup>18</sup> Ver Catala-Franjou, “De la nature”, cit. n. 7, p. 15 y 16.

<sup>19</sup> Sobre esto es fundamental el texto de Catala-Franjou, “De la nature”, cit. n. 7, p. 15 y ss.

de ciertas condiciones efectos de derecho que, en la práctica, son cercanos a una garantía”.<sup>20</sup>

Este principio general de retención permitiría reconocer la facultad de retener a cualquier acreedor, bastando que se verifiquen las condiciones para su eficacia, con independencia que un texto legal lo reconozca o no en forma expresa. Esta forma de ver el derecho de retención evitaría situaciones inicuas, en que a sujetos en una situación análoga se les trate de manera distinta, al mismo tiempo abriría la posibilidad de forzar al deudor titular de la cosa retenida al pago de su deuda.

En contraste con la jurisprudencia colombiana y francesa, en Chile no existe un movimiento jurisprudencial que favorezca el reconocimiento de un principio general de retención. Tampoco es probable que dicha realidad varíe por medio de la interpretación o aplicación por analogía de los casos específicos de retención que consagra la legislación. En nuestro país, la ley no suele ir detrás de la jurisprudencia, sino que los tribunales para lograr quebrar una tradición arraigada requieren una reforma legal que así lo disponga. Por eso veo difícil que la jurisprudencia nacional cambie el paradigma de considerar a la retención como una excepción, siendo necesario, entonces, una reforma legislativa para lograr un verdadero impacto en este ámbito.<sup>21</sup>

## B. La tenencia de la cosa y la acción de restitución

La doctrina coincide en gran parte al explicar las condiciones de la retención. Se explica la necesidad de una regla expresa que la consagre, la tenencia de la cosa por el deudor que se resiste a la entrega, un crédito del deudor de la restitución con el acreedor de ésta, siendo exigible una conexión entre dicho crédito y la cosa que se retiene. Este conjunto de condiciones habilita al retenedor para diferir el plazo de entrega hasta la ejecución del crédito a su favor.<sup>22</sup> Hay una importante homogeneidad en los elementos constitutivos. Ahora, la principal condición radica en entender que para que se verifique, el retinente debe tener una cosa de su deudor. En una frase más que elocuente se suele indicar que “para retener hay que tener la cosa”. Esta condición *sine qua non* del derecho de retención puede ser revisada, también en dos sentidos.

Hay dos palabras relevantes en la exigencia de tener una cosa. El verbo tener, lo cual

---

<sup>20</sup> Simler, “Dispositions”, cit. n. 7, p. 6.

<sup>21</sup> Esto sin perjuicio de la necesidad en Chile de avanzar en una reforma global al sistema de garantías más acorde con el tráfico contractual contemporáneo.

<sup>22</sup> Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 854 y ss.; Fueyo, *Cumplimiento*, cit. n. 6, p. 522; Téllez Calderón, Arturo, *Derecho de retención*, Talleres Gráficos, Santiago, 1926, p. 35 y ss., quien habla de posesión de la cosa y agrega la declaración judicial del derecho. Esto último es errado, pues la declaración no constituye un elemento de la retención, sino que se asocia a sus efectos. Venegas Rodríguez, Rubén, *El derecho de retención. Doctrina, legislación comparada, jurisprudencia*, Nascimento, Santiago, 1955, p. 141 y ss.

implica determinar qué debe tenerse y por otra, la cosa, qué cosas pueden ser susceptibles de retención.

La primera y fundamental consecuencia de la cosificación del derecho de retención exige tener para retener. Si el acreedor pierde la cosa dejaría de ser titular del derecho de retención.<sup>23</sup> Esto no admite ninguna dificultad si el desprendimiento es voluntario, pues de esa forma se pone término a la retención. En efecto, el titular del derecho de retención al dejar las cosas en manos de su deudor consiente en la extinción de la retención. Se trata de una renuncia al derecho generando la extinción de pleno derecho. Eso sí, aún la renuncia voluntaria a la retención al entregar la cosa, no implica la extinción del derecho personal o crédito contra el dueño de la cosa, salvo remisión o donación de la deuda.

