

El Derecho de Retención

CAPITULO I

INTRODUCCION

I.—SU CONCEPTO.—“El derecho de retención es el derecho de rehusar la entrega de una cosa que poseemos por otro, hasta ser pagados por aquel a quien la cosa pertenece o le es debida, de una obligación de que nos es deudor por razón de esa misma cosa”. (Nota al art. 1547 del cód. civ. argentino por Vélez Sarsfield) (1).

Es un recurso para obligar al deudor a ejecutar la obligación contraída; es un medio de vincular la cosa ajena al cumplimiento de la obligación relativa a esa misma cosa.

Se trata de la conservación de la posesión del bien que pertenece a otra persona, en tanto ella nos pague lo que nos debe por razón del mismo bien.

El poseedor deberá *tener* el bien; la misma etimología del vocablo lo expresa: *rem tenere*.

El nuevo cód. peruano contiene estos elementos conceptuales en el art. 1029:

“Por el derecho de retención un acreedor detiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado”.

“Este derecho procede en los casos en que lo establece la ley o siempre que la deuda provenga de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones para con el tenedor del bien” (2).

(1) V. APARICIO Carlos, II, p. 2232.

(2) GUILLOUARD (No. 18, p. 300) define el derecho de retención 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”.

Conviene antes de completar la exégesis de este instituto, advertir que algunos autores lo han mirado con prevención y desconfianza. Se ha dicho de él que es peligroso y constituye un medio de expoliación porque con la retención se desespera a los acreedores que reclaman lo suyo (3). Puede evidentemente ocurrir que no sabiéndose a ciencia cierta si un crédito es o no exigible se ejercite la *retentio* como una forma de compulsión ilegítima.

2.—CALIDAD DEL CRÉDITO QUE DA LUGAR A LA RETENCIÓN.—No es necesario que el crédito sea líquido para que proceda el derecho de retención. POTHIER (4) decía: "Una deuda es líquida cuando consta lo que es debido y cuánto es debido —*cum certum est an et quantum debeat*—". En otros términos, para que una deuda pueda ser considerada líquida, es necesario que concurren dos elementos: 1.º Que se trate de una deuda cierta en cuanto a su existencia; 2.º Que esté determinada en cuanto a su cantidad o cuotidad; cualquiera de ellos que falte no habrá ya deuda líquida" (Véase SALVAT (5) (6)).

Para el derecho de retención es necesario que la deuda sea cierta y nada más. No es necesario que esté determinado su monto. Ello no se exige ni en la compensación; menos en la retención.

La compensación difiere de la retención en que aquella es medio de pago (arts. 1294 ss. cód. civ.) y no como ésta que importa un recurso para conseguir la efectividad del pago. Sin embargo, en la compensación vive la retención. En buena cuenta, la compensación consiste no en negar lo que se debe para obtener lo que es debido, sino en pagarse sobre lo que se debe (7). En nuestro derecho la compensación casi se identifica con la retención porque no exige ni la liquidez ni la fungibilidad recíproca de las obligaciones que se compensan.

3.—CARÁCTER DEL RETENEDOR.—Quien retiene es un poseedor inmediato, un tenedor, un poseedor precario. Reconoce en otro la propiedad del bien que retiene; por lo mismo, no puede adquirirlo por prescripción en ningún tiempo. Empero, a sus herederos les es aplicable la doctrina del art. 874 cód. civ.

(3) BIBILONI, Reforma, II, p. 150.

(4) V. POTHIER, II, N.º 628, p. 103 s.

(5) V. SALVAT, Obligaciones, N.º 1773, p. 692.

(6) Sobre el concepto de cantidad líquida nuestro cód. proc. civ. en su art. 602 previene: "Se entiende por cantidad líquida no sólo la que actualmente tiene esta calidad, sino la que puede reducirse a cifras determinadas mediante simples operaciones aritméticas basadas en los datos que suministra el título ejecutivo".

(7) Los créditos a plazo o sujetos a condición no dan lugar al derecho de retención. Así lo estiman la mayoría de los civilistas (VASQUEZ, N.º 22, p. 29); sólo SALVAT opta por el criterio opuesto (D. reales, II, N.º 3093, § 2º, p. 872).

4.—FUENTE DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Como expresa VÁSQUEZ, ALEJANDRO A. (8), el derecho de retención no admite otra fuente que la ley. No puede ser convencional; no puede nacer de un contrato. Ello no obstante, parece que quienes se inclinan a afirmar porque el derecho de retención puede ser convenido, emanar de un contrato, están en lo cierto (9).

5.—EL DERECHO DE RETENCIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE OTROS PAÍSES.—El cód. de Napoleón legisló sobre el derecho de retención sin darle autonomía ni ubicarlo en un lugar preciso en el cuadro general de las instituciones. Lo mismo hizo el legislador italiano con respecto al cód. civ. de su patria promulgado en 1865.

El derecho de retención aparece sistematizado por primera vez en el cód. civ. argentino en los arts. 3940 ss (Sancionado en 1860 y corregido en 1882).

También disciplina la institución el cód. civ. germano (art. 273); la extiende en forma amplia el cód. de com. del mismo país, ya que hace jugar con más latitud la relación de conexidad entre el crédito y el bien retenido. Al respecto, cabe advertir que en la legislación mercantil alemana la retención está autorizada en el terreno de los bienes mobiliarios y de los papeles de comercio (10).

Contiene, asimismo, el instituto el cód. civ. suizo (arts. 895 ss.). Y, finalmente, disciplina mejor la materia, permitiendo la elaboración teórica, el cód. civ. del Japón, en los arts. 295 ss. Exige esta legislación los siguientes 4 requisitos, para la admisibilidad del derecho: 1) Una obligación exigible a favor del retene-

(8) V. No 7, p. 16.

(9) MEDEIROS DA FONSECA A. (Nº 62, p. 110 s.) admite que pueda pactarse el derecho de retención; que el principio de la libertad de las convenciones no encuentra aquí ninguna restricción especial. Esta cuestión se debatió en la Comisión Reformadora del Código Civil (infra No. 31).

Para la retención técnica o contractual véase también CAMAÑO ROSA Antonio, en "Glosas sobre el derecho de retención", dado a la publicidad en "Rev. de Derecho Público y Privado", Montevideo, t. X, año 1943, Nos. 55-60, p. 257 s.

(10) Para el derecho de retención en la legislación mercantil germana consúltase HEINSHEIMER K., (§ 214, p. 214 ss.). Juega tan intensamente que un comerciante puede, por toda clase de créditos que ostente contra otro comerciante, derivados de negocios que tengan para ambos carácter mercantil, ejercitar el derecho de retención sobre todas las cosas muebles y títulos o valores pertenecientes a su deudor que, con voluntad de éste y por razón de los negocios mercantiles llevados entre uno y otro, se hallan en posesión de aquél. No se exige la conexión entre el crédito y la cosa retenida, sino sólo que existan relaciones de negocios entre los mismos comerciantes. Se trata, además, de negocios concluidos entre ambos comerciantes, pero no de obligaciones que uno pudiera exigir del otro comerciante en virtud de haberlas adquirido por cesión o transferencia.

