



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Departamento de Derecho Privado

**EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN EN CHILE Y NOCIONES EN EL  
DERECHO COMPARADO**

**Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales**

**INTEGRANTES:**

-CESAR ALEJANDRO REYES RODRIGUEZ  
-ALEJANDRA ANDREA JARA VARGAS

**PROFESOR GUIA:**  
AMBROSIO RODRIGUEZ QUIROZ

Santiago, Chile  
2008

I INTRODUCCIÓN	01
II CONCEPTO DE DERECHO DE RETENCIÓN	03
1.- Doctrina francesa	03
2.- Doctrina italiana	05
3.- Doctrina española	06
4.- Doctrina chilena	6
III ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN	
1.- La retención en el derecho romano	15
2.- Derecho español precodificado	20
3.- Código civil español	24
4.- Derecho francés	24
5.- Derecho alemán	28
6.- Código Civil suizo y federal de las obligaciones	30
IV EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE	32
1.- Generalidades	32
2.- Requisitos del derecho de retención	32
3.- Efectos de la retención legal	36
4.- Maneras como se puede hacer valer el derecho legal de retención	39
4.1.- Como acción	39
4.2.- Como excepción	40
5.- Del procedimiento que puede emplearse para obtener la declaración judicial del derecho de retención	41
6.- Rol que desempeña en el derecho legal de retención la declaración judicial que lo concede y la inscripción en el registro de Hipotecas del decreto judicial que lo concede, cuando las cosas que se pretenden retener son inmuebles	43

7.- Estudio particular de los casos en que nuestro código civil autoriza el derecho legal de retención en los distintos contratos en particular. otros casos de retención.

	46
7.1 Artículo 669. Accesión de cosas muebles a inmuebles	49
7.2 Artículos 754 y 800. Propiedad fiduciaria y usufructo	50
7.3 Artículo 890. Cosas que pueden reivindicarse	54
7.4 Artículo 914: Prestaciones Mutuas.	54
7.5 Artículo 1826: Derecho de retención del vendedor	55
7.6 Artículo 1872: Depósito del precio por parte del comprador	57
7.7 Artículo 1937: Derecho de retención del arrendatario.	58
7.8 Artículo 1942: Derecho de retención del arrendador.....	61
7.9 Artículo 2162: Derecho de retención del mandatario...	63
7.10 Artículo 2193: Derecho de retención del comodatario	65
7.11 Artículo 2234 y 2235: Derecho de retención del depositario	66
7.12 Artículos 2240, 2241 y 2248: Depósito necesario.....	67
7.13 Artículos 2250 y 2253: La retención en el secuestro	68
7.14 Artículo 2401: Prenda tácita.	68
7.15 Artículo 2440: Anticresis .	72
V CONCLUSIÓN.	74
VI BIBLIOGRAFÍA...	75

## I.- INTRODUCCIÓN

Nos hemos propuesto el estudio del derecho legal de retención, dado que constituye una eficaz garantía para el pago de una obligación. Particularmente cuando esta tiene su origen en los gastos, mejoras y expensas que se han invertido en una cosa ajena que debe ser devuelta.

Uno de los aspectos más complejos de salvar en materia de obligaciones es el relativo al cumplimiento forzado de las mismas, es decir, a que instituciones jurídicas recurrir para compeler al deudor de una obligación a que cumpla con lo debido. Quizás la manera más común de lograrlo será la constitución de una caución, sea esta real o personal, esto es que una cosa o patrimonio quedan afectos al cumplimiento de dicha obligación. Pero de la propia naturaleza de las cauciones resulta que estas deben ser constituidas por el deudor o por un tercero, es decir, debe concurrir la voluntad de quien se va a obligar por lo que en ocasiones resulta de muy difícil aplicación práctica.

A diferencia de lo señalado precedentemente, el derecho legal de retención nace como una garantía real legal, sin considerar para su aplicación la voluntad del deudor de la obligación, lo que innegablemente la hace ser una garantía más eficaz.

Además, la cosa que esta afecta al cumplimiento de la obligación, esto es, la cosa retenida, esta en poder del acreedor con anterioridad al hecho de constituirse en una garantía, por lo que no existe el peligro que la cosa no pueda ser habida o ya no exista al momento de hacerse efectiva tal garantía. Tampoco esta la dificultad de encontrar bienes con posterioridad con los cuales hacer efectivo el cumplimiento de la obligación pendiente.

Las anteriores son solo algunas de los aspectos relevantes de esta institución y por los cuales hemos decidido realizar su estudio. El que será desarrollado de la siguiente forma.

En las siguientes líneas, primeramente expondremos diversos conceptos adoptados por la doctrina en relación al derecho legal de retención.

Luego se hará una referencia al origen histórico con especial énfasis en el Derecho Romano, que contempla al derecho de retención como manifestación de la exceptio doli, dentro del procedimiento formulario (agere per formula) así como también veremos su consagración legislativa en los sistemas jurídicos de Francia, España, Italia, Alemania y Suiza.

Acto seguido se expondrá la manifestación del derecho de retención en Chile, particularmente en los contratos regulados por el Código de Bello y en otras instituciones, como también a la forma de hacer valer este derecho en juicio, en relación a lo cual, durante nuestra investigación, pude apreciar que la doctrina no es uniforme.

Finalmente, se expondrá nuestra opinión respecto a la posibilidad de establecer en Chile un sistema general de retención y no taxativo como el actual.

## II CONCEPTO DE DERECHO DE RETENCIÓN

Primeramente determinaremos que vamos a entender por derecho legal de retención, precisando de este modo nuestro objeto de estudio. Para ello, a continuación mencionaremos las distintas definiciones que la doctrina francesa, italiana, española y chilena han dado del derecho de retención, advirtiendo, que hay que considerar que los distintos autores a los que se hará referencia, han considerado las realidades jurídico-positivas de sus respectivos ordenamientos, debido a lo cual los conceptos presentan ciertas diferencias entre sí.

### 1.- *DOCTRINA FRANCESA*

a) Moulon: definió este autor el derecho de retención como “un medio puesto a la disposición del tenedor de una cosa de otro, para estimular al propietario al pago de las obligaciones que adquirió en ocasión de la cosa que reclama; y por consiguiente, de obtener, por esta ayuda, una satisfacción más económica y más pronta que aquella que obtendría por vía de acción”<sup>1</sup>.

b) Troplong: define el derecho de retención como “el que la ley o la convención dan a un acreedor embargante de un mueble o de un inmueble, para retenerlo hasta el pago de lo que le es debido”<sup>2</sup>. Como queda de manifiesto, esta definición hace alusión a un derecho de retención convencional, el cual no es procedente en el derecho chileno. Además el concepto prescinde de toda relación entre créditos, o entre crédito y cosa retenida. Tampoco se delimita el alcance de la facultad concedida al retenedor.

c) Aubry y Rau: lo definen como “aquel en virtud del cual, el tenedor de la cosa está autorizado para retenerla, hasta el pago de una deuda que le es debida por el propietario de la cosa”<sup>3</sup>. Esta definición sostiene erradamente que el deudor

es propietario de la cosa. Además no delimita el alcance de la facultad del acreedor. Tampoco se pronuncia sobre la relación de conectividad que debe existir entre la cosa retenida y el crédito del retenedor.

d) Zacharie: nos dice que el derecho de retención es el derecho en virtud del cual el tenedor de una cosa perteneciente a otro, mueble o inmueble, puede rehusarse a devolverla a aquel a quien le pertenece hasta que éste le pague lo que le debe<sup>4</sup>. Nuevamente acá se yerra al considerarse que el deudor es el propietario y reclamante de la cosa.

e) Planiol: sostiene que “hay casos en que un acreedor que detiene una cosa perteneciente a su deudor, puede rehusar de entregarla mientras que no sea pagado, aunque esa cosa no le haya sido dada en prenda. Nuevamente se hace referencia al propietario, que como ya vimos, es inexacto. Además no se alude al factor de conexión<sup>5</sup>.

f) Baudry Lacantinerie: señala solamente que los artículos “545, 570, 867, 1612, 1613, 1673, 1749, 1948 y 2280, autorizan a que en casos especiales un acreedor detentador de una cosa que pertenece a su deudor pueda retenerla hasta que sea pagado<sup>6</sup>. Nuevamente se confunde la calidad de deudor con la de propietario.

g) Guillouard: lo define como “un derecho real, indivisible, accesorio, en virtud del cual el acreedor puede conservar la posesión de un bien perteneciente a su deudor, o a un tercero, hasta el pago integral de su crédito<sup>7</sup>. Creemos que no es adecuado calificar el derecho de retención como un derecho real, pero sí como un hecho jurídico real.

## 2.- DOCTRINA ITALIANA

a) Giorgi: señala que “el derecho de retención legal, es la facultad que sin convención de las partes corresponde al poseedor y conjuntamente acreedor de rehusar a su deudor la entrega de una cosa que le debe, mientras no le haya satisfecho por su parte el débito correspondiente”<sup>8</sup>. Debemos señalar que “el débito correspondiente” no resulta suficiente para caracterizar nexo alguno entre la cosa retenida y el origen del crédito del retenedor.

b) Messineo: sostiene que la retención es el derecho del acreedor de denegar o sea diferir legítimamente y por lo tanto sin incurrir en mora debendi, la entrega de una cosa determinada a su deudor. Evitando así perder la posesión de la cosa mientras este último no cumpla la obligación que se vincula con la cosa cuya entrega esta pendiente (contraprestaciones conexas)”<sup>9</sup>.

## 3.- DOCTRINA ESPAÑOLA

a) Escriche: en su Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia lo define como “el derecho que tiene un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenece y debía entregar a su deudor, hasta que éste le pague la deuda”<sup>10</sup>.

b) López de Haro: se refiere al derecho de retención como la “acción o hecho de conservar una cosa en poder del que la tiene en virtud de una facultad jurídica y por propia voluntad”<sup>11</sup>.



#### 4.- DOCTRINA CHILENA

A continuación sólo algunas de las definiciones que se han dado del derecho de retención en nuestro país:

a) Álvarez Hernández: sostiene que el derecho de retención consiste en “la facultad que la ley acuerda al tenedor o detentador legítimo de una cosa para rehusar su entrega mientras no se le satisfagan las prestaciones que con ocasión de ella ha contraído el propietario”<sup>12</sup>.

b) Bravo Heisse: lo define apoyándose en nuestra legislación afirmando que “el derecho legal de retención es la facultad que se concede al acreedor, en ciertos casos determinados expresamente por la ley, para conservar en su poder una cosa perteneciente al deudor hasta el pago de su crédito, autorizándolo en caso de no pago, para realizar la cosa de acuerdo con las reglas dadas para la prenda o la hipoteca, según se trate de muebles o inmuebles”<sup>13</sup>.

c) Crisosto Bustos: lo define como “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”<sup>14</sup>.

d) Téllez Calderón: basándose en la definición de Guillouard citada más arriba, define el derecho de retención como “un derecho real, indivisible, accesorio, en virtud del cual el tenedor de una cosa ajena puede conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esta misma cosa”<sup>15</sup>.

e) Venegas Rodríguez: lo define como “la facultad que compete al poseedor o tenedor de una cosa debida, para conservarla hasta obtener el pago de lo que le es debido por el propietario o acreedor de la entrega de dicha cosa”<sup>16</sup>.

f) Meza Barros: lo define como “la facultad, concedida por la ley al detentador de una cosa que debe entregar o restituir, para rehusar legítimamente la entrega o restitución y conservar la cosa, mientras no se le satisface de un crédito que tiene relacionado con ella”<sup>17</sup>.

g) Abeliuk: este tratadista señala que el derecho legal de retención consiste en “la facultad que tiene el deudor de una obligación de entregar o restituir una cosa perteneciente al acreedor de ella, para negarse a cumplir mientras no se le pague o asegure el pago de lo que se le debe en razón de esa misma cosa”<sup>18</sup>.

Éste será el concepto de derecho de retención que adoptaremos en este trabajo, toda vez que reúne las características más sobresalientes de la institución, tal como lo explicaremos al tratar los requisitos y efectos del derecho en estudio, luego de referirnos a su origen histórico y a su consagración legislativa en algunos ordenamientos jurídicos.

h) Concepto jurisprudencial de derecho de retención: consideramos de interés hacer referencia a sentencias que tratan el tema en cuestión, porque es precisamente en ellas donde se ve la aplicación práctica de nuestras instituciones jurídicas, a modo de ejemplo podemos determinar; cuales son los campos de aplicación mas frecuentes y en que áreas se presentan mayores controversias en relación a un tema en específico.

- Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco en el año 1925, en la que se expuso enfáticamente que “el derecho civil de retención -

impropiamente denominado derecho legal de retención, puesto que no puede haber un derecho ilegal, según se infiere de las disposiciones que lo establecen en el Código de Comercio, en el Código Civil y en el Código de Minería- es la facultad excepcional que tienen algunos acreedores comunes que detentan un bien perteneciente a su deudor, para rehusar legítimamente la entrega del mismo bien, mientras el deudor propietario no le pague su crédito originado con ocasión de dicha detentación”.

- Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas el 28 de Enero de 1992 (Cita: RDJ1459, MJJ1459)

1º) “Que la medida de retención de dineros o cosas muebles puede hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero y cuando ella se refiere a otros bienes determinados del demandado, que no son materia del juicio, para su procedencia el legislador ha exigido tan sólo que: a) ésta se limite a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; b) que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama; c) se acredite que las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía; y d) que haya motivo racional para creer que éste procurará ocultar sus bienes, requisitos consignados en los artículos 295 y 298 del Código de Procedimiento Civil”;

2º) “Que en consecuencia para el otorgamiento de la aludida medida, no es necesario que el solicitante constituya caución a fin de garantizar los perjuicios que pudieren ocasionarse con tal concesión, sino que tal exigencia es sólo procedente y facultativa conforme así lo establece el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil en su parte final cuando no se trate de medidas precautorias expresamente autorizadas por la ley, cual no es el caso de autos en que se solicitó la establecida en el artículo 290 N° 3 del ya citado cuerpo

legal y también lo es en la situación prevista en el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil que contempla la modalidad facultativa también que los Tribunales en casos graves y urgentes pueden conceder medidas precautorias aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de 10 días”;

- Sentencia dictada por la Corte Suprema el 8 de Julio de 1991 (Cita: RDJ2064, MJJ2064)

5° “Que el objetivo del recurso de protección, rol 67-91 al igual que el primero signado con el ingreso 26-91, al cual se ordenó acumular, es obtener de la Tesorería Regional Metropolitana el pago del IVA Exportadores y el reintegro del 10% de las exportaciones, cuyos montos se han señalado y que corresponden al período tributario del mes de enero de 1991, solución que no se ha logrado porque tanto esa Tesorería como el Servicio de Impuestos Internos afirman que existen irregularidades que se están investigando y que configuran un delito tributario por el cual se ha interpuesto querrela ante el Primer Juzgado del Crimen de Santiago.

6° Que el recurrente sostiene que la retención de ese pago constituye una actuación arbitraria e ilegal que se ha convertido en una real amenaza al ejercicio de las garantías constitucionales, transgrediendo los artículos 7, 19 N° 3 y 73 de la Carta Fundamental por lo cual debe acogerse el recurso de protección, debiendo ordenar al Tesorero Regional Metropolitano girar los cheques correspondientes, restableciendo así el imperio del derecho y asegurando la debida protección a la empresa que representa.

“Por lo prevenido en los artículos 7, 19, números 3 y 24 y artículo 73 de la Constitución Política de la República, disposiciones 6° y 60 del Código

Tributario, Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema de 29 de marzo de 1977, complementando la sentencia de fojas 95, se declare ha lugar el recurso de protección de fojas 57, 58 y 59 de 15 de febrero de 1991, deducido por la empresa Comercial Tabancura Limitada, representada por el señor Claudio Andrés Benavides López. “

Con respecto a esta última sentencia, dictada por la Excelentísima Corte Suprema es preciso detenernos y realizar un breve comentario en relación a ella. Debido a que no son pocos los casos en que el Servicio de Tesorerías es recurrido de protección por las retenciones indebidas que dispone, sea informalmente por dilaciones, sea cumpliendo órdenes de la autoridad tributaria (SII). Numerosos son, también, los casos en que la Corte Suprema ordena pagar derechamente las sumas adeudadas por el Fisco por devolución del "IVA" exportador y por reintegro de sumas en razón de la ley 18.480.

Las leyes que han otorgado este tipo de beneficios son precisas en su procedimiento incluso con plazos breves (5 días) para que la autoridad proceda a la devolución; sin embargo al momento de llevarse a efecto, se dilata el trámite devolutorio o simplemente se inicia allí una investigación tributaria, paralizando así, informalmente y al margen del Derecho el cumplimiento de la ley. Es lo que se denomina autotutela declarativa ilícita, esto es un hacerse justicia por sí mismo, incumpliendo la ley, y violando flagrantemente tanto su propio estatuto jurídico (que no le ha dado tal atribución, ni el D.F.L. N° 7 del 15 de Octubre de 1980) ni el Código Tributario en sus artículos 6° y 60. Incurriéndose en incompetencia y afectándose así los derechos de las personas.

La Corte Suprema hace ver muy bien que “aun cuando la autoridad administrativa pudiera haber actuado con la mejor intención, su celo no la

puede conducir al extremo de desconocer los derechos fundamentales, ni su defensa del interés fiscal la puede llevar a arrogarse atribuciones que nadie le ha conferido. Ello significa una arbitrariedad descomunal porque se erige, por sí y ante sí, en legislador y aún más: al actuar así, incurre en una abierta intromisión en funciones judiciales, erigiéndose en juez, ambas cosas que le están expresamente vedadas y por partida doble ya que ningún órgano del Estado puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otro poder jurídico que aquel que expresamente se le haya conferido por la Constitución o las leyes (artículo 7º inc. 2º), y además, a todo órgano administrativo le está expresamente prohibido ejercer en caso alguno funciones judiciales (artículo 73 inc. 1º). La Constitución se encarga de establecer la sanción al órgano incompetente: su acto es nulo y nulidad de derecho público (ipso iure, insanable e imprescriptible).”

Es el Juzgado del Crimen, quien debe conocer de las denuncias por delito tributario, es el habilitado para disponer las retenciones de las sumas que el fisco debe devolver a los beneficiarios, único órgano independiente e imparcial, que lo puede decidir. De lo contrario, si el propio SII o Tesorería pudieran disponer la retención referida se daría el más abusivo de los procedimientos, ya que sería el propio deudor quien podría decidir, por su propio arbitrio, no devolver lo que ya posee y que es del beneficiario / acreedor, bajo el pretexto de pensar que éste hubiera incurrido en fraude.

- Sentencia dictada por la Corte Suprema en Enero de 1997 (Cita: RDJ376, MJJ376)

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 279, 290 y 298 del Código de Procedimiento Civil, las medidas cautelares, contempladas o no por el legislador, cuando se piden en forma prejudicial siempre son de conocimiento,

resolución y ejecución por la justicia ordinaria, cualquiera que sea la convención de las partes respecto del tribunal que debe fallar el litigio de fondo. Las medidas prejudiciales no pueden ser dispuestas por los jueces árbitros, pues necesariamente presuponen la falta de constitución del juicio arbitral. En estos autos rol N° 407 - 95 del Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, el día 8 de marzo de 1995, según se lee a fojas 17, accedió a las medidas solicitadas, disponiendo que podría llevarse a efecto de inmediato la retención, limitada a \$2.000.000.000 y la suspensión de los servicios con citación. La parte de Chilesat S.A. a fojas 19 pide se dejen sin efecto las medidas decretadas en atención a la incompetencia del tribunal, por cuanto según la cláusula novena del contrato respectivo las diferencias entre los contratantes deberían ser resueltas por jueces árbitros; improcedencia de suspender el servicio que se entrega a Chilesat, por estar entregada dicha atribución a la Subsecretaría de Telecomunicaciones; improcedencia de la retención por fianza insuficiente, por cuanto no se la hace recaer en inmuebles; las facultades económicas ofrecen garantía suficiente para asegurar el resultado del juicio en atención al patrimonio de la misma, y, por último, que existe discriminación por la actora a su respecto. Accediendo a la fianza propuesta y garantía ofrecida, el tribunal deja sin efecto la medida de retención de dineros, por resolución que corre a fojas 35. Previa tramitación, el juez de primer grado resolvió la incompetencia pedida a fojas 19, accediendo a la misma por resolución de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, escrita a fojas 166; decisión que apelada fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

### III ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Es común encontrar en las obras de Derecho, una referencia al origen histórico de las instituciones jurídicas. Dicha aproximación no debemos considerarla superflua, toda vez que el estudio del nacimiento y posterior desarrollo de las mismas nos permitirá interpretarlas con claridad y aplicarlas correctamente.

Para los juristas de nuestro tiempo el Derecho consiste en un gran número de ordenamientos jurídicos nacionales vigentes en superposición. Actualmente el Derecho está vinculado a cada uno de los Estados.

En Europa durante siglos, especialmente en los países de Europa Occidental y Central no fue así debido a que tuvieron un Derecho Común, un *Ius Commune* y una ciencia jurídica común. Este Derecho común era el Derecho Romano – Canónico que estuvo vigente desde fines de la Edad Media hasta la época de la Revolución Francesa.

De tal forma, hacer una alusión al Derecho Romano – Canónico es bastante enriquecedor, toda vez que casi la totalidad de las instituciones jurídicas adoptadas por los Códigos Modernos tienen su fuente en aquel derecho, en el *Ius*, considerado en aquel entonces como el arte o ciencia de los que saben, vale decir, de aquellos que poseen autoridad y no como diríamos hoy, un conjunto de normas imperativas que regulan la convivencia social obra del legislador<sup>20</sup>.

Ahora bien, el derecho legal de retención no constituye una excepción a lo señalado, toda vez que reconoce sus orígenes más remotos, en el Derecho Romano, sufriendo a lo largo de la evolución de éste, cambios sustanciales, tal



como aconteció con la mayor parte de las instituciones jurídicas, las que se fueron adaptando paulatinamente a las exigencias de la vida jurídica de sus destinatarios.

## LA RETENCIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Algunos autores sitúan el origen del derecho de retención en la época de las acciones de la ley (*agüere per legis acciones*) y en particular con las siguientes instituciones jurídicas: la *manus iniectio* (apoderamiento de una persona) y en la *pignoris capio* (apoderamiento de una cosa)<sup>21</sup>, toda vez que en las referidas *actiones* se facultaba al acreedor para retener en prisión al deudor o para apoderarse de una prenda del mismo, respectivamente, si éste no solucionaba la deuda que tenía para con su acreedor.

No obstante, es evidente que las acciones precedentemente señaladas presentan claras diferencias con el derecho de retención, toda vez que este último supone la tenencia previa de una cosa que se debe restituir y no como ocurre en las acciones referidas en que dicha aprehensión material se verifica a posteriori.

En el sistema de las acciones de la ley (*legis acciones*) para poder ejercer una acción no bastaba con tener un interés jurídico comprometido, sino que era necesario el reconocimiento expreso del derecho que se quería proteger, por parte de la ley<sup>22</sup>. El número de estas acciones de la ley debió ser bastante limitado y de muy rígida tramitación, lo cual restringió

---

<sup>21</sup> A. D' Ors, op. Cit., pág. 113, pár. 71 y pág. 115, pár. 72. Vid. Francisco Samper. Derecho Romano. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, Chile. 1982. Págs. 49 a 51; pár. 22; y pág. 56; pár. 26.

considerablemente el ejercicio del *ius retentionis*<sup>23</sup>

Así, por vía de ejemplo, cuando una cosa era reivindicada, el juez no podía desatender al derecho estricto, viéndose forzado a condenar al poseedor a la restitución de la cosa hallada en su poder, una vez que el actor hubiera probado su dominio sobre ella. Esto era así, porque de conformidad con las normas del derecho estricto, el juez debía decidir la cuestión de derecho civil que aparecía ante él, sin encontrarse autorizado para apreciar otras circunstancias que el derecho de propiedad objeto de la demanda. No podía, entonces, analizar cuestiones de equidad, tales como son, en este caso, las indemnizaciones en razón de expensas hechas en la cosa por el poseedor vencido.

En la primera etapa clásica del Derecho Romano apareció el procedimiento del *agüere per formulas* que, como su nombre lo indica, se tramita en modelos escritos o formulas y se deja atrás la oralidad y ritualidad del *agüere per legis acciones*. El origen de este procedimiento data de S II A.C. cuando el comercio entre romanos y peregrinos era ya intenso como para que la imposibilidad de que éstos actuaran en forma directa se hiciera demasiado incómoda, y así, el pretor hubo de aceptarlos en litigios cuya validez no se fundamentaba en los antiguos *mores maiorum* recogidos por las XII Tablas, sino en el propio *imperium* del magistrado. La nueva jurisdicción peregrina se hizo más extensiva cuando el año 242 A.C. fue creado un segundo pretor (peregrino) encargado de conocer de los litigios en que intervenían extranjeros. Estos últimos no seguían la vía de las *legis acciones*, sino que para ellos creó el magistrado un modelo más flexible, en que las partes pudieran exponer las

---

<sup>22</sup> El procedimiento del *agüere per legis acciones* estuvo vigente en Roma durante la época pre – clásica que se extiende del S. IV A.C al año 130 A.C. y dejó de tener vigencia definitivamente hacia el año 30 A.C.

<sup>23</sup> A. D' Ors, op. Cit., pág. 113, pár. 71.

alegaciones y reclamaciones sin forma solemne. Los argumentos, finalmente, se redactaban por escrito, en un principio por los mismos litigantes, pero según se iba haciendo más frecuente la existencia de estas causas, el pretor había conservado y elaborado modelos (formulae) que adaptaba a la discusión presente.