La interrogante radica en determinar si el sujeto titular del derecho de retención, al perder la tenencia de la cosa, se produce la extinción de su derecho en forma irremediable con independencia de las circunstancias en que ocurrió el desprendimiento o; en cambio, cabría la facultad de aquel para exigir la restitución por vía de acción judicial.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Fueyo, *Cumplimiento*, cit. n. 7, p. 528, quien indica como forma de extinción la pérdida de la cosa; coincide Abeliuk, cit. n. 10, p. 859, quien explica que la retención no otorga derecho de persecución, “es de la esencia del derecho en estudio una situación de hecho: que el retenedor tenga la cosa en su poder, de manera que si deja de estarlo, ya no puede acogerse a él. Sólo judicialmente declarado podría reconocerse semejante derecho de persecución...”; en el mismo sentido al comparar el derecho francés con el chileno, Caprile, “La reforma”, cit. n. 2, p. 534, quien indica “En consecuencia, en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en Francia, el derecho no sólo permite al acreedor retener la cosa sino además instar por su realización para la obtención del pago de su acreencia (artículo 545 CPC.) y le confiere también una causal de preferencia. Al igual que en Francia, no confiere derecho de persecución”.

<sup>24</sup> La Corte Suprema de Colombia sostuvo el 25 de agosto de 1953 que “no es de admitirse que el que ha perdido la detentación de la cosa, pueda reclamarla por vía de acción para ejercitar el derecho de retención, salvo que haya sido despojado violenta o clandestinamente, porque en tal caso no es el derecho de retención el que se ejercita, sino el derecho que corresponde a cualquier poseedor (art. 984)”. Citado por Cifuentes de Castro, cit. n. 5, p. 59.

Esta sentencia da un paso en el sentido de reconocer la facultad al retenedor, no en esta calidad, sino en la de poseedor para recuperar la cosa mediante una acción especial de prescripción breve, nada más 6 meses.

Pero la sentencia más relevante en este aspecto, es aquella del 3 de mayo de 1961. En el voto de mayoría se señaló que:

Si quien retiene queda privado del objeto por su voluntad o vías de derecho, la garantía legal desaparece por sustracción de la materia. Pero cuando es despojado por vías de hecho, se exige que sea restituido, precisamente para que pueda hacer valer su posición exceptiva absoluta contra todo el mundo, mientras el crédito que garantiza no se extinga por alguna causa legal.

Se consagra, así, a favor del retenedor despojado la acción restitutoria, que se justifica no en una situación de hecho, sino en la retención como derecho, que se predica *erga omnes*.

Por su parte, el voto de minoría, recogiendo la jurisprudencia anterior, y citando abundante doctrina comparada, incluso chilena, niega lugar a la acción restitutoria, sino sólo aquella especial del artículo 984. Es la tenencia de la cosa de la cual ha sido despojado y no el derecho de retención, lo que habilita al acreedor para ejercer la acción extraordinaria de amparo o querrela de despojo violento. Ver Castro de Cifuentes, cit. n. 5, p. 58.



Esta controversia se asocia con la calificación jurídica de la institución. Para aquellos que lo consideran un derecho real parece difícil justificar la ausencia de una acción para recuperar la cosa, al mismo tiempo que al entenderlo como un derecho personal no queda sino excluir toda acción restitutoria.

En Chile, en forma unánime se excluye toda acción restitutoria.<sup>25</sup> Pero tampoco se ha esgrimido el artículo 928 del Código civil como una respuesta al titular del derecho de retención despojado en forma violenta de la cosa. Aunque esta alternativa queda restringida a los inmuebles o derechos reales constituidos sobre inmuebles, según prescribe el artículo 916 del Código civil.

El artículo 928 del Código civil señala: “Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses”.

Sin duda esta regla permitiría al retenedor recurrir ante la justicia para la restitución de la cosa cumplidas las condiciones exigidas. Eso sí, quedará sometido al régimen especial de la querrela de amparo quedando excluidos los bienes muebles. Es la forma en que ha ocurrido, aunque sin unanimidad, en la jurisprudencia colombiana.<sup>26</sup> Ésta asume la necesidad de proteger al retenedor del despojo de la cosa. Lo hace consagrando la acción restitutoria o a través de la acción de amparo. Sin embargo, este espacio de duda debiera excluirse determinando de manera general la procedencia de la acción real en caso de despojo sin la restricción de la naturaleza del bien inmueble, ni el plazo breve de prescripción de seis meses. No parece posible, al menos en el estado actual de nuestra jurisprudencia, avanzar hacia un reconocimiento de la acción restitutoria sin un precepto legal que así lo establezca. Por consiguiente, sólo quedaría conformarse con la posibilidad de recurrir al artículo 928 del Código civil con las limitaciones ya descritas.