Sobre el derecho de retención en la legislación civil de Alemania véase ENNECERUS, vol. I, §§ 15 I, 25, 33, 36; vol. II, §§ 104, 167 II, 138 I, 128 III, 238 II.

dor; 2) posesión de una cosa perteneciente a otro; 3) relación de conexidad entre el crédito y la cosa, por haber aquél nacido en razón de ésta; y 4) inexistencia de un acto ilegal en virtud del cual haya sido adquirida la posesión de la cosa.

CAPITULO II

ELEMENTOS INDISPENSABLES PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO DE RETENCION

6.—ADQUISICIÓN DEL BIEN POR EL RETENEDOR.—Aquel que ejercita el derecho de retención debe haber entrado en posesión del bien que retiene en forma lícita. El delincuente que robó, hurtó o encontró el bien mueble no puede retener.

Sin embargo, quien ha estado poseyendo un inmueble a virtud de una usurpación es evidentemente un delincuente, cuyo delito está previsto y penado por el inc. 1.º del art. 257 cód. pen. y apesar de ello puede ejercitar el derecho de retención por las mejoras y/o gastos que se le adeudaren, conforme al art. 839 cód. civ.

Parece también que quien encontró un bien mueble y se le debe por el dueño la gratificación ofrecida o una adecuada a las circunstancias y los gastos (art. 885 cód. civ.), tiene sobre el bien mueble hallado el derecho de retenerlo.

7.—CONEXIDAD ENTRE EL CRÉDITO Y EL BIEN RETENIDO.—Este es en nuestra legislación uno de los requisitos esenciales del derecho de retención. La deuda debe haberse originado por razón, por causa o con ocasión del bien.

Esta conexidad se expresa con la frase latina *debitum cum re junctum*. No la exigen el cód. de com. alemán (arts. 369 ss.) y el cód. civ. suízo (art. 895, apartado 2.º).

El 2.º párrafo del art. 1029 cód. civ. requiere esta conexión o enlace, cuando preceptúa que el derecho de retención procede en los casos que lo establezca la ley o cuando en virtud de un hecho o de un contrato surgen obligaciones del propietario para con el tenedor del bien (11).

(11) Sobre si la conexidad que se exige es la amplísima contenida en el ap. 1º del art. 27 del cód. civ. alemán, o sea que se trata de obligaciones reciprocas emergentes de una misma relación jurídica, o más bien una conexidad objetiva, materializada, como ocurre cuando la obligación ha nacido por gastos hechos en la cosa o por trabajos cumplidos en ella, parece que este último criterio, no tan avanzado como el primero, es el que debe ser admitido en nuestra legislación.

Sólo con respecto a la prenda, el acreedor puede ejercitar el derecho de retención sobre el bien que se le entregó por cualesquiera obligación del deudor para con él, como aparece del art. 1001 cód. civ. (12) (13).

8.—POSESIÓN DEL BIEN MATERIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Tener la posesión del bien que se retiene es otro de los requisitos substanciales del *ius retentionis*.

Se trata de un derecho de posesión derivado, inmediato, o sea que el retentor reconoce el derecho de propiedad en su deudor.

La posesión se ejercitará sobre bienes materiales o inmateriales. Para nosotros es intrascendente la cuestión de saber si se puede retener derechos.

En el concepto que da el art. 1029 cód. civ. se hace referencia a la posesión cuando expresa “..... un acreedor detiene en su poder el bien de su deudor.....”.

Asimismo, el art. 1032 del mismo cód. señala como causas de extinción la entrega o tradición de la posesión o el abandono de la posesión.

9.—BIENES OBJETO DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Los bienes que pueden ser materia del derecho de retención pueden ser muebles o inmuebles. Existe opinión de que sólo debe incidir en bienes muebles. El cód. suizo (art. 895) lo acuerda sobre muebles o papeles de valor, pero establece la excepción a favor del poseedor de buena fe por las impensas necesarias y útiles. Nuestro cód. lo otorga no sólo al poseedor de buena fe, sino a cualquier poseedor por las mejoras y gastos (art. 839 cód. civ.). Asimismo, el cód. peruano permite el derecho de retención sobre toda clase de bienes, ya que no distingue (art. 1029, § 1.º cód. civ.) (14).

Es contrario a esto el legislador, como se comprueba en el seno de la Comisión Reformadora (Actas, 7, p. 90 ss.).

10.—EMBARGABILIDAD DE LOS BIENES RETENIDOS.—Se dice que el bien retenido debe ser embargable. Si es inembargable no podrá retenerse.

Como ocurre frecuentemente que lo que la legislación declara inembargable es inalienable, la retención que priva al deudor

(12) Véase exposición de motivos en APARICIO Y G. S., III, p. 393.

(13) La conexidad no la exigen el cód. de com. alemán (arts. 369 ss.) y el cód. civ. suizo (art. 895, ap. 2º).

(14) Dentro del concepto “bienes”, con arreglo a nuestra legislación, deberán comprenderse los derechos, los créditos, los valores, es decir, las llamadas “cosas incorpóreas” (V. inc. 6º, art. 819 cód. civ.).

de un bien que no puede enajenar carecería de objeto práctico. Existe, sin embargo, opinión en contrario (15).

II.—LA RETENCIÓN DEBERÁ EJERCITARSE SOBRE BIENES AJENOS.—Es esencial que el derecho de retención se ejercite sobre bienes ajenos. Ello es obvio; no se explicaría la retención de bienes propios.

Podría existir duda al examinar el art. 1407 cód. civ., por el que el vendedor retiene el inmueble, se hubiere o no pagado el precio del mismo, para obligar al comprador al otorgamiento de la escritura pública del contrato. Ella queda desvanecida, sin embargo, porque la transferencia de la propiedad se opera por el simple consentimiento en la venta de inmuebles. No se requiere ni el pago del precio ni la entrega del bien. Por tanto, la retención se efectúa sobre un bien que es de propiedad del comprador, que es ajeno, porque por el contrato salió del patrimonio del enajenante.

12.—LAS OBLIGACIONES NATURALES NO DAN LUGAR AL DERECHO DE RETENCIÓN.—Como las obligaciones naturales no son exigibles, no pueden servir de fundamento a un derecho que tiene por objeto principal obligar al deudor al pago (16).

13.—DERECHO DE RETENCIÓN CONTRA EL ESTADO.—Se inclina la mayoría de los autores por la improcedencia del derecho de retención contra el Estado, en razón de que no se puede dudar de su solvencia. Entre nosotros, el embargo preventivo no procede contra el Estado (art. 245 cód. proc. civ.); tampoco está expedita contra él la vía ejecutiva (art. 604 cód. proc. civ.). Se arguye, sin embargo, que no es la duda sobre la solvencia del deudor la que fundamenta el *ius retentionis*, sino que con este recurso se obliga al deudor a pagar lo que debe (17).