Las ventajas del nuevo proceso resultaban tan evidentes, que pronto fue adaptado a la jurisdicción civil. El pretor urbano en los propios litigios seguidos mediante legis acciones, daba por efectuados los ritos solemnes y las certa verba (palabras rituales y exactas que debían usar los litigantes en el procedimiento de las acciones de la ley), y otorgaba en cambio mayor relevancia a la práctica de fijar por escrito los términos en que quedaba planteada la contienda<sup>24</sup>.

Este procedimiento formulario fue desplazando al de las acciones de la ley a partir de la ley Ebuca (130 A.C.) y de la ley Iulia Iudiciorum Privatorum (17 A.C.)

El procedimiento del agere per formulas permitió al pretor escapar al excesivo rigorismo de las acciones de la ley e introducir en el Derecho Romano las consideraciones de equidad que anteriormente eran imposibles de ser tenidas en cuenta por el magistrado.

De este modo, en la redacción de la fórmula cabía la exceptio, cláusula cuya inserción en aquella solicitaba el demandado, y por la que éste alegaba un hecho cuya prueba neutralizaba la hipótesis de la intentio (pretensión del demandante). Mediante dichas excepciones, el pretor podía superar los efectos

---

<sup>24</sup> F. Samper, op. Cit., págs. 56 y 58; pág. 27. Vid. además, A. D' Ors, op. Cit., pág. 116, pág. 73.

rigurosos del ius civile.<sup>25</sup>

Una de las causas más frecuentes que fundamentaba la concesión de una *exceptio* al demandado era un comportamiento doloso del actor, ya sea en el negocio en que se funda la acción, ya sea en la demanda, cuando dicho comportamiento no tenía una sanción diferente (*exceptio doli*). Esta excepción de dolo, por cuanto se otorgaba siempre que faltaba otro recurso a favor de la víctima del engaño, se dice general y supletoria.<sup>26</sup>

Sin embargo podemos afirmar que el derecho romano reconoció, de una forma mas clara, el *ius retentionis* dentro del procedimiento formulario (per formula) en la denominada *exceptio doli generalis* en virtud de la cual el pretor creó la *exceptio doli iure retentionis* por razones de equidad, toda vez que la aplicación estricta del derecho a la acción reivindicatoria incoada por el deudor del retenedor aparejaba injustas consecuencias.

La aplicación más notable de la *exceptio doli* fue la *retentio propter impensas*, que consistía en la facultad otorgada por el pretor al poseedor de buena fe de un inmueble en contra del reivindicante, para retener la cosa objeto de la reivindicación mientras no se le abonasen las impensas necesarias invertidas en la cosa<sup>22</sup>

Algunos casos de aplicación del derecho de retención en Roma fueron los siguientes:

a) al que había hecho gastos necesarios y útiles en la cosa que debía restituir como consecuencia de la acción pauliana;

---

<sup>25</sup> A. D' Ors, op. Cit., pág. 129; pár. 87.

<sup>26</sup> F. Samper op. Cit. pág 68, pár. 34.

- b) a quien había sufrido un daño producido por la cosa sujeta a restitución;
- c) a quien había sufrido un daño producido por la cosa sujeta a restitución;
- d) al codueño que había realizado gastos necesarios y útiles para conservar la cosa común;
- e) al autor de escritos o pinturas sobre papel, tabla o telas ajenos;
- f) a quien había edificado o plantado en suelo ajeno;
- g) al que había sufrido daños ocasionados por una casa llevada por el ímpetu de la corriente;
- h) al heredero por los gastos hechos para los funerales del causante, o erección de un monumento ordenado por el mismo;
- i) al dueño de la nave sobre las cosas salvadas del naufragio.
- j) al que había liberado de la prenda la cosa del acreedor ausente:
- k) al gestor de negocios ajenos;
- l) al nudo propietario mientras el usufructuario no hubiese prestado la cautio usufructuaria.
- m) al mandatario, en tanto el mandante no le hubiera satisfecho el valor de los gastos y expensas realizados con ocasión del mandato;

n) en general se concedía el derecho de retención toda vez que la pretensión del actor era injusta, incompatible con la equidad, aunque conforme con los preceptos del derecho civil estricto, pues mediante la inclusión en la fórmula de la excepción de dolo el demandado pudo, sin desconocer el derecho del actor a la cosa, impedir que éste pudiera obtener su restitución sin antes reembolsar a aquel los gastos hechos para la conservación o mejora de la misma<sup>23</sup>

Podemos concluir que en la época clásica del Derecho Romano, el derecho de retención fue concebido de manera general, manifestándose a través de la figura procesal de la exceptio doli, teniendo un fuerte fundamento de equidad.

No obstante, el derecho de retención “nunca logró configurar en el derecho romano una garantía real, desde que no confería al retenedor privilegio alguno sobre la cosa, vinculándose más con la excepción de incumplimiento contractual, de la que aún hoy hay que distinguirlo”<sup>24</sup>.

## 2.- DERECHO ESPAÑOL PRECODIFICADO

Analizaremos brevemente los distintos cuerpos legales:

A) Fuero Real: En esta etapa, en la cual no existe una teoría general sobre el derecho de retención, cabe considerar como un caso de la institución en estudio el establecido en beneficio del posadero por la ley IX, del Título XVII, del Libro III del Fuero Real<sup>25</sup>

B) El Código de Las Partidas: En este cuerpo de leyes se reconoce el derecho de retener, pero solo en casos determinados:

1.- al poseedor de casa o heredad en la Ley 44, título XXVIII, de la Partida 3<sup>a26</sup>

2.- al comodatario en la Ley 9, Título II, de la Partida 5<sup>a27</sup>

3.- al acreedor prendario, en la Ley 22 del Título XIII de la Partida 5<sup>a</sup> (constituye un caso de prenda tácita)<sup>28</sup>

4.- al marido sobre la dote inestimada, en la Ley 32, Título XI, de la Partida 4<sup>a29</sup>.

Resulta relevante señalar que además del derecho de retención, ya mencionado, el Código de Las Partidas recogió del derecho romano el concepto de Hipoteca Legal, institución que se asemeja en varios aspectos al derecho de retención, debido a que con ella determinados créditos quedaban garantizados por disposición de la ley con Hipotecas Legales, sin necesidad de pacto expreso de las partes, por lo que también se las ha denominado Hipotecas Tácitas. En estos casos, el acreedor titular de la hipoteca legal tenía reconocida por la ley una preferencia para el pago respecto de los demás acreedores, la que en ciertos casos podía hacerse efectiva sobre bienes determinados y, en otros, sobre todos los bienes que formaban el patrimonio del deudor. Estos casos eran los siguientes:

1.- Hipoteca legal a favor del marido sobre bienes de quien se hubiera obligado a dotar a su mujer (P.4.11.1,8,9,11; P.5.13.23).

2.- Hipoteca legal a favor de la mujer sobre los bienes del marido para repetir la dote y los bienes parafernales administrados por éste. (P.4.11.7,17,29,31; P.5.13.23).

3.- Hipoteca legal a favor de los hijos sobre los bienes del padre o de la madre para caucionar la recta administración de los bienes adventicios y de los otros bienes suyos. (P.5.13.24. Y 26; N.R.L.E Lb.10.4.7).

4.- Hipoteca legal a favor de los pupilos sobre los bienes de sus guardadores. (P.5.13.23 Y 26; P.6.6.21).

5.- Hipoteca legal a favor del Fisco por deudas de impuestos. (P.5.13.25; N.R.L.E.1.9.9).

6.- Hipoteca legal a favor de quien prestó dinero para reparar o construir un edificio o una nave (P.5.13.26).

**7.- Hipoteca legal a favor del arrendador de inmuebles urbanos o rústicos (P.5.8.5; N.R.L.E.10.11.6), sobre los bienes introducidos por el arrendatario en la propiedad.**

8.- Hipoteca legal a favor del legatario sobre los bienes del testador para asegurar la entrega de la cosa o dineros legados. (P.5.13.26).

9.- Hipoteca legal a favor de la Iglesia para asegurarle el pago de los diezmos y responsabilidades de Obispos y Prelados (F.R.3.19.6), como administradores de sus bienes.

10.- Hipoteca legal a favor de los Pueblos y Hospitales sobre los bienes de los administradores de sus recursos (caso agregado por la doctrina).

Debemos detenernos a analizar con mayor detalle el caso N° 7 ya que es precisamente aquí donde se produce una confusión entre los conceptos de



Derecho legal de retención e Hipoteca Legal o Tácita. En Las Partidas se concedía hipoteca tácita con derecho a retención a favor del arrendador de inmuebles urbanos, para asegurarle el pago de las rentas y eventuales daños, sobre todos los bienes introducidos en la propiedad por el arrendatario. Esta ley tuvo por fuente una ley dada en el año 532 por el Emperador Justiniano, que disponía: “Mandamos que los muebles del inquilino queden obligados al propietario por el precio del arriendo...” (C.C.8.15.7); y una opinión dada por el jurisconsulto Ulpiano, recogida en el Digesto: “... Aunque tácitamente se suela pactar en los predios urbanos que se entiendan obligadas las cosas llevadas y encontradas en ellos, como si especialmente se hubiera pactado...” (20.2.6).

Una norma del Fuero Real, establecía igual hipoteca; “Toda cosa que el home tuviere en casa alogada de otro, mandamos, que sea empeñado al dueño de la casa por el aloguer, Moguer que no fuesse Pleyto,...” (3.17.9).

Respecto de los predios rústicos, la misma ley de Las Partidas, ya citada, establecía: “... E de lo que de suso diximos de las casas entiendese tambien de las heredades, como de las viñas, e de las huertas, que dan los omes a labrar, o arrendándolas. Ca quantas cosas metiere el labrador en ellas con sabiduría del señor, todas fincan obligadas al señor, e las puede tener por peños fasta que el labrador pague la renta que ha de dar por razón del arrendamiento, si lo non paga a los plazos que le oviere de pagar”.

Una ley dada en Madrid por Felipe II, en 1594, ratificada por Felipe IV, en 1633, recogida en R.L.E.4.21.25 y en la N.R.L.E 10.11.6., estableció una preferencia para el pago de las deudas a los arrendadores de fundos, sobre los frutos que éstos produjeran: “En los frutos de la tierra sean preferidos los señores de ellos por su renta a todos los otros acreedores, de cualquier calidad que sean...”. Esta disposición tuvo por fuente una opinión de Pomponio,

recopilada en el Digesto: “En cuanto a los predios rústicos, los frutos que nacen en ellos se entienden que tácitamente están obligados en prenda al señor del fundo arrendado, aunque expresamente no se haya pactado...” (20.2.7)

### 3.- *CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL*

Este cuerpo legal también carece de una teoría general del derecho de retención, conteniendo sólo casos particulares del instituto. Reconoce la facultad:

- al poseedor de buena fe (artículo 453 Código Civil Español).
- al vendedor por el precio no pagado (artículo 1466 Código Civil Español).
- al vendedor con plazo de cobro frente al deudor insolvente (artículo 1467 Código Civil Español).
- al comprador con pacto de retroventa (artículo 1518 Código Civil Español).
- al que realizó obra en cosa mueble (artículo 1600 Código Civil Español)
- al mandatario (artículo 1730 Código Civil Español)
- al depositario (artículo 1780 Código Civil Español).
- se reconoce también al usufructuario un caso de retención irregular o anómala (artículo 502 Código Civil Español).

#### 4.- DERECHO FRANCÉS<sup>30</sup>

Es interesante abordar el estudio de las manifestaciones del derecho de retención en el derecho francés, toda vez que el codificador patrio se alimentó en gran medida del Código de Napoleón. Su estudio, en consecuencia, contribuye a una mejor comprensión de la institución aludida y su aplicación en nuestra legislación.

A) El derecho de retención en el Derecho Francés Antiguo: debe distinguirse por un lado entre la aplicación del derecho estricto en una agrupación de las provincias de Francia y la aplicación del Derecho consuetudinario en otro número de provincias francesas, por el otro.

1.- El derecho de retención en las provincias de Derecho estricto: en este tipo de provincias se adoptó casi íntegramente el derecho romano adaptándolo levemente a las necesidades locales. Me remito a lo señalado precedentemente en lo relativo al origen histórico del instituto en estudio.