---

<sup>25</sup> Caprile, “La reforma”, cit. n. 2, p. 533, nota n. 7; Fueyo, *Cumplimiento*, cit. n. 7, p. 528; Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 859.

<sup>26</sup> Castro de Cifuentes, *El derecho de retención*, cit. n. 5, p. 58 y ss. y la posición de la autora en p. 64, citando el artículo 984 del Código civil colombiano idéntico a nuestro artículo 928, aunque sin mencionar que sólo cabría aplicarlo a los inmuebles o derechos reales constituidos en estos. Con todo la jurisprudencia colombiana que no es unánime en el punto ha sostenido la procedencia de la acción reivindicatoria en sentencia de 3 de mayo de 1961, reconociendo en forma expresa el derecho de persecución. En contra de esta posición., la misma Corte en sentencias de 27 de octubre de 1938 y de agosto de 1953 negó la acción reivindicatoria, aplicando el artículo 984 del Código civil colombiano.

En la reforma francesa se introduce una frase elocuente sobre este asunto: “el derecho de retención se pierde por el desprendimiento voluntario”, lo cual confirma, a contrario, que debe perdurar en la hipótesis de despojo involuntario, dando lugar a la acción reivindicatoria y así se reconoce el derecho de persecución.

En suma, hoy parece necesario dotar a la retención del derecho de persecución en la hipótesis de despojo involuntario. Si bien puede recurrirse a al artículo 928 del Código civil con las limitaciones ya destacadas, una mayor precisión sería bienvenida de parte del legislador. En este sentido debiera orientarse una reforma legal particular sobre el derecho de retención o más amplia si considera en su conjunto el derecho de garantías. Por lo demás, la importancia de la retención es mayor tratándose de bienes muebles. La acción reivindicatoria daría un vigor necesario para el amparo del retenedor frente al despojo del bien cualquiera sea su naturaleza.

El segundo aspecto relativo al elemento de tenencia de la cosa, refiere a qué cosas pueden ser objeto del derecho de retención. Podríamos agregar que las hipótesis de retención no siempre exigen la tenencia de la cosa. Así ocurre en materia de arrendamiento. El arrendador para asegurarse el pago de la renta e indemnizaciones de cargo del arrendatario puede retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto y que le pertenecieren, existiendo una presunción legal a este respecto. No cabe duda que estamos frente a una situación particular. En efecto, el arrendador nada tiene, salvo el derecho de retención sobre bienes que no están en su poder.

La tesis citada del profesor Aynès pretende incluir dentro del ámbito de aplicación de la retención las cosas incorporales, excluyendo así, el elemento de materialidad tradicional de la retención. La condición esencial de la retención no estaría en la tenencia material, sino en la conexión de la cosa y el derecho o crédito involucrado. Se propone de una vez acoger el derecho no sólo sobre bienes corporales, sino también sobre bienes incorporales. En su opinión, la retención tendría su esencia en el poder de bloqueo del retenedor, más que en la tenencia de la cosa. Se trata de una opinión osada que rompe con la tradición de una de las condiciones más compartidas de la institución.<sup>27</sup>

Sin embargo, si bien la retención responde a la naturaleza humana como mecanismo primitivo de coerción para el cumplimiento de las obligaciones, este derecho sobre cosas incorporales ya sería una pura construcción jurídica. Estos argumentos, en principio, deberían justificar el rechazo a la extensión de la retención sobre bienes incorporales. En efecto, esta posición, en mi opinión, va demasiado lejos, al desnaturalizar a la retención de su elemento

---

<sup>27</sup> Aynès, *Le droit*, cit. n. 5, p. 22 y ss.

más humano y atávico, la retención material de la cosa. Por eso la condición para ejercer el derecho de retención es que se trate de una cosa corporal mueble o inmueble. Existe una clara materialidad necesaria para poder ejercer este derecho. Esta condición ha sido establecida a partir de las hipótesis dispersas en que se recoge el referido derecho de retención. Así, entonces, quedó escrito con rigor la necesidad de una cosa corporal.