(15) VASQUEZ, N.º 15, p. 21.

(16) VASQUEZ, N.º 23, p. 30 y 31.

(17) Mantenemos el concepto de que contra el Estado puede hacerse valer el derecho de retención sobre sus bienes del dominio privado; no los de uso público u otros bienes que le pertenecen y que no pueden ser objeto de propiedad privada. Hipótesis en la que funcionaría la retención es la de reivindicación por el Estado de un bien poseído por un particular, en el que éste puede hacer valer el derecho de retención por el valor de las mejoras y gastos que deben reembolsársele.

En el Perú, atendidas las disposiciones de nuestra ley procesal civil, el Estado paga como y cuando quiere; si así lo creyere conveniente no pagará jamás. El Estado no puede ser ejecutado (art. 604 cód. proc. civ.). Si se dictara contra él una sentencia ejecutoriada que dispone que pague determinada suma de dinero, esa sentencia no podrá hacerse cumplir por el trámite común y acostumbrado de la ejecución de sentencias (arts. 1145 ss. cód. proc. civ.); todavía habrá que esperar que el Congreso reconozca esa deuda y señale los medios de amortizarla o consolidarla (art. 123 inc. 8.º Const.). Sobre las razones que han obrado

14.—RETENCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.—En nuestro concepto, no sólo puede ejercitarse el derecho de retención sobre bienes, sino sobre derechos. Así, puede convenirse en un contrato de enajenación que el enajenante conserve el derecho de propiedad en tanto el adquirente no cumpla determinados requisitos o condiciones. Este derecho de retención emana de un convenio, siendo frecuente que se dé en el contrato de compra-venta; se conviene usualmente que el comprador no adquiera el dominio en tanto no hubiere cumplido, a su vez, con satisfacer íntegramente el precio de venta, aún cuando se le hubiera entregado la posesión del bien vendido. Este pacto es válido y se encuentra legislado en el art. 1426 cód. civ. Quienes diferencian la *exceptio non adimpleti contractus* de la retención admitirían esta forma como emergente de la bilateralidad del contrato.

15.—BIENES QUE NO PUEDEN SER MATERIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Existen bienes sobre los cuales el derecho de retención no puede ejercitarse. Así, para GUILLOUARD (18) la retención no puede llevarse a cabo sobre los bienes dotales y, en general, sobre los bienes que no son de libre disposición. Entre nosotros, pueden ser objeto de retención los bienes dotales fungibles, ya que el marido puede disponer de ellos (art. 229 cód. civ.); pero no los inmuebles dotales, cuya enajenación sólo puede hacerse excepcionalmente y con licencia judicial (art. 232 cód. civ.).

para que se adopte este temperamento consúltase la exposición de motivos del cód. de proc. civ. en Calle Juan José, p. 124 y 296, siendo entre otras el fin del Estado y la conveniencia pública.

Con lo que se ha expuesto, es razonable aceptar que procede el derecho de retención sobre un bien del patrimonio privado del Estado, ya que así se le podría obligar en algunos casos a pagar; además, no existe disposición alguna que prohíba la retención (art. 24 Const.) Si está, en cambio, prohibida la compensación (art. 1295 inc. 3º, cód. civ.).

GUILLOUARD, (Nº 43, p. 342) se inclina a aceptar el derecho de retención contra el Estado, no obstante de que existe opinión en contrario fundada en dos razones: la primera es la de que la solvencia del Estado no puede ser puesta en duda; y la segunda que las deudas del Estado no se pagan como las deudas ordinarias, sino conforme a las reglas de la contabilidad pública, o sea que el acreedor del Estado no puede emplear los medios ordinarios de ejecución que corresponden a todos los acreedores. Estas razones no las considera GUILLOUARD de importancia; sólo admite una excepción y es la de que la retención se ejerza sobre un bien y ella produce la paralización de un servicio público. El principio de la separación de los poderes se opone a que los tribunales creen obstáculos a la ejecución de un acto administrativo, admitiendo el derecho de retención sobre un bien que la administración afectó a un servicio colectivo.

(18) Nº 30, p. 313.

En este orden de ideas, tampoco puede ser objeto de retención el predio constituido en el hogar de familia, que es inalienable, inembargable y no susceptible de locación (arts. 469 y 471 cód. civ.).

Las tierras de comunidades indígenas no pueden ser retenidas por ningún motivo, desde que son inalienables e inembargables. Y no sólo las tierras sino cualquiera propiedad de estas personas jurídicas, conforme al art. 209 de la Const. Malgrado lo expuesto, como pueden poseerse, el poseedor podría retenerlas si se le debieran mejoras y gastos.

La imprescriptibilidad de las tierras de comunidad no impide que puedan ser poseídas. Sin embargo, debe distinguirse entre la inalienabilidad absoluta, que no admite posesión, y la inalienabilidad relativa.

16.—BIENES DEPOSITADOS O QUE DEBERÁN ENTREGARSE A TERCERO.—Declara el art. 1031, cód. civ. que “la retención no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse están destinados a ser depositados o entregados a otra persona”.

Esta es una prohibición absoluta y que no admite convención en contrario, por razones obvias.

17.—PACTO DESTINADO A ELIMINAR DEL CAMPO DE LAS RELACIONES JURÍDICAS LA RETENCIÓN.—Puede haberse convenido que no habrá derecho de retener el bien del deudor por la obligación que estuviere a cargo de éste, no obstante que dicha obligación hubiere nacido a causa del bien. Este pacto es lícito, ya que el derecho de retención no es de orden público o de interés general. (19).

CAPITULO III

FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION

18.—FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Se han dado como fundamentos del derecho de retención, los que siguen:

1.º La equidad. En Roma el pretor hacía funcionar la equidad para colmar las lagunas de la ley o para atenuar el rigorismo del *ius civile* (20).

(19) MEDEIROS DA FONSECA, No 126, p. 210.

(20) Para este punto consúltase MEDEIROS DA FONSECA, No 80 ss., p. 149 ss.; DECKER, p. 34 ss.

Empero, en la base de todas las instituciones jurídicas encontramos siempre la equidad; ésta, no es entonces utilizable para diferenciar unas instituciones de otras.

2.º Reposa el derecho de retención en el derecho natural. Sin embargo, el derecho natural es de tal vaguedad que no puede ni debe ser invocado, no obstante de ser un derecho inmutable, ideal, verdadero en todo tiempo y lugar y que al hombre se le revela por el esfuerzo de su pensamiento.

3.º Se afirma por algunos autores que el *ius retentionis* no es otra cosa que un acto de justicia privada, una vía de hecho.

4.º Para VASQUEZ (21) el fundamento de este derecho lo hallamos en el principio de igualdad que debe presidir la legislación civil, en la necesidad de mantener el equilibrio entre las partes. Cita VASQUEZ a GUILLOUARD, *Nantissement*., ed. 1896, N.º 93, p. 411, § 4.º, referencia bibliográfica que he cuidado de verificar (22).