2.- El derecho de retención en las provincias de Derecho consuetudinario: en otra agrupación de provincias, en cambio, el derecho aplicable estaba conformado por las costumbres y usos locales, las cuales reconocían y aplicaban ampliamente el derecho de retención. Así por ejemplo, la Costumbre de París en el artículo 175 se establecía a favor del hotelero el derecho de retención sobre los caballos y equipajes pertenecientes a los huéspedes del hotel, en razón de lo que estos le adeudasen por conceptos de gastos de hospedaje. Por su parte, el artículo 305 otorgaba igual derecho al coheredero que se hallaba obligado a restituir el inmueble a la masa hereditaria, por las mejoras útiles y necesarias efectuadas en dicho inmueble. Podemos mencionar también la Costumbre de Orleans la cual concedía en el artículo 372 el derecho

de retención a quien debía restituir una herencia mientras no le hubieran sido pagadas las reparaciones e impensas necesarias hechas sin fraude, por aquel que debía restituir la masa hereditaria. Cabe citar además la Costumbre de Nivernáis la cual en su artículo 32 otorgaba este derecho a los obreros empleados en la cosecha y a los acarreadores sobre lo cosechado, sobre los medios de transporte y las mercaderías y bienes acarreados, hasta el entero pago de sus salarios.

Con el fin de evitar el abuso de la institución, fundamentalmente respecto de aquellos que se servían de ella para mantenerse en posesión del bien cuya restitución debían, se dictaron diversas Ordenanzas Reales, verbigracia, la Ordenanza de Montils-les-Tours, dictada por Carlos VII en el año 1453, la que prohibió a los abogados y procuradores de la época la retención, como garantía del pago de sus honorarios, de las piezas y documentos que las partes les habían confiado en el pleito. Cabe señalar además la Ordenanza de Villers-Cotterets, de 1539, en cuya virtud se ordenaba la liquidación de mejoras, reparaciones u otros derechos en un breve espacio de tiempo.

B) El derecho de retención en el Derecho Francés Intermedio: en este período de tiempo tampoco se estableció el derecho en estudio de manera general, no obstante su extensión a otros casos no contemplados previamente, a saber:

- Artículo 25 de la Ley de 1º de diciembre de 1790: “Ningún tenedor de bienes nacionales sujetos a rescate podrá ser desposeído, sin haber previamente recibido o puesto en estado de recibir su fianza principal con sus accesorios”.
  
- Artículo 21 del Decreto de 30 de mayo de 1791 en cuya virtud el arrendatario no podía ser expulsado sino mediante el reembolso de las

mejoras cuya indemnización se le debe.

- Finalmente, el artículo 1º del Decreto de 28 de septiembre y 6 de octubre de 1791 en virtud del cual el propietario no podía ser expropiado sino bajo la condición de una justa y previa indemnización, lo que conlleva implícitamente el derecho de retención.

No estamos de acuerdo con considerar este último caso como una manifestación del derecho de retención toda vez que mientras no se satisfaga la indemnización, la cosa sigue siendo del dominio del expropiado, de suerte que sólo se limitaría a ejercer la posesión legítima que el derecho real de dominio le confiere<sup>31</sup>. Por esta misma razón no creemos, como lo hace gran parte de la doctrina, que el artículo 545 del Código de Napoleón sea un caso más de retención.

C) El derecho de retención en el Derecho Francés Moderno: El Code estableció diversas aplicaciones particulares de la institución, y no de manera general, como lo han hecho los modernos códigos de Suiza y de Alemania -aunque no estén exentos de la confusión con la *exceptio adimpleti contractus*- por lo que la doctrina francesa se ha preguntado si dichos casos particulares son la expresión de una norma general que debería interpretarse extensivamente a casos análogos, o si, por el contrario, deben limitarse solamente a los casos previstos y precisados. Esta interrogante está absolutamente aclarada en el derecho chileno, tal como lo expondré más adelante.

Los casos de retención consagrados en el Código de Napoleón son los siguientes:

- Especificación (art. 570).

- Coheredero que trae a colación un inmueble (art. 867).
- Vendedor a quien no se satisfizo el precio (arts. 1612 y 1613).
- Comprador, cuando el vendedor decide ejercer el pacto de retroventa (art. 1673).
- Depositario (art. 1948).
- Comodatario (art. 1890).
- Mandatario (arts. 199, 2000 y 2001), aunque el tema no es tan claro, la jurisprudencia ha reconocido el derecho de retención.
- Comprador, a favor del comprador de cosa robada o perdida (art. 2280).
- También se admite en beneficio del locatario (art. 1749), por el crédito que se le reconoce contra el locador, o su sucesor singular, en razón de la evicción por un tercero.

En relación a la prenda tácita (artículo 2082), algunos autores<sup>32</sup> no la incluyen como un caso de derecho de retención. En Chile, Meza Barros<sup>33</sup> y Abeliuk Manasevich<sup>34</sup> se inclinan por la afirmativa. En todo caso, su inclusión como manifestación del derecho de retención está íntimamente vinculada con el tema del derecho de persecución que otorga la prenda y del que carece la retención.

## 5.- DERECHO ALEMÁN

El Código Civil alemán, promulgado en el año 1896 y vigente desde 1900, reglamenta de manera general el derecho de retención, además de la consagración del derecho de retención en ciertos casos particulares.

En efecto, su artículo 273 expresa “El deudor que tenga un derecho vencido contra el acreedor por virtud de una relación jurídica en que se funde su propia obligación, podrá negar la prestación por él debida hasta que ejecute la que a él se le debe, a menos que de la obligación resulte lo contrario. El que esté obligado a la restitución de un objeto, tendrá derecho, cuando haya hecho gastos en él o éste le haya ocasionado un perjuicio, a que se le abonen dichos gastos, a no ser que haya obtenido dicho objeto por medios ilícitos.

El acreedor podrá impedir el ejercicio del derecho de retención dando garantías que no podrán consistir en una fianza”<sup>35</sup>.

Este precepto se complementa con lo dispuesto por el artículo 320 del mismo cuerpo legal el que dispone que “quienquiera que es obligado, en virtud de un contrato sinalagmático, puede rehusar la prestación que le incumbe hasta que la contraprestación sea efectuada, salvo que se haya obligado a la ejecución el primero”<sup>36</sup>.

Podemos señalar a modo de crítica, que en el inciso 1º del artículo 273 cabe perfectamente la figura de la excepción de contrato no cumplido, la cual, derechamente, está contemplada en la segunda de las normas citadas precedentemente.

Ahora bien, respecto a la forma de hacer valer en juicio el derecho de retención debemos hacer referencia al artículo 274, norma que dispone que “Frente a la acción del acreedor no producirá otro efecto el ejercicio de un derecho que el de hacer condenar al deudor a la prestación contra el recibo de la prestación recíproca que a él se deba. En virtud de esta condena podrá el acreedor ejercer su derecho por vía de ejecución forzosa, sin efectuar la prestación que le incumbe cuando el deudor no haya querido recibirla”. Ergo, el ejercicio del *ius retentionis* es sólo por vía de excepción.

## 6.- *CÓDIGO CIVIL SUIZO Y FEDERAL DE LAS OBLIGACIONES*

Contiene normas que permiten sostener la existencia de una teoría general sobre el derecho de retención en los artículos 895 a 898, además de varios supuestos particulares del derecho en estudio, al igual que el Código alemán.

El artículo 895 dispone que “El acreedor que, con consentimiento de su deudor se encuentre en posesión de cosas mobiliarias o de títulos valores pertenecientes a este último, tiene el derecho de retenerlos hasta el pago, con la condición de que su crédito sea exigible y que tenga una relación natural de conexión con el objeto retenido. Esta conexión existe para los comerciantes desde el instante que la posesión de la cosa y el crédito resulten de sus relaciones de negocios. El derecho de retención se extiende incluso a las cosas que no sean propiedad del deudor con tal que el acreedor las haya recibido de buena fe; con reserva de los derechos que deriven para los terceros de su posesión anterior”.

Como dice Leiva Fernández, conviene destacar que en esta legislación sólo las cosas muebles pueden ser objeto del *ius retentionis*, en razón de la



publicidad registral impuesta a la propiedad inmobiliaria.

El artículo 896 dispone por su parte que “El derecho de retención no puede ejercerse sobre cosas que, por su naturaleza, no son realizables”.

Por su parte, de la norma del artículo 897 se desprende que en el derecho suizo la regla general es que el crédito del retenedor sea líquido.

Finalmente, el artículo 898 dispone perentoriamente que “El acreedor que no haya recibido ni el pego, ni una garantía suficiente puede perseguir, luego de un requerimiento previo al deudor, como en materia de pignoración, la realización de la cosas retenida”<sup>37</sup>

Para finalizar con el tema de la consagración del derecho de retención en los ordenamientos jurídicos más representativos, cabe señalar, siguiendo a Abeliuk,<sup>38</sup> que la aplicación en términos generales del derecho de retención, plantea un problema para señalar sus límites; de no ser así llegaría a abarcar cualquier crédito que el deudor de la obligación de entregar o restituir tuviera en contra del acreedor de estas obligaciones. Ello se resuelve con la teoría de la conexión, a la que luego me referiré.

#### IV EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

##### 1.- GENERALIDADES

Hemos dado en la primera parte de este trabajo algunas definiciones del derecho de retención que distintos autores han realizado. A continuación

desprenderemos de estos conceptos los elementos comunes que caracterizan la institución en estudio.

## 2.- REQUISITOS DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Siguiendo a Abeliuk<sup>39</sup>, debemos decir que el señalamiento de los requisitos del derecho de retención tiene un interés meramente doctrinario, toda vez que éste no concurre sino en los casos expresamente señalados en la ley.

Tales requisitos son los siguientes:

2.1 Disposición legal que lo conceda: la tendencia actual en las legislaciones es establecer en forma general el derecho legal de retención cada vez que se reúnan los requisitos señalados que señalaré a continuación, incluso en Francia, donde el Código se limita a indicar casos de aplicación al igual que en el nuestro. Se ha señalado en ese país que ellos no son sino manifestaciones de una regla general tácita y se ha pretendido su aplicación genérica.

Sin embargo, tal afirmación no es procedente entre nosotros, por las siguientes razones:

a) Porque el derecho de retención es excepcional, ya que permite negarse a cumplir una obligación, y además, de acuerdo al C.P.C. puede conferir un privilegio, los que tiene su fuente únicamente en la ley.

b) Por la redacción del artículo 545 del C.P.C. y de los artículos 71, inc. penúltimo y 92 de la ley de quiebras, que se refieren al derecho de retención que “en ciertos casos conceden las leyes”, “en los casos señalados por las leyes” y “los casos expresamente señalados por las leyes”.

c) Por lo que dispone el artículo 2.392 inc. 2º “no se podrá retener una cosa del

deudor sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan”.

2.2 Tenencia legítima de la cosa por quien invoca el derecho: Para invocar la retención es necesario que el acreedor tenga la cosa en que se va a ejercer en su poder, ya que si pierde dicha tenencia ya no podrá ejercer este derecho.

La excepción la constituye el caso del arrendador al cual me referiré más adelante el cual no tiene en su poder la cosa retenida.

La cosa puede ser mueble o inmueble, pero debe ser comerciable e infungible. Por regla general debe tratarse de cosas corporales, pero el art. 92 de la ley de quiebras lo permite sobre valores de crédito.

Es exigencia de la retención el que no se haya adquirido la tenencia del retenedor por violencia o clandestinidad. Eso lo demuestra el art. 92 de la ley de quiebras el cual exige que la tenencia nazca de un hecho voluntario del fallido y el artículo 662 exige la buena fe del retenedor en la especificación.

2.3 Crédito cierto, líquido y exigible del retenedor: El crédito del retenedor debe ser en contra de la persona a quien debe entregar o restituir la cosa; el crédito debe ser cierto, y al retenedor le corresponderá acreditarlo.

La doctrina ha agregado el requisito de liquidez o de fácil liquidación, pero cabe advertir que únicamente entre nosotros lo exige la ley en la prenda: artículo 2.401 N° 1.

Lo que sí no admite dudas es que el crédito debe ser exigible, porque si no, por este medio el retenedor obligaría a su deudor a pagarle

anticipadamente. El artículo 2.401 N° 3 señala esta exigencia.

2.4 La conexión: Este requisito sólo tiene importancia cuando el derecho legal de retención está establecido en términos generales, a fin de evitar una aplicación exagerada que permita al acreedor retener cualquier cosa que tenga el deudor por cualquier motivo que sea, para garantizar el pago de sus obligaciones.

La doctrina distingue tres posiciones:

a) La conexión legal, en virtud de la cual es la ley la que establece la procedencia de la retención única y exclusivamente en consideración a la relación que une al retenedor y la persona a quien la cosa debe entregarse, sin que exista necesariamente relación alguna entre la cosa y el crédito en cuya virtud se retiene.

Esta es la solución del Código de Comercio alemán y la del Código suizo (art. 895) entre comerciantes: basta que el crédito y la tenencia de la cosa hayan nacido de las relaciones de negocios entre ellos.