## II. Hacia una mayor eficacia del derecho de retención

Para que una garantía sea satisfactoria debe ser eficaz. Al derecho de retención se le atribuye este atributo al quedar en manos del acreedor gestionar la garantía con la retención de la cosa. Sin embargo, ciertos aspectos dispersos y confusos de su régimen legal le restan eficacia.

A continuación en esta segunda parte revisaré ciertos aspectos relativos a los efectos del derecho de retención y a su ejercicio.

### A. Los efectos del derecho de retención

Un primer aspecto que permite al derecho de retención una real eficacia es su oponibilidad *erga omnes*. Si bien algunas dudas se suscitaron sobre la oponibilidad en el evento de transferencia de la cosa a un tercero, hoy existe consenso que dicho tercero debe respetar el derecho de retención, pudiendo recuperar la cosa sólo en el evento que pague el crédito pendiente.<sup>28</sup> En otros términos, si fallece el dueño de la cosa o la transfiere, tantos los herederos como el sucesor por causa entre vivos deberá respetar el derecho de retención. No existe como condición del mismo que tenga que ejercerse contra el dueño primigenio de la cosa al momento de nacer el crédito que los justifica y con el cual se conecta. Otra forma de entenderlo llevaría a una forma fácil y burda de burlar la retención mediante la enajenación del bien.

Una cierta atenuación se verifica tratándose de derechos reales constituidos sobre la cosa con anterioridad al crédito del cual se prevalece el titular del derecho para retener la cosa. En este caso debe primar el derecho real constituido con anterioridad.

Es cierto que puede ocurrir que el nuevo titular de la cosa no pague una deuda propia, pudiendo entonces subrogarse en los derechos del retenedor para exigir el reembolso, según las reglas generales.

---

<sup>28</sup> En este sentido, la jurisprudencia colombiana, la cual es unánime en el reconocimiento del efecto *erga omnes* del derecho de retención. La sentencia del 25 de agosto de 1953 cristaliza esta posición al sostener que: “el respeto a la retención se convierte en un deber del propietario, debiendo entenderse que incluye tanto al propietario original (deudor) como a los sucesivos adquirentes, con un carácter de obligación *propter rem*”. Castro de Cifuentes, *El derecho de retención*, cit. n. 5, p. 67.

La eficacia *erga omnes* dice relación, también, con la quiebra del dueño de la cosa. En relación a la quiebra, el artículo 71 establece que el titular del derecho de retención de un bien de propiedad del fallido no puede ser privado del bien en cuestión sin pagarle o garantizar dicho pago.<sup>29</sup> Incluso, la retención, puede declararse con posterioridad al auto de quiebra.<sup>30</sup>

Un aspecto relevante de la retención en cuanto a sus efectos estriba en dilucidar la facultad de realización y privilegio que otorga esta especie de garantía.

Esta cuestión que es una usual controversia la resuelve el Código de Procedimiento Civil al asimilar la retención según el tipo de bien, a la prenda o a la hipoteca. La asimilación a estas garantías una vez declarado judicialmente el derecho de retención deja a su titular en vías de realizar el bien para el pago del crédito con la preferencia atingente. En efecto, el artículo 546 del CPC indica que los bienes retenidos “serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan”.<sup>31</sup>

Con todo, la retención, como es obvio, no impide, al acreedor retenedor ejercer su derecho de prenda general con el fin de rematar la cosa, no en virtud de la retención, sino de su derecho de crédito.

## B. El ejercicio del derecho de retención

Por último es necesario resaltar que el derecho de retención debe cumplir en cuanto a su ejercicio ciertas condiciones. No puede ser fuente de enriquecimiento, ni puede contradecir la buena fe.<sup>32</sup> En otros términos, el retenedor queda impedido de obtener lucro a partir de la retención o realización de la cosa. Es por eso que una sentencia señaló que los frutos que produzca la cosa pertenecen al dueño de la misma y no al retenedor.<sup>33</sup> En este caso el rechazo al enriquecimiento a expensas de otro sin una causa justificada impide un beneficio para el retenedor que exceda el crédito que detenta contra el dueño del bien.