19.—NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Consideran SALVAT y JACOB (23) que es un derecho real, "... no sólo porque en virtud de él se establece una relación directa e inmediata entre el retentor y la cosa retenida, sino también porque el derecho de retención puede ser invocado *erga omnes*, especialmente contra los demás acreedores del propietario de ella". Anota también SALVAT que en el derecho de retención no existen con la misma intensidad con que operan en otros derechos reales, los derechos de persecución y de preferencia. También opinan porque es un derecho real GUILLOUARD (24); y MEDEIROS DA FONSECA (25).

(21) § d) del N.º 113, p. 123.

(22) En general, anima al derecho de retención un principio de moral y de justicia immanente. Por lo mismo, la ley lo disciplina como un derecho enérgico y vigoroso.

(23) D. reales, II, N.º 3094, p. 873; JACOB, p. 31, I.

(24) N.º 22, p. 303. V. JOSSERAND, II, Nos. 1470-1471, p. 896, 897 s.

(25) MEDEIROS DA FONSECA (N.º 140, p. 226) afirma que la retención es de naturaleza real, porque existe en ella un poder jurídico inmediato de la persona sobre la cosa. Que si bien es cierto no hay en la retención el derecho de persecución, la falta de esta nota no excluye su carácter real, ya que ello depende muchas veces de la naturaleza de la cosa, o como ocurre con los bienes muebles. En el mismo sentido DECKER, p. 10 ss.

SPOTA Alberto G. ("La naturaleza jurídica del derecho de retención; las acciones posesorias a que da lugar; su extensión", en "Jurisprudencia Argentina", t. 53, p. 751 ss.), considera que la retención, con arreglo a la legislación argentina, es un *ius in rem*.

V. también TROPLONG, 19, N.º 444, p. 410.

1.° Es un derecho accesorio. Deriva este carácter del art. 1030 cód. civ., que declara: "La retención se ejercitará en cuanto baste para satisfacer la deuda que la motiva y cesará tan luego que el deudor la pague o la asegure".

Por consiguiente, el derecho de retención existirá en cuanto exista también una obligación; desaparecida ésta, el derecho de retención tendrá necesariamente que extinguirse. La retención viene a estar subordinada al crédito, que es lo principal.

2.° El derecho de retención es cesible o transmisible junto con el crédito del cual emana (39).

3.° Funciona como excepción.

4.° Es indivisible lo declara el art. 1033 cód. civ. concordante con el 1097 cód. del Japón: "El derecho de retención es indivisible. Puede ejercitarse por todo el crédito o por la parte de él vigente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o uno o varios de ellos" (40).

Para OLAECHEA (41), la indivisibilidad se justifica porque es una garantía del acreedor que debe subsistir hasta que se verifique el pago por entero.

22.—CASOS EN QUE PROCEDE EL DERECHO DE RETENCIÓN.—Opinan algunos civilistas porque el derecho de retención sólo procede cuando la ley lo establece de un modo claro y terminante. Como se trata de un privilegio, agregan, sólo deberá sancionarse su existencia en los casos previstos por la ley.

Empero, se dice también que el derecho de retención no importa un privilegio o preferencia. Estos si son de derecho estricto y subsisten aunque la cosa se hubiere convertido en dinero, sea quien fuere el que la venda, es decir si la vende quien goza de la preferencia o si la venden otros acreedores. Por el contrario, si el retenedor ejecuta la cosa que detiene en su poder renuncia tácitamente a la retención y queda en la situación de un acreedor quirografario. Por el derecho de retención no se establece ningún pri-

(39) Informa MEDEIROS DA FONSECA (Nº 148, p. 239 s.) que siendo un derecho accesorio, su transferencia no se puede verificar sino conjuntamente con el crédito que garantiza; que no siendo inherente a la persona, la transmisión se puede operar a título universal o particular; y que la cesión del crédito debe revestir todas las formalidades legales y ser notificada al deudor cedido, porque no notificándose la cesión si el deudor paga al acreedor primitivo, el derecho de retención se extingue. La misma doctrina es observable entre nosotros, conforme a lo prevenido por el art. 1457 cód. civ.

(40) V. VASQUEZ, cap. V, Nº 86 ss., p. 86 ss.

(41) V. p. 10.

vilegio (42). Cabe observar en que existen hipótesis como las del acreedor anticrético y el acreedor prendario, en las que concurren el derecho de retención y la preferencia.

Otros autores, como AUBRY et RAU (43) y DEMOLOMBE (44) manifiestan que el derecho de retención no puede ser limitado a los casos legales, pero tampoco puede ser admitido, porque exista un crédito ligado al bien. DEMOLOMBE expresa que los jueces pueden declarar la procedencia de la retención, pero para ello deberán comprobar si tal retención guarda armonía con la equidad.

A nuestro ver, el derecho de retención deberá considerarse bien aplicado en todos los supuestos en que exista conexidad entre el crédito y el bien, con prescindencia absoluta del vínculo jurídico que pueda existir entre las partes (45). Esta es también la doctrina del cód., si atendemos a lo dispuesto por el 2.º párrafo del art. 1029, que preceptúa: "Este derecho procede en los casos en que lo establece la ley o siempre que la deuda provenga de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones para con el tenedor del bien" (46). No sólo se justifica la retención por la existencia de un contrato productor de obligaciones, sino también de un hecho. Para su admisibilidad los jueces deberán tener en cuenta la analogía.

23.—EFECTOS DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Con el derecho de retención lo que se formula es una negativa a la restitución, por lo que su titular es mantenido en la tenencia (47).

Por otro lado, el retenedor goza de las acciones posesorias (interdictos de recobrar, de retener y de obra nueva). Si lo retenido son bienes muebles y lo desposee el propietario-deudor, no es admisible la defensa por medio de los interdictos, sino que existe el delito de apropiación indebida (cód. pen. art. 241). La exposición de motivos al admitir que la retención es un derecho real se inclina por la procedencia de las acciones posesorias (48).

(42) Consúltase VASQUEZ (Nº 92, p. 96 s.); OLAECHEA (p. 12). Para JOSSERAND (II, Nº 1473, p. 899 ss.) el derecho de retención es admisible siempre que se encuentre conexidad entre la cosa, la prestación retenida y el crédito del retentor. No se sigue en este campo el sistema del *numerus clausus*, sino que puede funcionar *analogiam causa*.

(43) III, § 256, nota (5) de la p. 116.

(44) IX, t. I, Nº 682, p. 604 ss.

(45) Conforme OLAECHEA, p. 13.

(46) V. exposición de motivos en APARICIO y G. S., III, p. 393, § 4º.

(47) Revítese VASQUEZ, cap. VI, Nº 87 ss., p. 92 ss.