Encontramos esta solución, entre nosotros, en materia de prenda tácita (2.401), ya que basta que durante la tenencia de la cosa por el acreedor prendario hayan nacido otros créditos que reúnan los requisitos del artículo 2.401 en contra del mismo deudor. No es necesario que ellos tengan un origen en la tenencia de la cosa ni en la misma relación jurídica que dio nacimiento a dicha tenencia.

b) Conexión objetiva, en cuya virtud es necesario que el crédito nazca por la

tenencia misma de la cosa: gastos e indemnizaciones que ella origina. Es el caso del poseedor vencido. No hay relación jurídica que lo una al reivindicante.

c) Conexión jurídica, en virtud de la cual se requiere que el crédito haya tenido su origen en la misma relación jurídica por cuyo motivo o causa el retenedor tiene la cosa en su poder, verbigracia, en el caso del mandato en cuya virtud el mandatario tiene en su poder cosas y efectos del mandante, pudiendo retenerlos por lo que éste le deba en razón de la ejecución del mismo mandato, aunque el crédito no derive de la tenencia de la cosa.

Abeliuk<sup>40</sup> sostiene que la conexión objetiva y la jurídica pueden coexistir como ocurre en el comodato y en el depósito en los cuales el deudor de la restitución tiene la cosa en su poder por un vínculo jurídico que lo une al acreedor, y es por ese mismo vínculo, pero en razón de los gastos e indemnizaciones que se le deban por la tenencia que nace el crédito del retenedor.

Este mismo autor concluye que en nuestra legislación no existe un criterio único para establecer el derecho legal de retención, y es difícil que en ninguna se le limite a una de las concepciones señaladas, debiendo reconocerse las tres fórmulas para las diferentes situaciones en que se desea consagrar la retención.

Mazeaud sostiene que es tan relativo el punto de la conexión, que en Francia, por ejemplo, se ha aceptado aunque el crédito nazca de una relación jurídica diversa de aquella en cuya virtud el retenedor tiene la cosa; es el caso del dueño de un garage a quien se le adeuda una reparación anterior y nuevamente se le lleva el vehículo para un arreglo. Puede retenerlo mientras no se le paguen ambos trabajos. La única exigencia es que los vínculos jurídicos

sean de la misma naturaleza<sup>41</sup>.

2.5 La cosa debe ser del deudor: El requisito es obvio, pues si la cosa no perteneciera a éste, el verdadero dueño tendrá el derecho de reclamarla.

Pero si se trata de indemnizaciones que se deban por expensas o mejoras en la cosa misma, podrán también oponerse al dueño, aunque la tenencia de la cosa para el retenedor no haya provenido de éste: el verdadero dueño reivindicará la cosa, y se le exigirá el pago de dichas expensas o mejoras.

### 3.- *EFFECTOS DE LA RETENCIÓN LEGAL*

El Código Civil no precisó los efectos del derecho de retención. De sus disposiciones se desprende que el acreedor retencionario puede rehusar la entrega o restitución y conservar la cosa, hasta que se efectúen en su provecho determinadas prestaciones. Desde este punto de vista no se diferencia en nada de la excepción de contrato no cumplido; no obstante se diferencian en cuanto a sus respectivos campos de aplicación: la excepción de contrato no cumplido opera en todo contrato bilateral y cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones. En cambio, la retención legal puede tener lugar en cualquier relación jurídica, o aun sin ella, aunque entre nosotros se limite a los casos expresos de la ley. Desde este punto de vista su campo es más amplio y opera aun en los derechos reales como en el usufructo. Pero, por otro lado su campo es más restringido pues se limita a la obligación de entregar o restituir una cosa. Por este motivo, el tratadista francés Josserand afirmaba que el derecho de retención no es más que una aplicación de la exceptio non adimpleti contractus en el campo contractual<sup>42</sup>.

Sin embargo hay una zona común y en donde la distinción es difícil: la de los contratos bilaterales cuando la obligación que se niega es de entregar o

restituir una cosa.

Por otro lado, la retención conduce a la realización y otorga preferencia, tal como lo veremos en seguida, mientras que la excepción de contrato no cumplido tiene un efecto meramente paralizante y suspensivo.

El Código de Procedimiento Civil ha sido más explícito en cuanto a los efectos del derecho de retención. Ha establecido que los bienes retenidos por resolución judicial 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” (art. 546 del C.P.C.).

En consecuencia, el acreedor retencionario, que goza del derecho de retención judicialmente declarado, tiene dos importantes derechos:

- a) el derecho de venta de los bienes retenidos para pagarse con el producto, y
- b) el derecho de preferencia propio de la prenda o de la hipoteca, según que la retención recaiga sobre bienes muebles o inmuebles.

Para ello es necesario que se declare judicialmente, a petición del que pueda hacerlo valer, esto es, del retenedor; incluso puede solicitarse como medida precautoria del derecho que garantiza (art. 545 C.P.C.).

Tratándose de inmuebles, la resolución judicial que declare procedente la retención deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces respectivo (art. 548 C.P.C.).

En consecuencia, declarado judicialmente el derecho de retención, adquiere todos los caracteres de una caución real, salvo en lo relativo al

derecho de persecución, propio de los derechos reales. Esto demuestra que el derecho de retención no es un derecho real toda vez que el C.P.C. lo asimila a la prenda y a la hipoteca solamente para los efectos de su realización y preferencia, no otorgando el derecho de persecución al acreedor retencionario.

Esto se explica porque el derecho de retención supone que la cosa se conserve en poder del acreedor; si la cosa sale de sus manos, el derecho de retención es inoperante y no puede instar por recobrar la cosa.

La idea de un derecho real, además, es incompatible con algunos casos en que tiene lugar el derecho legal de retención. El acreedor retencionario, por ejemplo, el vendedor, suele ser dueño de la cosa, y no se concibe una garantía real sobre un bien propio.

#### *4.- MANERAS COMO SE PUEDE HACER VALER EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN*

##### *1.- Como acción:*

Sabemos que en Derecho Procesal la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión<sup>43</sup>. La persona a cuyo favor se establece el derecho legal de retención y pide al tribunal que lo declare ejercita una acción, de acuerdo con la definición que hemos dado.

Las acciones se clasifican en reales y personales según emanen de un derecho real o personal; muebles o inmuebles, según sea mueble o inmueble el objeto sobre que recaen y principales y accesorias, según que subsistan por sí solas o en relación con otra principal.



El derecho de retención es personal, por lo cual este mismo carácter tendrá la acción que de él emana. El derecho de retención puede ser mueble o inmueble según sean las cosas que se trata de retener, de manera que la acción será, a su vez, mueble o inmueble.

Por último, la acción de retención es accesoria. El derecho legal de retención es un derecho accesorio que no puede existir por sí solo. Del mismo modo, la acción de retención no se concibe sin un crédito al cual accede. Será necesario cobrar en primer lugar, el crédito, y como acción accesoria, para asegurar el pago del mismo, se pedirá al tribunal que declare el derecho de retención<sup>44</sup>.

## 2.- Como excepción:

Esto ocurrirá cuando el dueño de las cosas o la persona a quien deben ser restituidas demande al tenedor o poseedor de ellas, que goce del derecho legal de retención. En este caso el demandado dirá que el demandante le adeuda una suma determinada, que en ese caso particular la ley le concede el derecho de retención y, por lo tanto, solicita del tribunal que lo declare en su favor hasta que el demandante le pague la deuda.

La excepción de retención es una excepción perentoria, se opone y se tramita, en consecuencia, como tal.

## 3.- Como medida prejudicial:

Las medidas prejudiciales son actos procesales que pueden solicitarse antes de formalizar el juicio, con la finalidad de preparar este, o de obtener un

resultado eficaz.

La retención de bienes determinados actuaría como una medida prejudicial precautoria, de modo que cuando se dicte sentencia existan bienes sobre los cuales ejecutarla, o que la cosa en disputa se encuentre a disposición del vencedor en el juicio. Esta contemplada en el artículo 290 Nro 3 del C.P.C. y son medidas que se pueden solicitar antes o durante el curso del juicio, pero que son interdependientes con el y se tramitan como incidentes del mismo o como gestiones prejudiciales. La retención de bienes determinados como medida tiende a evitar la disponibilidad del bien por el demandado. Las obligaciones del retenedor son las de un depositario, que debe mantener la cosa hasta que el juez decida lo que se hace con ella.

#### *5.- DEL PROCEDIMIENTO QUE PUEDE EMPLEARSE PARA OBTENER LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE RETENCIÓN*

En primer lugar debemos averiguar si existe un procedimiento especial contemplado en la ley para obtener la declaración judicial del derecho de retención.

Si no existe un procedimiento especial, debemos recurrir en consecuencia a los artículos 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil. El primero de ellos señala, a la letra, que “El procedimiento es ordinario o extraordinario. Es ordinario el que se somete a la tramitación común ordenada por la ley, y extraordinario el que se rige por las disposiciones especiales que para determinados casos ella establece”. Por su parte, el artículo 3º señala que “Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza”.

En este sentido, podemos afirmar que el procedimiento común u

ordinario, está integrado por el juicio ordinario de mayor cuantía y por el juicio sumario. La jurisprudencia ha señalado, no obstante, que el único procedimiento ordinario, común y general es el juicio ordinario civil de mayor cuantía que regula el Libro II del C.P.C.<sup>45</sup> Sin embargo, creemos que el juicio sumario es un procedimiento general según lo señalado en el artículo 680 inciso 1º del C.P.C., en virtud del cual “El procedimiento de que trata este título (sumario) se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz”. Creo, que la mayoría de los casos de retención requieren de tramitación rápida para que sean eficaces.

Pertenece al procedimiento especial o extraordinario todos los demás del C.P.C. y de otras leyes, verbigracia, el contemplado en la ley 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, en cuya virtud se establece la oportunidad procesal pertinente para hacer valer el derecho de retención contemplado a favor del arrendatario en el artículo 1.937 del Código Civil, en el artículo 9 de la mencionada ley. También puede utilizarse el procedimiento de las medidas precautorias, por expresa disposición del inciso 2º del artículo 545 del C.P.C., en cuya virtud, “Podrá solicitarse la retención como medida precautoria del derecho que garantiza y, en tal caso, se procederá conforme a lo dispuesto en los artículos 299, 300 y 302”.

En un juicio ordinario de mayor cuantía el derecho legal de retención se puede hacer valer demandando o reconviniendo. No obstante, siendo el derecho en estudio un derecho accesorio, será necesario antes que nada cobrar el crédito y para el caso de que el deudor se niegue a pagar, se pedirá que se declare, desde luego, el derecho de retención.

Casarino Viterbo<sup>46</sup> señala que es posible que no exista discusión entre

las partes acerca del crédito principal y que sólo discrepen sobre la procedencia del derecho legal de retención, en donde la controversia se ventilaría en conformidad al procedimiento ordinario o sumario según corresponda. En este caso, la controversia tendría únicamente por objeto la determinación de si existe el derecho de retención en la especie. No estamos de acuerdo con este autor, por la accesoriedad del derecho en estudio como ya lo señalé líneas arriba.

Si se hace valer en un juicio sumario, el demandante hará la petición de retención en la demanda y el demandado, en su caso, podrá invocarla, como excepción, en el comparendo que deberá llevarse a efecto al 5º día hábil después de la última notificación.

El derecho legal de retención es un asunto de lato conocimiento y en ningún caso se puede conceder con un simple “como se pide”. La Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que “la procedencia de esta petición (el derecho de retención) que debe ser declarada judicialmente conforme al artículo citado (697 C.P.C, actual art. 545), es en el caso de autos de lato conocimiento y debe sustanciarse en la forma que corresponda, dada la naturaleza del negocio”<sup>47</sup>. En el mismo sentido, Mario Casarino Viterbo<sup>48</sup>.

*6.- ROL QUE DESEMPEÑA EN EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN LA DECLARACIÓN JUDICIAL QUE LO CONCEDE Y LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE HIPOTECAS DEL DECRETO JUDICIAL QUE LO CONCEDE, CUANDO LAS COSAS QUE SE PRETENDEN RETENER SON INMUEBLES.*

La regla general es que las sentencias judiciales se limitan a declarar un derecho existente con anterioridad. De tal forma, la sentencia que declara el derecho legal de retención se limita a reconocer el derecho que ya la ley había concedido al acreedor retencionario. Una conclusión similar se desprende en

Abeliuk, cuando afirma que “el derecho legal de retención opera judicial o extrajudicialmente; esto último porque el deudor al negarse a entregar o restituir no contrae responsabilidad alguna; *ejerce un derecho...*”<sup>49</sup>. Esto lo corrobora el artículo 545 del C.P.C., el cual exige que el derecho de retención que *en ciertos casos conceden las leyes* debe ser declarado judicialmente para que sea eficaz.

Sin embargo otros autores, entre ellos Bravo Heisse<sup>50</sup>, señalan que la sentencia judicial es requisito de existencia del derecho. En efecto, ¿qué ventajas obtenemos de un derecho que no se puede hacer efectivo?. Como dice el autor antes citado, con el derecho de retención sucede algo parecido con los derechos bajo condición suspensiva; mientras no se cumpla la condición, no existe el derecho<sup>51</sup>.