---

<sup>29</sup> El artículo 92 de la Ley de Quiebras señala que “aparte de los casos expresamente señalados por las leyes, la retención tendrá lugar siempre que la persona que ha pagado o se ha obligado a pagar por el fallido, tenga en su poder mercaderías o valores de crédito que pertenezcan a aquél, con tal que la tenencia nazca de un hecho voluntario del fallido, anterior al pago o a la obligación, y que esos objetos no hayan sido remitidos con un destino determinado”.

<sup>30</sup> Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 849.

<sup>31</sup> La retención de inmuebles tiene preferencia de 3ª clase, según el artículo 2480. La prenda goza en conformidad al artículo 2474 de privilegio de 2ª clase.

<sup>32</sup> Castro de Cifuentes, *El derecho de retención*, cit. n. 5, p. 92, quien da ejemplos de abuso del derecho de retención, aunque se trata de situaciones de falta de elementos esenciales para que nazca el derecho de retención.

<sup>33</sup> Fallos del Mes, n° 448, sentencia n° 11, p. 401, citado por Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 858.

Tampoco el retenedor puede abusar del derecho de retención contraviniendo el principio de la buena fe. Aunque aquí entramos en un terreno difuso que por regla general queda entregado a la discreción judicial bajo ciertas pautas elaboradas por la Doctrina y la Jurisprudencia. Como cualquier derecho, su titular no puede ejercerlo de manera contraria a un estándar de conducta exigible a un contratante racional. En efecto, son conocidas las manifestaciones del principio de la buena fe que a estas alturas se ha transformado en el “principio de principios” al justificar directrices de comportamiento de los contratantes durante todo el íter contractual. Para la hipótesis específica del derecho de retención puede sostenerse que la buena fe impide a un sujeto de derecho retener una cosa cuyo valor excede en forma significativa el crédito contra el dueño.

### **Conclusión**

El objetivo del presente trabajo ha sido presentar las principales controversias sobre el derecho de retención entendido como una garantía primitiva a la cual la Doctrina no le ha prestado mayor atención. Sin embargo, la reforma al derecho francés en materia de garantías y la jurisprudencia colombiana a partir de un Código análogo al nuestro han avanzado en dotar de mayor eficacia a este instituto. Esta finalidad de avanzar en una mayor eficacia requiere, en mi opinión, establecer por vía legislativa un reconocimiento general del derecho de retención. De esta manera se evita una aplicación fragmentaria y dispersa del derecho de retención.

En segundo término, el derecho de retención debe quedar amparado por una acción de restitución en caso de pérdida de la cosa de manos del retenedor sin su voluntad. Este derecho debiera, también, tener una consagración legal. Con independencia de la naturaleza jurídica que se le otorgue al derecho de retención su régimen legal debe contemplar dicha acción persecutoria. Esta reforma legal evitaría abusos contra el retenedor por vía de despojos del bien. Sin perjuicio de la necesidad de promover dicha reforma legal, debe concluirse que en la actualidad el Código civil admite el recurso a la querrela de amparo del artículo 928 del Código civil como una forma alternativa para perseguir el bien inmueble en el evento de un desposeimiento violento. Sin embargo, esta vía legal no cumple el objetivo general de reconocimiento de una acción persecutoria a favor del retenedor dadas las restricciones previstas en el artículo 928. La reforma legal, en este sentido, evitaría el debate sobre la naturaleza real para dotar de dicha acción, ni tampoco sería necesario discutir sobre el carácter cerrado del listado de derechos reales del Código civil.

El efecto *erga omnes* no admite discusión aunque exista sucesión de la cosa de las manos del dueño de la misma, lo cual sumado a la facultad de realización y privilegio asociado bajo la regla del artículo 546 del CPC permite la construcción de una forma de ejecución forzada de la obligación eficaz y adecuada. En caso contrario sería fácil burlar el derecho de retención mediante la enajenación del bien a un tercero.

Este régimen legal primario del derecho de retención tiene como corolario los límites establecidos por el principio que veda el enriquecimiento a expensas de otro y aquel de la buena fe. El ejercicio del derecho de retención no puede significar un enriquecimiento para el retenedor quedando sujeta la realización del bien al límite del crédito detentado por el retenedor. Por su parte la buena fe impide un abuso del derecho de retención quedando sometido el retenedor a pautas de comportamiento de un sujeto normal y leal.