(48) En APARICIO y G. S., III p. 393, § 3. Para la defensa posesoria del derecho de retención revítese SPOTA Alberto G., Naturaleza jurídica del derecho

24.—A QUIENES SE OPONE EL DERECHO DE RETENCIÓN. — Es incuestionable que el derecho de retención puede oponerse al mismo deudor. También es susceptible de ser opuesto a los sucesores universales del deudor, porque ellos al ser los continuadores de la persona del heredado están obligados a soportar todas las deudas, cargas y limitaciones que pesaban sobre sus bienes.

Expresa SALVAT (49) que también puede ser invocado contra los terceros adquirentes del bien retenido porque nadie puede transmitir a otro un derecho mejor ni más extenso que el que tiene. Si bien esta doctrina es exacta en lo que se refiere a bienes inmuebles no inscritos, es impugnabile tratándose de inmuebles registrados y sin que se hubiere inscrito el derecho de retención sobre los mismos. El adquirente a título oneroso de los inmuebles no tiene por qué respetar un derecho de retención que no figura en el registro, siempre que hubiere cumplido con inscribir su adquisición.

Los acreedores deberán respetar el derecho de retención. El art. 1034 cód. civ. declara que ellos pueden embargar y rematar el bien, porque al proceder así sólo ejercen el derecho de ir contra los bienes de su deudor, los que constituyen prenda común de sus créditos. Pero los acreedores deben respetar los actos de disposición de su deudor; por ello, el adquirente entregará al retenedor lo que basta para cubrir su crédito. Los acreedores deberán respetar la retención que hiciera un acreedor de la misma clase que ellos, estuviere o no inscrita dicha retención si incide sobre un inmueble, salvo que hubiere colusión, supuesto en que es impugnabile mediante la acción que franquean los arts. 1098 ss. cód. civ.; y, en otro supuesto, si la retención fuera francamente desfavorable para los intereses de los demás acreedores podrán pedir éstos la declaración de quiebra, desde que ella hace cesar la retención.

de retención; las acciones posesorias a que da lugar; su extensión, en "Jurisprudencia Argentina", t. 53, p. 756 s. La privación de la posesión al retentor de un bien mueble no permite el ejercicio del interdicto de recobrar o de despojo, sino la reivindicación. Esta sería posible si la cosa le fué robada o hurtada por un extraño o se le extravió, aunque se encontrara en manos de un tercero de buena fe, que la hubiera adquirido a título oneroso, conforme a la doctrina del art. 890 cód. civ., salvo que el tercero pudiera oponer con éxito la prescripción mobiliaria de 2 o de 4 años (art. 893 cód. civ.). Si fué el propietario de la cosa mueble quien lo desposesionó al retentor y después la enajenó a título oneroso, parece que el tercero no puede sufrir la reivindicación. En otro caso, si el retentor abandona la cosa no cabe interdicto ni reivindicación; lo mismo, si renuncia.

(49) Derechos reales, II, No 3106, p. 880.

El art. 1034 cód. civ. agrega: "..... y salvo la preferencia hipotecaria que existiese". Era innecesario decirlo; además, no sólo sería esta preferencia, sino la que emana de un derecho de anticresis, v. g. De otro lado, si el derecho de retención estuviera inscrito con anterioridad al gravamen hipotecario, el pago de éste quedaría subordinado al pago que debiera hacerse en primer término al retentor (50).

CAPITULO V

INSCRIPCION DEL DERECHO DE RETENCION INMOBILIARIO

25.—EL DERECHO DE RETENCIÓN ¿ES INSCRIBIBLE?—Si el derecho de retención se ejercita sobre bienes muebles es natural que no pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, en donde sólo se inscriben derechos reales sobre inmuebles. Es con respecto a la retención de los inmuebles que se desea esclarecer si deberá o no inscribirse.

El Profesor OLAECHEA (51) opinaba que este derecho, aún cuando es susceptible de oponerse a terceros, no era necesario registrarlo, por las siguientes razones:

a) Porque el derecho de retención puede incidir en bienes muebles o inmuebles, indistintamente.

b) Porque la garantía de la publicidad se satisface por el hecho mismo de la posesión, sin necesidad de otro requisito complementario.

c) Porque el derecho de retención no importa preferencia; sólo supone el reconocimiento de un derecho, cuyo ejercicio no lesiona el interés de terceras personas que no pueden, en ningún

(50) Conviene advertir que tratándose de los inmuebles buques, la hipoteca de fecha anterior no goza de preferencia sobre el crédito refaccionario, conforme al art. 23 de la ley N° 2411, de 30 de diciembre de 1916, sino por el valor declarado para el buque antes de la reparación, concurra o no la voluntad del acreedor hipotecario para hacer la estimación de dicho valor.

Además, el inc. 3º. del art. 32 de la misma ley otorga preferencia a los créditos refaccionarios contraídos por el capitán en el último viaje, sobre la hipoteca, siempre que se hubieren cumplido los requisitos señalados por el art. 35 de la ley especial.

De lo expuesto se sigue que el derecho de retención que sobre el buque haga valer el acreedor refaccionario, no sufre la preferencia de la hipoteca como lo declara el art. 1034 cód. civ.

(51) Tesis, p. 16.

caso ni por ningún motivo, estar colocadas en situación más ventajosa que la que le correspondería legalmente al deudor que enajene o grave el bien afecto a retención.

Estas razones, no obstante el prestigio de quien las sustenta, no convencen acerca de la no inscripción del *ius retentionis* sobre inmuebles. La necesidad de registrarlo ha sido expresada por la exposición de motivos (52), para que surta efecto contra terceros. De otro lado, siendo un derecho real es inobjetable que puede ingresar al registro.

Conviene, empero, hacer un análisis más detenido de este punto:

En el supuesto de que el retentor no hubiere inscrito su derecho, la enajenación a título oneroso que hiciera el deudor dueño del inmueble lo dejaría burlado, siempre que el adquirente hubiere cumplido con inscribir y se tratase de inmueble inscrito (art. 1052 cód. civ.). El comprador no tendría por qué respetar un derecho de retención del que no tenía noticia; la posesión misma del bien no le advertía de que sobre el mismo se ejercitaba un derecho de retención, porque los bienes son susceptibles de poseerse en virtud de inúmeros contratos (53).

Sin embargo, la no inscripción no podría ser invocada por los demás acreedores, ya que éstos no son terceros del registro y no pueden ser amparados por el art. 1052 cód. civ. Ello no obstante, se requiere que el derecho de retención conste en forma indubitable, porque sería muy fácil dejar burlados a los acreedores aduciendo el deudor a sus acreedores que el bien inmueble de que es propietario es materia de un derecho de retención por un presunto acreedor, con el que se ha coludido.

Aún los inmuebles no inscritos pueden ser materia de una retención registrada, mediante el procedimiento de la anotación preventiva extendida por mandato judicial (arts. 79, inc. 1.º, 80, 81, 88 y 97 del Reglamento de las Inscripciones).