No obstante la opinión anterior creemos que el derecho de retención existe desde el momento en que el titular de este derecho pide su declaración judicial, y aun antes; o sea, desde que concurren todos los presupuestos sustantivos para que pueda ser legalmente declarado, porque la resolución judicial respectiva es meramente declarativa del derecho reclamado y, en manera alguna, constitutiva del mismo<sup>52</sup>.

Este problema tiene importancia práctica, toda vez que puede ocurrir que pendiente el juicio o la incidencia en que se haga valer el derecho en estudio, el dueño de la cosa sea declarado en quiebra. Si aceptáramos la opinión de Bravo Heisse los bienes sobre los cuales se pretendía la retención pasarían a formar parte de la masa del fallido, y el acreedor por conceptos de gastos y perjuicios no gozará de preferencia alguna. Por el contrario, si pensamos que el derecho de retención existe desde que se reclama su declaración el bien cuya retención se pretende no entrará a la masa y el crédito gozará de preferencia frente a los demás acreedores del fallido. Así lo demuestra el artículo 71 inciso 4º de la ley

de quiebras, al prescribir que “Cuando algún acreedor corresponda el derecho de retención, en los casos señalados por las leyes, no podrá privársele de la cosa retenida sin que previamente se le pague o se le asegure el pago de su crédito. La procedencia del derecho legal de retención podrá ser declarada aun después de la sentencia de quiebra”. En este artículo, puede apreciarse claramente la naturaleza cautelar del derecho en estudio.

Ahora bien, cuál es el papel que desempeña la inscripción en el derecho legal de retención? El artículo 547 del C.P.C. señala que “...El decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas”.

Como es sabido, la inscripción en el Conservador tiene 4 objetivos principales:

- 1.- Es la única forma de efectuar la tradición de los derecho reales sobre inmuebles, a excepción de la servidumbre (art. 698).
- 2.- Dar publicidad a la propiedad raíz, poniendo a la vista de todos el estado de las fortuna territorial.
- 3.- Es requisito, prueba y garantía de la posesión de los bienes raíces.
- 4.- Es una solemnidad de ciertos actos jurídicos.

Desde luego, no es la forma de hacer la tradición del derecho de retención; el artículo 686 del Código Civil no lo enumera en ninguno de los casos en que la tradición debe hacerse mediante la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces.

El objetivo 3 evidentemente es inaplicable en la especie.

Respecto a la inscripción como solemnidad de ciertos actos, creemos que no se aplica esta finalidad en el derecho de retención, toda vez que declarado el derecho por el juez y antes de inscribirse esta declaración en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces, el favorecido con tal declaración no podría hacer efectivo antes de la inscripción este derecho, en contra del deudor retenido, por no existir todavía, ya que no se ha cumplido con la solemnidad.

Por lo tanto, creemos que es la publicidad el objetivo que se persigue con la inscripción del decreto judicial que declara procedente la retención. Por consiguiente, el efecto que produce la no inscripción, es la inoponibilidad frente a terceros. Se produce un efecto parecido a la inscripción de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de bienes raíces; antes de inscribirse la sentencia que declara la prescripción, esta sólo se puede hacer valer en contra de la parte contraria, pero una vez inscrita la sentencia en el Conservador, entonces se puede hacer valer en contra de terceros.

#### *7.- ESTUDIO PARTICULAR DE LOS CASOS EN QUE NUESTRO CÓDIGO CIVIL AUTORIZA EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN EN LOS DISTINTOS CONTRATOS EN PARTICULAR. OTROS CASOS DE RETENCIÓN<sup>53</sup>.*

Ramón Meza Barros<sup>54</sup> señala los casos más importantes de derecho legal de retención, consignados en el Código Civil:

a) El usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago “de los reembolsos e indemnizaciones” a que es obligado el propietario (art. 800).

b) El poseedor vencido en el juicio reivindicatorio podrá retener la cosa hasta que se le pague o asegure el pago de lo que tuviere derecho a reclamar “en razón de expensas y mejoras” (art. 914).

c) El vendedor puede rehusar la entrega de la cosa, o lo que es lo mismo retenerla, si el comprador no paga o está pronto a pagar el precio íntegro, a menos de haberse convenido el pago a plazo (art. 1826 inc. 3º).

Podrá asimismo retener la cosa vendida, aunque haya un plazo convenido, si después del contrato disminuye la fortuna del comprador en forma que le exponga a un peligro inminente de perder el precio. (art. 1826 inc 4º). Obviamente, en este caso, el deudor no tiene los derechos de venta y de pago preferente porque la retención recae sobre un bien suyo.

d) El arrendatario no podrá ser expelido o privado de la cosa arrendada, en todos los casos en que se deban indemnizaciones, sin que se le paguen por el arrendador o se le asegure su importe (art. 1937).

e) El arrendador, por su parte, tiene derecho de retener para seguridad del pago del precio y de las indemnizaciones que se le adeuden, “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” (art. 1942 inc. 2º).

f) El mandatario podrá 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. 2162).



g) El comodatario puede retener la cosa prestada, mientras no se le paguen las indemnizaciones a que está obligado el comodante o se le caucione debidamente el pago (art. 2193).

h) El depositario sólo puede retener el depósito “en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo”, esto es, las expensas hechas para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiera hecho el mismo depositante, y los perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito (arts. 2234 y 2235).

i) El acreedor prendario puede retener la prenda si tiene contra el mismo deudor otros créditos ciertos y líquidos, contraídos después de la obligación garantizada y que se han hecho exigibles con anterioridad (art. 2401).

j) El acreedor anticrético goza de los mismos derechos que el arrendatario “para el abono de mejoras, perjuicios y gastos” y, en consecuencia, le corresponde el derecho legal de retención (art. 2440).

Por su parte, el autor argentino Leiva Fernández<sup>55</sup> se refiere además a los supuestos de edificación, plantación y siembra en terreno ajeno (art. 669, inc. 2º); el caso contemplado en beneficio del propietario fiduciario (art. 754); del poseedor de buena fe de cosas muebles (art. 890 inc. 3º) y el contemplado en beneficio del posadero (arts. 2242 y 2248).

René Abeliuk<sup>56</sup> menciona además el caso de especificación del art. 662, en cuya virtud “No habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por la otra, el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura” (inc. 2º). Mientras ella no se pague, el especificador puede negar la restitución. También hace referencia al artículo 92 de la Ley de quiebras el cual establece un caso bastante amplio, a saber “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 aquel, 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”.

Veremos a continuación como se manifiesta el derecho de retención en el Código Civil, profundizando el análisis en los distintos contratos en particular.

#### 7.1 Artículo 669. Accesoión de cosas muebles a inmuebles.

26 Artículo 669 inciso 2º: *“Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera”.*

Cabe señalar que no es necesario que el código emplee la palabra retención cuando se refiere a este derecho; basta que así se desprenda de sus términos, como en el presente caso y en la gran mayoría de los artículos que autorizan el derecho legal de retención.

Del inciso 2º de la norma transcrita se desprende que para que haya lugar al derecho de retención deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Se debe haber edificado, plantado o sembrado por una persona distinta del dueño del terreno, con el conocimiento de éste.
- b) El dueño del terreno debe haber adoptado una actitud pasiva.

El crédito a que accede la retención en este caso está constituido por el valor de la plantación, construcción o sementera y se hará valer cuando el

dueño demande su restitución, caso en que el que plantó, edificó o sembró cobrará el valor de estas cosas y para asegurar este pago pedirá que se declare el derecho legal de retención en su favor, hasta que se le pague.

En este caso, el derecho de retención no se puede hacer valer en una demanda. Sería absurdo que el que ha plantado, edificado o sembrado en terreno ajeno pudiera demandar al dueño del terreno para que le pague el valor de estas obras. Además, así se desprende de la redacción del artículo 669 inciso 2º.

Para obtener la declaración del derecho de retención en este caso, se puede emplear cualquiera de los procedimientos comunes u ordinarios. Como siempre recaerá sobre inmuebles, deberá inscribirse la sentencia que lo reconoce, en el registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces.

Por último, se concede el derecho en estudio a la persona que hubiere edificado, plantado o sembrado esté de buena o mal fe, pues el artículo no distingue.

## 7.2 Artículos 754 y 800. Propiedad fiduciaria y usufructo.

27 Artículo 754: *“El propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargas del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan”.*

28 Artículo 800: *“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”.*

Uno de los derechos del propietario fiduciario es el de retención que

otorga el artículo 800 al usufructuario sobre la cosa fructuaria. El derecho de retención que otorgan estos dos artículos es a favor del fiduciario y del usufructuario y se pueden hacer valer en contra del fideicomisario y del nudo propietario respectivamente.

Para que exista el derecho legal de retención en estos casos, es necesario que el propietario fiduciario o el usufructuario tengan derecho a cobrar ciertas indemnizaciones y reembolsos al fideicomisario y nudo propietario respectivamente.

Estos reembolsos e indemnizaciones están determinados en los artículos que se refieren a la propiedad fiduciaria y al usufructo, según se desprende de la redacción de los artículos precedentemente transcritos.

*a) Indemnizaciones que puede deber el fideicomisario al propietario fiduciario a la época de la restitución:*

En el fideicomiso estas indemnizaciones están establecidas en los artículos 756 y 759.

El artículo 756 se refiere a las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa.

El valor de dichas expensas será el que con mediano cuidado debieron costar.

Además estas expensas están sujetas a rebajas distintas según se hayan invertido en obras materiales o en objetos inmateriales.

Si se han invertido en obras materiales deberá reembolsarse lo que valgan al tiempo de la restitución . Si se han invertido en objetos inmateriales se

rebajará de lo que hayan costado estos objetos una vigésima parte por cada año de los que desde entonces hubieren transcurrido hasta el día de la restitución.

El artículo 759 en su 1ª parte, establece que el fiduciario no tiene derecho a indemnización alguna en razón de mejoras no necesarias, excepto cuando así lo haya pactado con el fideicomisario.

En este último caso es lógico que también goce del derecho de retención hasta ser pagado, ya que es una indemnización establecida por el artículo en estudio.

Sin embargo, en la 2ª parte este artículo autoriza al fiduciario para oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras no necesarias hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere. De manera que si el fiduciario debe indemnizaciones al fideicomisario puede oponer en compensación a esta deuda el aumento de valor de las especies. Pero si no tiene indemnizaciones, no tiene derecho alguno a cobrar este aumento de valor.

Además, las indemnizaciones debidas por el fiduciario deben ser con ocasión del fideicomiso; lo da a entender la redacción del artículo, debiendo ser no necesarias.

Por lo tanto, si el fiduciario debe al fideicomisario una cantidad de dinero que no sea a título de indemnizaciones provenientes del fideicomiso, tampoco puede oponer en compensación a esta deuda el aumento de valor de las cosas constituidas en fideicomiso.

Naturalmente, que en ninguno de estos casos tiene el propietario fiduciario el derecho legal de retención, puesto que si hay lugar a la compensación no tiene objeto retener las especies; en este caso, no habría nada que caucionar y el derecho de retención es una verdadera caución.

b) Indemnizaciones que puede deber nudo propietario al usufructuario. Contempladas en los artículos 797 y 800.

Del artículo 797 se desprende que si el propietario se niega o retarda la ejecución de las obras o refacciones mayores necesarios para la conservación de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario, debiendo reembolsarle el propietario al término del usufructo lo que hubieren costado, sin interés. Si en este último caso el propietario se niega a reembolsar al usufructuario, entonces éste puede hacer valer el derecho de retención hasta que se le cancele lo adeudado por parte del propietario.

Por su parte, en el artículo 801, se establece una regla muy parecida a la que da el artículo 759 con respecto al fideicomiso. En ninguno de estos casos hay lugar al derecho legal de retención.

Tanto en el caso del fideicomiso como del usufructo, el derecho legal de retención puede recaer sobre muebles o inmuebles. Para obtener su declaración, se empleará cualquiera de los procedimientos ordinarios o comunes.

### 7.3 Artículo 890. Cosas que pueden reivindicarse.

29 Artículo 890: "Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y

muebles. Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

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

Requisitos de procedencia:

- a) Debe tratarse de una cosa mueble.
- b) La cosa mueble debe haberse comprado en una feria, tienda o almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

El crédito que autoriza la retención está constituido por la suma en que el poseedor la haya comprado, más lo que haya gastado en repararla y mejorarla.

No se toma en cuenta la buena o mala fe del poseedor.

#### 7.4 Artículo 914: Prestaciones Mutuas.

30 Artículo 914: *“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”.*

Este saldo es el resultado a que se llega una vez hecho el balance de las prestaciones a que están obligados recíprocamente según los artículos 914 y siguientes, el poseedor vencido y el reivindicante. Si el saldo es a favor del

primero, entonces goza del derecho legal de retención.

El artículo 914 se refiere tanto al poseedor de buena o mala fe.