(52) En APARICIO y G. S., III, p. 393.

(53) Por lo expuesto, es indicado que el acreedor no sólo se contente con la retención extrajudicial del inmueble, sino que siga juicio para que se declare por el juez la legitimidad de ella, pidiendo la anotación preventiva de la demanda. Empero, tratándose de inmuebles no registrados, la enajenación posterior a título oneroso no invalida una retención no inserta, ya que se observa el principio *Nemo plus iuris*.

CAPITULO VI

HIPOTESIS LEGISLATIVAS EN QUE PUEDE EJERCITARSE EL
DERECHO DE RETENCION

26.—CASOS EN QUE FUNCIONA EL DERECHO DE RETENCION.
—*Ad exemplum*, funcionará en estos casos:

1) Goza del derecho de retención el arrendatario que hizo mejoras en la cosa locada, las que el locador se obligó por escrito a abonarle y por suma determinada y enumeración de las mejoras (art. 1539 cód. civ.); y aunque el locador no estuviere sujeto a pacto alguno si se trata de mejoras necesarias (art. 1540 cód. civ.); y también si el arrendatario introdujo mejoras sin consentimiento del dueño y la locación se interrumpe por causa o culpa de dicho locador (art. 1542 cód. civ.) (véase también art. 976 cód. proc. civ.) (54).

2) El locador puede también, a su vez, retener los bienes muebles introducidos por el arrendatario o inquilino en garantía del pago de la renta (art. 1507 cód. civ.).

3) El poseedor, sea de buena o de mala fe, puede retener la cosa para el pago de mejoras y gastos (art. 839 cód. civ.).

4) El depositario puede retener la cosa que se le ha depositado en tanto no se le satisfagan los gastos del depósito, o cuando aparece que la cosa pertenecía a otra persona, o era robada, o si el depositante era menor de edad o persona incapaz de contratar (art. 1616 cód. civ.). Está el depositario impedido de retener la cosa porque pretenda que es de su propiedad (art. 1622 cód. civ.).

(54) Puede estipularse que el arrendatario se encuentre también obligado a hacer las reparaciones o mejoras necesarias. Este pacto es lícito aunque contraría lo dispuesto en el art. 1540 cód. civ., desde que esta fórmula no es de orden público.

El conductor tiene derecho de retención si no se le abonan las mejoras convenidas conforme al art. 1539 cód. civ. (concordante con el art. 1617 cód. civ. derogado). En este sentido se han dictado dos sentencias: De 1.º de agosto de 1880 en A. J., 1880-1887, p. 32; y de 1.º de julio de 1879, en A. J., 1876-1879, p. 236.

Si es el arrendatario quien exige el pago por mejoras, lo hará en la forma que preceptúan los arts. 974 y ss. cód. proc. civ.; y el valor que se reclama por este concepto no influye en la naturaleza del juicio, que siempre será sumario. Así lo han decidido numerosas sentencias: De 8 de julio de 1930 en R. de los T., 1930, p. 115; de 14 de julio de 1931, en R. de los T., 1931, p. 123; y de 16 de octubre de 1933, en R. de los T., 1933, p. 370. Nada obsta, sin embargo, para que en juicio posterior el arrendatario hiciere valer su derecho al abono de mejoras; debiendo advertirse que este derecho caduca vencidos los plazos señalados por el art. 836 cód. civ. producida la restitución del inmueble, ya que el conductor o inquilino es también un poseedor.

5) Puede retener el mandatario, por lo que se le deba en el ejercicio del mandato, las cosas de su mandante, probando que el mandato es retribuido u oneroso, desde que la ley lo presume gratuito (art. 1635 cód. civ.) (55).

6) Asimismo, retendrá legalmente el acreedor pignoraticio, aunque no exista el requisito de la conexidad, conforme al art. 1001 cód. civ.

Sobre el derecho de retención de que goza el acreedor pignoraticio véase sents. 4 de abril de 1908, en A. J., 1908, p. 65; 2 de enero de 1899, en A. J., 1896-1899, p. 595.

7) El acreedor anticrético tiene entre otros derechos sobre el inmueble que recibe el derecho de retención (argumento a contrario del art. 1008 cód. civ., que dispone: "El acreedor no puede retener el inmueble por otra deuda si no se le concedió este derecho").

8) El poseedor provisional o definitivo de los bienes de un ausente, en caso de reaparición de éste, goza del derecho de retención por el valor de las mejoras y gastos que hubiere efectuado (arts. 1284 a 1287 cód. proc. civ.).

9) El vendedor puede demorar la entrega de la cosa si no se le pagara el resto del precio (art. 1408 cód. civ.).

10) El vendedor puede demorar la entrega de la cosa si el comprador no pagara el precio, en virtud de la condición resolutoria tácita (art. 1341 cód. civ.).

11) El vendedor puede retener el inmueble para obligar al comprador al otorgamiento de la escritura pública del contrato (art. 1407 cód. civ.).

12) El comprador del inmueble puede retener la entrega del precio para obligar al vendedor al otorgamiento de la escritura pública del contrato (art. 1427 cód. civ.).

(55) Se justifica el derecho de retención por la conexidad existente. El mandatario puede retener cualesquiera bienes del mandante que fueren objeto del encargo, si se le debiere retribución o suma alguna por concepto de gastos. La única limitación se encuentra en que los bienes que se pretende retener se hubieren entregado al mandatario para ser depositados o dados a un tercero (art. 1031 cód. civ.). El mandante está obligado a satisfacer al mandatario las anticipaciones y gastos que hubiere hecho en cumplimiento del mandato, los intereses legales de esas anticipaciones y la retribución pactada (porque el mandato se presume gratuito — art. 1635 cód. civ. —) y, además, a indemnizarlo si hubiere sufrido pérdidas por causa del mandato (art. 1644 incs. 1º y 2º cód. civ.). El incumplimiento por parte del mandante de estas obligaciones hace procedente el ejercicio del derecho de retención. Consúltase VASQUEZ Alejandro A., "El derecho de retención en el mandato", publicado en "Jurisprudencia Argentina", año 1943, t. II, p. 196.

13) En los contratos consensuales rehusar su ejecución porque a la otra parte le ha sobrevenido disminución de su patrimonio que hace dudosa o compromete la prestación que le incumbe importa ejercitar el derecho de retención (art. 1343 cód. civ.).

14) El deudor puede retener el pago mientras no se le otorgue el recibo correspondiente (art. 1243 cód. civ.).

15) El coheredero que colaciona el inmueble en virtud de lo dispuesto en el art. 784 cód. civ., goza del derecho de retención por las mejoras que hubiere hecho en él.

En general, el derecho de retención — como ya se dejó establecido — no sólo procede en los casos previstos en la ley, sino también en los no previstos, pero siempre que exista conexión entre la obligación y la cosa retenida. V. g., aunque ninguna ley lo faculte, el abogado puede retener los títulos que acreditan el dominio de su cliente, si éste no le paga los honorarios causados por su estudio. Por el contrario, el abogado no podría ejercitar la retención de los títulos por una deuda que le tenga el cliente por otro concepto (56).