El balance de retención puede ser, en este caso, mueble o inmueble. Se tramitará conjuntamente con el juicio de reivindicación o como medida precautoria.

#### 7.5 Artículo 1826: Derecho de retención del vendedor.

*31 Artículo 1826: “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 a estipulado pagar a plazo.*

*Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle 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”.*

Requisitos de procedencia:

a) Existencia de un contrato de compraventa.



- b) Que la obligación del vendedor no esté sujeta a condición ni a plazo.
- c) Que la fortuna del comprador hubiere menguado considerablemente después de celebrado el contrato y antes de haber entregado la cosa vendida.
- d) El vendedor debe hallarse como consecuencia del requisito anterior en peligro inminente de perder el precio.
- e) El comprador debe negarse a pagar el precio, o a asegurar el pago.

Concurriendo esta circunstancia el vendedor no está obligado a entregar la cosa o cosas vendidas aunque se haya estipulado un plazo para el pago del precio.

En lo que se refiere al plazo, este artículo no hace sino aplicar la regla establecida en el artículo 1496 que dice “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1º Al deudor constituido en quiebra o en notoria insolvencia”.

En este caso, la obligación del comprador de pagar el precio se haría exigible aunque no se hubiera cumplido el plazo y, por lo tanto, el vendedor no está obligado a entregar las cosas vendidas mientras no se le pague el precio, pues el plazo que existía a favor del comprador ha caducado y su obligación se ha hecho exigible.

La frase “*o ha estipulado pagar a plazo*” con que termina el inciso 3º no se aplica en este caso ya que el plazo caducó de acuerdo a lo preceptuado en el art. 1496 en relación con el artículo 1826 inciso 4º.

El derecho legal de retención en este caso puede ser mueble o inmueble y su tramitación se arreglará a cualquiera de los procedimientos comunes u ordinarios.

#### 7.6 Artículo 1872: Depósito del precio por parte del comprador

*Artículo 1872: “El precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario.*

*Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio”.*

El Sr. Rubén Venegas R.<sup>57</sup> en su tesis de licenciatura ha sostenido que éste sería otro caso de derecho legal de retención.

Sin embargo, considero que ello no es así por las siguientes razones:

El derecho legal de retención consiste en la facultad que tenemos en los casos establecidos por la ley para conservar en nuestro poder una cosa hasta que no se paguen ciertas indemnizaciones, gastos créditos en general.

En este caso sólo se trata de una medida preventiva que no tiene por objeto asegurar el pago de una determinada suma de dinero.

b) El derecho legal de retención consiste en conservar la tenencia o posesión de una cosa; en cambio, el derecho que tiene el comprador en el

caso del artículo 1872 sólo lo autoriza para depositar el precio con autoridad de la justicia.

Esto no sólo tiene importancia teórica, sino que también mucha importancia práctica, toda vez que en caso de quiebra del vendedor creemos que el comprador que hubiera depositado el precio podrá retirar el depósito sin concurrir con los demás acreedores de la quiebra, ya que dicho depósito depende sólo de su voluntad, y podrá retirarlo o hacerlo cesar en el momento que desee. Este depósito se hace a nombre del comprador y no a nombre del vendedor.

#### 7.7 Artículo 1937: Derecho de retención del arrendatario

33 Artículo 1937: *“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”.*

Requisitos de procedencia del derecho legal de retención:

- a) Existencia de un contrato de arrendamiento.
- b) Que el arrendatario tenga en su poder la cosa arrendada.
- c) Que al término del arrendamiento, el arrendador deba indemnizaciones al arrendatario y se niegue a pagárselas.
- d) Que la extinción del arrendamiento no se refiera al caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada.

Ahora bien, las indemnizaciones que pueden dar origen al derecho de retención en este caso no son otras que las establecidas en las disposiciones del mismo párrafo 2º del título 26 del Libro 4º del Código Civil. Esto, porque 1.- En todos los casos de retención establecidos por nuestro Código Civil podemos observar que se exige una relación entre el crédito y el acto o contrato que lo engendra; 2.- El derecho legal de retención es de derecho estricto. Por ende, concederlo en todos los casos en que se deban indemnizaciones al arrendatario sería generalizarlo; 3.- Casi todos los artículos de este párrafo establecen los casos en que el arrendador debe indemnizaciones al arrendatario y al final de este párrafo se encuentra el artículo 1937 disponiendo *“En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario”*, dando a entender de esta manera que los casos a que se refiere son los contemplados en los artículos anteriores que establecen y reglamentan estas indemnizaciones”.

Sin embargo, las indemnizaciones que dan lugar a la retención tienen que cumplir un requisito fundamental: es necesario que el arrendatario esté en posesión de la cosa arrendada cuando lo invoque.

Por ejemplo, el inciso 1º del artículo 1926 del Código de Bello se refiere al caso en que el arrendador por hecho o culpa suya se haya constituido en mora de entregar la cosa sin que disminuya notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato; en este caso puede tener lugar el derecho de retención ya que la mora del arrendador en este caso no da derecho para pedir la resolución del contrato. Si al término del contrato de arrendamiento el arrendador no ha pagado estas indemnizaciones, no hay inconveniente alguno para que el arrendatario haga valer el derecho legal de retención del artículo 1937.

En el caso del inciso 2º del mismo artículo, el arrendatario puede desistir del contrato pidiendo indemnización de perjuicios y evidentemente no podrá hacer valer el derecho de retención por no tener en su poder la cosa arrendada. Pero en el caso que pida solamente la indemnización de perjuicios sí que puede hacer valer el derecho legal de retención en caso que al término del contrato no se le hayan pagado todavía estas indemnizaciones.

Cabe agregar que en el caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador, verbigracia si el arrendador era usufructuario o propietario fiduciario de la cosa y llega el día en que debe cesar el usufructo o pasar la propiedad al fideicomisario (art. 1958), no tiene lugar el derecho de retención, por expresa disposición del artículo 1937 inciso 2º.

No obstante, si esta extinción se debe a hecho o culpa del arrendador, debe indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho no esté obligada a respetar el arriendo (art. 1961).

Sin embargo, en este caso el arrendatario podrá hacer valer el derecho legal de retención frente al 3º hasta que el ex arrendador (o el mismo 3º), le pague las indemnizaciones. Es una aplicación de la relativa oponibilidad a terceros del derecho legal de retención y también es una consecuencia del inciso 2º del artículo 1937 ya visto, que niega el derecho legal de retención sólo en caso de extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada.

Pero en todo caso, para que el arrendatario pueda hacer valer el derecho legal de retención frente al tercero, es necesario que se haya declarado

judicialmente y que la sentencia se haya inscrito en el Registro de Hipotecas si la cosa retenida es inmueble.

#### 7.8 Artículo 1942: Derecho de retención del arrendador

34 Artículo 1942: *“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, a menos de prueba contraria”.*

Requisitos de procedencia del derecho legal de retención:

- a) Que la cosa arrendada haya sido entregada al arrendatario.
- b) Que en ella existan frutos u objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto.
- c) Que estos objetos sean de propiedad del arrendatario.

El artículo 1942 establece el derecho legal de retención sobre los objetos de propiedad del arrendatario, que se encuentren en la cosa arrendada.

En la última parte del artículo se establece una presunción de dominio del arrendatario sobre estos objetos. Por lo tanto, si el arrendatario se excepciona diciendo que los objetos que se pretende retener no son de su propiedad, deberá probarlo.

El crédito que autoriza la retención en estos casos está constituido por el precio o renta de arrendamiento no pagadas y por las indemnizaciones que el arrendatario debe al arrendador. Estas indemnizaciones están establecidas en el párrafo tercero del título 26 del Libro 4º del Código Civil. La regla es la siguiente: hay lugar al derecho legal de retención en el caso del artículo 1942 siempre que el crédito o indemnización que el arrendatario debe al arrendador provenga del incumplimiento de las obligaciones que el contrato de arrendamiento impone al arrendatario.

El artículo 598 del C.P.C. autoriza al arrendador para requerir el auxilio de cualquier funcionario de policía por el término de dos días con el fin de evitar que el arrendatario extraiga de la cosa arrendada los objetos que existieren en ella. Una vez obtenida la declaración judicial del derecho legal de retención este auxilio se prestará indefinidamente con el mismo objeto.

Cabe citar en este punto, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, la cual, en su considerando 7º, estableció la siguiente doctrina: “El artículo 1942 del Código Civil concede al arrendador sólo el derecho de retener los frutos de la cosa arrendada y los objetos existentes en ella que pertenezcan al arrendatario sin que sea admisible la designación de un depositario, ni mucho menos extraerlos del fundo. El arrendador tiene el derecho de retención pero no está facultado para despojar al arrendatario de los frutos y objetos retenidos. El sentido de la voz retener es el de conservar o guardar en sí, pero de ninguna manera el derecho de retención le da al arrendador la facultad de privar al arrendatario del uso y goce de las cosas que han llevado al fundo arrendado”. Agrega el considerando 7º “Que habiendo ejercitado Sofía (arrendador) el derecho de retención, sólo puede exigir que se tome razón de los frutos y objetos existentes en el fundo que tiene dado en arriendo a fin de que en su oportunidad le sea posible ejercitar sobre esos bienes los derechos que enuncia

el artículo 698 del C.P.C”<sup>58</sup>.

Cabe hacer presente que el derecho de retención establecido por el artículo 1942 es el único caso en que el acreedor retencionario no tiene en su poder las cosas retenidas, constituyendo por lo tanto una excepción a las reglas generales sobre el derecho legal de retención.

La Corte de Apelaciones de Santiago dispuso que “Para que se declare el derecho de retención que la ley confiere al arrendador, no es preciso que haya demanda, y basta en consecuencia, la simple petición que se formule al respecto”<sup>59</sup>.

No estamos de acuerdo con la doctrina de esta sentencia, pues consideramos que es esencial que exista o esté por interponerse una demanda para poder declarar el derecho legal de retención. Esto, porque en el caso de emplearse el procedimiento de las medidas prejudiciales precautorias, que es el único caso en que se puede solicitar la declaración del derecho legal de retención antes de interponer la demanda, es necesario para que subsista que se presente la demanda y se pida que se mantenga el derecho legal de retención en los plazos que establece el artículo 280 del C.P.C.

El derecho legal de retención será en estos casos siempre mueble, por recaer sobre cosas de esta naturaleza.

#### 7.8 Artículo 2162: Derecho de retención del mandatario:

35 Artículo 2162: “*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*”.



Requisitos de procedencia:

a) Existencia de un mandato.

b) Que el mandatario tenga en su poder efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante.

c) Que el mandante deba al mandatario prestaciones que nacen del mandato.

Los únicos efectos que se pueden retener son los que se le hayan entregado al mandatario por cuenta del mandante. No puede retener otros. De manera que si el mandatario tiene por cualquier otro motivo objetos de su mandante, no los puede retener.

Creemos además que si los objetos que tiene en su poder el mandatario se los ha entregado el mismo mandante para que pueda cumplir el mandato, no puede en este caso retenerlos, ya que el artículo 2162 autoriza la retención sólo sobre *“los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante”* y esta no es la situación de los bienes que analizamos puesto que no se le han entregado por cuenta del mandante, sino que el mismo mandante se los ha entregado. No debemos olvidar que el derecho legal de retención es de derecho estricto y no se puede aplicar por analogía.

El crédito que autoriza la retención debe estar constituido por las prestaciones o desembolsos que el mandatario está obligado a hacer a favor del mandante y que éste le adeuda.

El artículo 2162 al referirse a las prestaciones a que el mandante fuere obligado por su parte, está hablando de las prestaciones que debe al

mandatario en su calidad de mandante, y no en otra calidad cualquiera.

El procedimiento que debe emplearse en este caso para obtener la declaración del derecho de retención es cualquiera de los procedimientos comunes o generales.

El derecho legal de retención en estudio puede ser mueble o inmueble, según se desprende de la palabra “efectos” que emplea el artículo 2162.

#### 7.9 Artículo 2193: Derecho de retención del comodatario

36 Artículo 2193: *“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 condenare”.*

Requisitos de procedencia:

- a) Existencia de un contrato de comodato.
- b) Que el comodatario no haya entregado la cosa prestada.
- c) El comodante debe ser deudor del comodatario de alguna indemnización de las tratadas en los artículos precedentes (2191 y 2192).

Sólo las indemnizaciones de los artículos 2191 y 2192 dan lugar al derecho de retención.

La última parte del artículo 2193 establece que no hay lugar a la

retención si el comodante cauciona el pago de la cantidad en que se le condenare. Sin embargo, el artículo 547 del C.P.C. dispone que de la misma preferencia establecida en el artículo anterior gozarán las cauciones legales que se presten en sustitución de la retención. Este artículo se refiere a las cauciones que se presten una vez declarado el derecho legal de retención, ya que antes de la declaración judicial no puede hablarse de cosas retenidas.