También es de advertir que los auxiliares de justicia no gozan del derecho de retención de los autos, por el valor de las costas procesales que se les adeude por los litigantes, desde que ellos—por su misma función—están impedidos de obstaculizar la administración de justicia.

Afirmase, sin embargo, por algunos abogados que en nuestro medio deberá tenerse en cuenta la situación de los escribanos actuarios, quienes no son empleados públicos y, por consiguiente, al percibir sus derechos directamente de los litigantes, se encuentran en la posibilidad de ejercitar la retención de los autos cuando se les adeuda dichos derechos. Lo contrario sería establecer una excepción opuesta a nuestra Carta Fundamental, que garantiza el derecho de no ser obligado a trabajar sin remuneración (art. 55 Const.).

En el cód. de com. el derecho de retención aparece claramente establecido en su art. 270, a favor del comisionista sobre los efectos o mercaderías que se le remitieren en consignación. Esas mercancías estarán especialmente obligadas al pago de los derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista

(56) V. SPOTA Alberto G., "El derecho de retención ejercido sobre instrumentos públicos o privados" en "Jurisprudencia Argentina", año 1943, t. I, p. 540.

hubiere efectuado por cuenta de su valor y productos. Véase la Sent. de 7 de enero de 1907, en A. J., 1906, p. 540.

El Profesor OLAECHEA (57) considera que también juega el derecho de retención en el contrato de transporte; no opinamos en el mismo sentido que el ilustrado maestro porque "el porteador deberá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno al consignatario, los efectos que hubiere recibido, por el solo hecho de estar designado en la carta de porte para recibirlos y, de no hacerlo así, será responsable de los perjuicios que por ello se ocasionen". Es cierto que conforme al art. 370 del mismo cód., los efectos porteados están especialmente obligados a la responsabilidad del precio del transporte y de los gastos y derechos causados por ellos durante su conducción o hasta el momento de su entrega, pero el porteador debe siempre cumplir con entregarlos y sólo goza de un derecho de preferencia sobre el precio en que se vendan los efectos (arts. 370 cód. de com. y 110 inc. 3.º de la ley No. 7566, de 2 de agosto de 1932).

ROMERO ROMANA (58) coincide con OLAECHEA en afirmar que el derecho de retención funciona sobre los efectos porteados conforme al art. 370 cód. de com. Y agrega que del mismo derecho goza el naviero para el pago de los fletes sobre los efectos cargados conforme a los arts. 678 y 681 cód. de com. (59). No obstante también tan autorizada opinión, consideramos que el naviero no puede retener los efectos, ni siquiera dilatar la descarga por recelo de que dejare de cumplirse el pago de los fletes: así lo dispone el art. 678 cód. de com. El mismo Profesor ROMERO (60) cita el derecho de retención de que goza el capitán, conforme al art. 717 cód. de com., de los efectos pertenecientes al pasajero para cobrar el precio del pasaje. En verdad, este derecho ahora no podrá objetivarse porque el valor de los pasajes se cobra por adelantado.

27.—LA RETENCIÓN FUNCIONA EN LA LOCACIÓN DE OBRA.—
Es inobjetable que el derecho de retención procede en la locación

(57) V. p. 15.

(58) No 399, p. 415.

(59) Mantiene el Profesor ROMERO ROMANA el mismo criterio que muchos de los comercialistas hispanos. AGUSTIN VICENTE GELLA, entre otros, en las anotaciones a la obra de HEINSHEIMER (p. 315), cita los arts. 375 y 665 del cód. de com. español, que corresponden a los arts. 370 y 678 del cód. de com. del Perú, ya que sólo existe entre los dispositivos de ambas legislaciones diferencia de numeración; y conviene el autor español en atribuir al porteador y al fleteante el derecho de retención, por aplicación de las precitadas fórmulas legales.

(60) Loc. cit.

de obra, desde que concurren estos dos extremos: a) posesión por el acreedor; y b) crédito contra el propietario del bien en razón del mismo y a favor del constructor (61).

Precisa insistir en que quien ejercita el derecho de retención es un verdadero *locator operis*, un empresario. No importa si pone trabajo o material o sólo trabajo y si convino o no en la ejecución de una obra a destajo o precio alzado (62).

La *retentio* no puede ser ejercida por el trabajador, por el jornalero, o sea por el *locator operarum*. Este ni siquiera tiene acción contra el dueño de la obra construída a destajo, sino hasta por la cantidad que le estuviere debiendo al empresario (art. 1568 cód. civ.). Ni por ese valor goza del derecho de retención, ni aún en el caso de haber sido contratado directamente por el dueño. En realidad, el operario ni siquiera tiene la posesión porque no es más que un servidor de la misma.

La distinción entre jornalero y empresario es una cuestión de hecho fácil de decidir, ya que el salario determina la calidad. Asimismo, deberá atenderse a quien realiza el trabajo de dirección.

Parece indicado afirmar que nuestros tribunales no ampararán el derecho de retención que hiciera valer el empresario, porque le han negado hasta el carácter de poseedor, como se aprecia en la Sent. de 5 de setiembre de 1941, inserta en R. de los T., año 1941, p. 327. En efecto, se declaró sin lugar una demanda de interdicho de recobrar interpuesto por el empresario, que fué eyecionado violentamente por el propietario, invocando el precepto

(61) Sobre el derecho de retención en la locación de obras consúltese CAMAÑO ROSA Antonio, "Glosas sobre el derecho de retención", en Rev. de Derecho Público y Privado, Montevideo, t. X, año 1943, Nos. 55-60, p. 205 s.

Igualmente, SPOTA Alberto, "El derecho de retención del constructor frente al privilegio del acreedor hipotecario", en "Jurisprudencia Argentina", año 1943, t. II, p. 387 ss. Se refiere este esclarecido civilista a la colisión entre el privilegio del acreedor hipotecario frente al derecho de retención del constructor. En el Perú el constructor goza de hipoteca legal (inc. 2.º del art. 1026 cód. civ.), la que requiere estar registrada para ser válida, conforme a los requisitos generales establecidos para todas las hipotecas en el inc. 2.º del art. 1013 cód. civ. En tal hipótesis la preferencia entre la hipoteca del acreedor constructor o refaccionario y la hipoteca de cualquier otro acreedor se decidirá por la fecha de inscripción, conforme a la fórmula del art. 1015 cód. civ. La única excepción para los inmuebles la constituyen los buques, para los que se aplica la ley especial No 2411, de 30 de diciembre de 1916.