En cambio, el artículo 2193 se pone en el caso de que el comodante caucione el pago antes de declararse el derecho legal de retención. En este caso, ¿gozará o no la caución prestada de la preferencia establecida en el artículo 547 del C.P.C.? Creemos que no, debido a que las causales de preferencia las establece la ley en determinados casos que no pueden aplicarse por analogía<sup>60</sup>.

En todo caso, si la caución se presta en el caso del artículo 2193 después de de declarado el derecho legal de retención, entonces goza de la preferencia ya que cae de lleno en el artículo 545 ya mencionado.

#### 7.10 Artículo 2234 y 2235: Derecho de retención del depositario

*Artículo 2234: “El depositario no podrá sin el consentimiento del depositante retener la cosa depositada, a título de compensación, o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el artículo siguiente”.*

*Artículo 2235: “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 perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el*

*depósito*".

El artículo 2234 en su primera parte se refiere a la retención voluntaria la cual tiene lugar cuando, tratándose de alguna deuda que no se deba en razón de las expensas y perjuicios de que habla el artículo 2235, el depositante consiente para que se le retengan las cosas dadas en depósito.

Esta retención convencional no se sujeta a las reglas ni concede los derechos del derecho legal de retención, ya que se sujeta en sus efectos, al contrato que le dio origen.

Ahora bien, en el caso del artículo 2234 2ª parte, se concede el derecho legal de retención única y exclusivamente cuando las indemnizaciones que debe el depositario son de las tratadas en el artículo 2235, disposición semejante al artículo 2193 ya analizado.

Cualquiera otra indemnización que adeude el depositante al depositario aunque sea con ocasión del contrato de depósito, no autoriza al depositario para retener las cosas dadas en depósito.

Las indemnizaciones que pueden dar lugar al derecho legal de retención son:

- a) Expensas que el depositario haya hecho para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiera hecho él mismo, teniéndola en su poder, y
- b) Perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito.

### 7.11 Artículos 2240, 2241 y 2248: Depósito necesario

En los casos de depósito necesario contemplados en los artículos señalados precedentemente, se aplican las mismas reglas estudiadas respecto del depósito propiamente dicho.

### 7.12 Artículos 2250 y 2253: La retención en el secuestro

Estos artículos hacen aplicables al secuestro las mismas reglas del depósito propiamente dicho “*salvas las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en el Código de Enjuiciamiento*” (art. 2250). Ninguna de estas disposiciones niega el derecho legal de retención que concede el artículo 2234.

La única diferencia que existe entre el derecho legal de retención en el caso del secuestro con el derecho legal de retención en los demás casos que se refieren al depósito, sea propiamente dicho o necesario, es que el derecho legal de retención en el primer caso puede ser mueble o inmueble (art. 2251), mientras que en los demás casos será siempre mueble.

### 7.13 Artículo 2401: Prenda tácita

39 Artículo 2401: “*Satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda.*

*Pero podrá al acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos con tal que reúnan los requisitos siguientes:*

*1º Que sean ciertos y líquidos.*

*2º Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda.*

3° Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior”.

Este artículo se refiere a lo que se llama en doctrina prenda tácita.

Mucho se ha discutido si en este caso se puede hablar de una prenda o de un caso de derecho legal de retención.

Por nuestra parte creemos que la prenda tácita no es más que uno de los casos en que nuestro código civil autoriza el derecho de retención. Motivos:

a) El inciso 1° del artículo 2401 habla de “restituirse la prenda”, una vez satisfecho el crédito, pero la palabra prenda está aquí mal empleada ya que si el crédito se ha satisfecho, si se ha extinguido por el pago o por otro medio equivalente, extingue también la obligación accesoria que es la prenda, no pudiéndose hablar ya de prenda con propiedad, sino más bien de cosas que estaban dadas en prenda”. El inciso 2° del art. 2401 que se refiere al inciso 1° del mismo al decir “*Pero podrá el acreedor retenerla*” toma la palabra prenda en el mismo sentido del inciso 1°, es decir, como cosas que estaban dadas en prenda.

b) Si el legislador hubiera querido que la prenda subsistiera en caso de existir otros créditos entre acreedor prendario y deudor, que reunieran los requisitos enumerados en el artículo 2401, lo habría dado a entender claramente.

c) Sabemos que el derecho de prenda es un derecho real, por lo tanto, se ejerce directamente sobre la cosa, y es oponible a terceros.

No sucede esto con el derecho que otorga al acreedor el inciso 2° del artículo 2401. En efecto, el artículo 2393 al ponerse en el caso del acreedor

prendario que pierde la tenencia de la prenda, le da acción para recuperarla contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido.

Pero el deudor podrá retener la prenda pagando la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida.

Hecho este pago, no podrá el acreedor reclamar la prenda alegando créditos que reúnan los requisitos del artículo 2401.

En definitiva, el acreedor en este caso no ejerce un derecho real ya que si así fuera podría reclamarla aunque estuviera en poder del dueño como se establece para la prenda en el artículo 2393, inciso 1º.

En cambio, esta característica es propia del derecho legal de retención uno de cuyos requisitos esenciales es la tenencia o posesión de la cosa en manos del acreedor retencionario; si las cosas retenidas dejan de estar en poder del acreedor, éste pierde su derecho legal de retención. Y esto es precisamente lo que establece el artículo 2393 en su inciso 3º con respecto al caso contemplado en el artículo 2401.

d) Si el derecho que concede el artículo 2401 al acreedor prendario a quien se ha pagado el crédito en todas sus partes fuera una verdadera prenda, es evidente que produciría todos los efectos de tal. Sin embargo, no es así, pues fuera del caso del artículo 2393 inciso 3º, el art. 2404 inc. 3º niega al acreedor cuyo crédito reúna los requisitos enumerados en el artículo 2401 el derecho de excusarse de la restitución de ella.

e) Por último, el fundamento del derecho que concede el artículo 2401 es el mismo fundamento del derecho legal de retención: la equidad, fundamento

remoto, y la ley, fundamento próximo<sup>61</sup>.

Los requisitos del 2401 considerado como caso de derecho de retención son los siguientes:

- 1.- Que haya existido un contrato de prenda.
- 2.- El deudor prendario debe haber satisfecho en todas sus partes el crédito.
- 3.- El acreedor retencionario debe tener en el momento del pago que se refiere el requisito anterior otros créditos en contra del deudor retencionario.
- 4.- Estos créditos, a su vez, deben reunir los siguientes requisitos:
  - a) Deben ser ciertos y líquidos.
  - b) Que se hayan contraído después de la obligación para la cual se ha constituido la prenda.
  - c) Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación.

Otra característica del derecho de retención del 2401 es que tiene un modo de extinguir propio contemplado en el artículo 2404.

En estos casos, el acreedor retencionario está obligado a entregar las cosas retenidas al comprador o a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso -para el goce o tenencia de dichas cosas-. La regla general es que el derecho legal de retención no se extingue por estos modos.



Por consiguiente estas dos obligaciones son excepcionales: no pueden aplicarse sino en los casos a que se refieren.

Finalmente el derecho de retención será siempre mueble, ya que sólo recaerá sobre las cosas que estaban dadas en prenda y sólo los muebles se pueden dar en prenda.

El procedimiento empleado para su declaración puede ser cualquiera de los comunes u ordinarios.

#### 7.14 Artículo 2440: Anticresis

40 Artículo 2440: *“El acreedor que tiene anticresis, goza de los mismos derechos que el arrendatario para el abono de mejoras, perjuicios y gastos, y está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario relativamente a la conservación de la cosa”.*

Este artículo no concede directamente el derecho legal de retención al acreedor que tiene anticresis, sino que lo hace indirectamente al conceder a éste los mismos derechos que el arrendatario para el abono de mejoras, perjuicios y gastos.

Uno de los derechos concedidos al arrendatario en caso de debérsele indemnizaciones por el arrendador es el derecho legal de retención sobre la cosa arrendada, hasta que dichas indemnizaciones sean canceladas.

El procedimiento que debe emplearse cuando quiera hacerse valer el derecho legal de retención concedido por el art. 2440, es cualquiera de los procedimientos comunes u ordinarios.

Por último, hay una diferencia entre el derecho legal de retención que establece el art. 1977 y el establecido en el art. 2440. Esta diferencia consiste en que el derecho de retención en el primer caso puede ser mueble o inmueble (2435). Por lo tanto, deberá inscribirse siempre en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces la resolución judicial que lo concede.

## V.- CONCLUSIÓN

Luego de estudiar en profundidad el derecho civil de retención, considero que en una futura revisión del código debiera ser incorporado como una norma de carácter general, por su evidente fundamento de equidad.

No obstante, y para no abusar de la institución, deben desarrollarse latamente los requisitos doctrinarios de procedencia del derecho de retención, fundamentalmente el referido a la conexión a fin de aplicar con certeza la eventual norma general que pudiera dictarse próximamente.

En esta labor, el legislador debe ser lo más claro posible en el empleo de las palabras legales, para no confundir la institución estudiada con la exceptio non adempti contractus o excepción de contrato no cumplido.

Como puede apreciarse, la justicia primitiva, uno de los posibles fundamentos del derecho de retención, no ha desaparecido del todo en la sociedad moderna, sino que, por el contrario, ha evolucionado.

## VI.- BIBLIOGRAFÍA

- 1.- LEIVA FERNÁNDEZ LUIS, “DERECHO DE RETENCIÓN. CARACTERIZACIÓN, EFECTOS, REQUISITOS, TEORÍA GENERAL”. BUENOS AIRES, ARGENTINA, EDITORIAL ASTREA, AÑO 1991.
- 2.- ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, ORLANDO, “EL DERECHO DE RETENCIÓN EN MATERIA CIVIL”. TESIS, SANTIAGO, CHILE, UNIVERSIDAD DE CHILE, AÑO 1962.
- 3.- PINTO MARTÍNEZ, CLAUDIO, “EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO”, TESIS, SANTIAGO, CHILE, UNIVERSIDAD DE CHILE, AÑO 1993.
- 4.- BRAVO HEISSE, ELEAZAR, “EL DERECHO DE RETENCIÓN EN NUESTROS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL”, TESIS, SANTIAGO, CHILE, UNIVERSIDAD DE CHILE, AÑO 1942.
- 5.- ADAME GODDARD, JORGE “EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ROMANO Y EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y SU

POSIBLE APLICACIÓN A LOS CONTRATOS DE DEUDA EXTERNA” EN  
[WWW.VRBS.ORG/XIV CONGRESO](http://WWW.VRBS.ORG/XIV_CONGRESO)

6.- VENEGAS RODRÍGUEZ, RUBÉN “EL DERECHO DE RETENCIÓN”, SANTIAGO, CHILE, AÑO 1940.

7.- CRISOSTO BUSTOS, ESTEBAN, “EL DERECHO DE RETENCIÓN”, EN REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN, AÑO X, ENERO-JUNIO DE 1942, NÚMEROS 39 Y 40, CONCEPCIÓN, CHILE

8.- MEZA BARROS, RAMÓN “DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES”, SANTIAGO, CHILE, TOMO II, EDITORIAL JURÍDICA, AÑO 1995.

9.- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “DE LAS OBLIGACIONES” SANTIAGO, CHILE, TOMO II, EDITORIAL JURÍDICA, AÑO 1993.

10.- MATURANA MIQUEL, CRISTIAN “DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO”, 1998, UNIVERSIDAD DE CHILE.

11.- MATURANA MIQUEL, CRISTIAN “EL PROCEDIMIENTO SUMARIO, EL JUICIO EJECUTIVO, EL JUICIO DE HACIENDA, Y OTROS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES”, 1999, UNIVERSIDAD DE CHILE.

12.- CASARINO VITERBO, MARIO “MANUAL DE DERECHO PROCESAL” AÑO 1995, EDITORIAL JURÍDICA, TOMO V.

13.- ACTAS DE DERECHO INDIANO, XIII CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO. COORDINADOR LUIS E. GONZALEZ VALE. ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PUERTO RICO. SAN JUAN 2003. TOMO II.

14.- HELMUT COING. DERECHO PRIVADO EUROPEO. FUNDACION CULTURAL DEL NOTARIADO. MADRID 1996. TOMO I. DERECHO COMUN MAS ANTIGUO 1500-1800.

15.- HELMUT COING. DERECHO PRIVADO EUROPEO. FUNDACION CULTURAL DEL NOTARIADO. MADRID 1996. TOMO II. DERECHO COMUN MAS ANTIGUO 1500-1800.

16.- EMILIO EIRANOVA ENCINAS. CODIGO CIVL ALEMAN COMENTADO BGB. MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES S.A., MADRID, 1998.

17.- ESTUDIO DE DERECHO PRIVADO. COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES. OBRA COORDINADA POR JUAN MARIA DIAZ FRAILE. MADRID, 1994.

18.- RENE JORQUERA LORCA. SINTESIS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. EDICIONES JURIDICAS "LA LEY" 1996. SANTIAGO.