(62) Sobre este contrato de locación de obra, v. CORNEJO A. G., t. II, vol. II. De los contratos en general, No. 269 ss., p. 363 ss. Conforme al art. 1557 cód. civ., la locación de obra en que el empresario pone materiales e industria es una venta de cosa mueble, porque los riesgos los soporta el vendedor-empresario antes de la entrega. Si fuera de inmueble, la solución sería distinta.

del art. 1562 cód. civ. que permite que estos contratos de construcción puedan rescindirse por excepción unilateralmente, empero esa fórmula no autorizaba al propietario a expeler violentamente al constructor, por lo que en buenos principios el interdicto debería haber prosperado (63). Se ha visto que es indispensable poseer el bien para hacer funcionar el derecho de retención; y nuestra jurisprudencia no admite que el constructor sea un poseedor. Es claro que no será un poseedor que puede ganar por usucapión la cosa; pero es un poseedor inmediato, es decir, un tenedor o poseedor precario con arreglo a la legislación abrogada. Y conforme a la moderna teoría posesoria, toda posesión, aún la inmediata, es protegida.

28.— EL DERECHO DE RETENCIÓN Y SU DIFERENCIA CON LA *exceptio non adimpleti contractus*—Existe casi unanimidad entre los civilistas, excepto los autores franceses, para no identificar el derecho de retención con la *exceptio non adimpleti contractus* que se encuentra en nuestro cód. civ. en el art. 1342, que a la letra dice: “En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido, u ofreciese cumplirlo”. Consecuencia de este precepto es la fórmula del art. 1343 del mismo cód., que nosotros aceptamos como un caso de retención legal.

La excepción de contrato no cumplido está instalada en todos los códigos contemporáneos. Así, en el art. 1092 del cód. civ. del Brasil; en el art. 1201 del cód. civ. de Argentina; en el art. 1612 del cód. civ. de Francia.

LEÓN BARANDIARÁN (64), entre los autores peruanos, afirma que no se puede ver en la *exceptio non adimpleti contractus*, un caso de aplicación del *ius retentionis*, como lo consideran algunos tratadistas, entre los que cita a Stammmler. Agrega que en la *exceptio* las obligaciones emanan del mismo contrato, y en el derecho de retención las deudas, aunque conexas pueden ser independientes. Para este autor la diferencia fundamental radica en que el derecho de retención deberá cesar si se otorga una seguridad de pago de lo debido, lo que no ocurre tratándose de la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que la caución no impedirá su funcionamiento.

(63) Para la cabal interpretación del art. 1562 v. CORNEJO A. G., t. II, vol. II. De los contratos, en general, N.º 274, p. 372 s. Para el derecho comparado, consúltase SALVAT, Derechos reales, I, N.º 549, p. 302, especialmente N.º 539, p. 298.

(64) De los contratos, III, p. 92. Para el examen de la e. n. a. e. véase BEVILAQUA Clovis, IV, p. 258 s.

CAMAÑO ROSA (65) coincide con el autor peruano al expresar que la e. n. a. c. no supone la independencia de las obligaciones y que en el contrato sinalagmático las dos obligaciones no sólo son conexas, sino que proceden de una misma fuente. Anota, asimismo, que en el contrato bilateral una obligación es causa jurídica de la otra; y que el privilegio de que goza la parte no es legal, como en el derecho de retención, sino que nace del contrato. Concluye manifestando que en el derecho de retención hay una conexión objetiva entre el crédito y el bien, en tanto que en el contrato bilateral existe una conexión subjetiva, el *synallagma*.

MEDEIROS DA FONSECA (66) establece que el derecho de retención es sólo una ventaja concedida al acreedor y que, en cambio, la e. n. a. c. emerge de la bilateralidad del contrato. Hace notar que la retención no sólo funciona en las obligaciones de dar, sino también en las de restituir (67); que la *retentio* se funda en la equidad e importa una garantía y que, por el contrario, la excepción de contrato no cumplido es una consecuencia lógica del principio de reciprocidad que es inherente en todo contrato bilateral (68); que el retenedor no puede jamás pretender que el bien retenido quede definitivamente en su poder, lo que no ocurre con la e. n. a. c.

En COVIELLO (69) encontramos las mismas ideas que sustenta CAMAÑO ROSA; que la e. n. a. c. presupone una relación sinalagmática, que cada una de las obligaciones sobrevinientes es causa de la otra. Pero que en el derecho de retención las obligaciones son conexas y también recíprocas y, sobre todo, independientes. En general, la *exceptio* es utilizada como un efecto del contrato; y es la aplicación del principio general de la causa en los contratos (70).

Para PLANIOL-RIPERT (71) siempre existirá retención en la e. n. a. c.; pero que es prudente, por razones de método, mantener

(65) "Glosas sobre el derecho de retención" en Rev. de Derecho Público y Privado", Montevideo, t. X, año 1943, Nos. 55-60, p. 265. Consúltase, además, JACOB, p. 142, que también analiza las diferencias de la *retentio* con la compensación (p. 148).

(66) No 73 ss., p. 129 ss.

(67) MEDEIROS, No 73, p. 144.

(68) MEDEIROS, No 79, p. 145.

(69) No 165, p. 554.

(70) COVIELLO, No 167, p. 559.

(71) PLANIOL-RIPERT, VI, p. 622 ss.

No es el derecho de retención típico, sino el que emerge de la *exceptio non adimpleti contractus* el que se ha hecho funcionar en los siguientes casos: sent. 5 de julio de 1935, en R. de los T., 1935, p. 215; sent. de 12 de junio de 1922, en A. J., 1922, p. 58.

bajo el nombre de derecho de retención todos aquellos casos que no son absorbidos por la excepción de incumplimiento.

Malgrado la doctrina de los expositores citados, que se han empeñado en establecer diferencias entre la *exceptio non adimpleti contractus* y el *ius retentio*, a nuestro ver siempre existirá entre ambos institutos cierta identidad esencial. Por ejemplo, si se trata de la obligación de dar una cosa en un contrato bilateral como la compra-venta, la e. n. a. c. y el derecho de retención se identifican.

Por lo mismo que en nuestro derecho sólo se admite una conexidad objetiva o material y no una conexidad jurídica o intelectual, la confusión entre el derecho de retención y la e. n. a. c. es posible. No pasa lo mismo en el derecho comercial alemán ni en aquellas legislaciones que admiten un amplio funcionamiento del derecho de retención, casi sin atender a conexidad alguna.

CAPITULO VII

COMO SE ELABORARON LOS DISPOSITIVOS DEL NUEVO CODIGO SOBRE DERECHO DE RETENCION

29.—ELABORACIÓN LEGISLATIVA.— Conviene conocer cómo aparecieron las fórmulas legales en nuestro vigente cód. civ. Reproduciremos los documentos que al respecto figuran:

Así, en primer término, el memorándum del Profesor SOLF y MURO (72), sobre derecho de retención:

“El derecho de retención está reconocido en nuestros Códigos Civil y Mercantil en casos particulares (arts. 1378 a 1382, 1406, 1628 y otros del primero y 270 del segundo), pero no como institución autónoma”.

“Este carácter le dan los códigos modernos de Alemania, Suiza y Japón, y algunos de los anteriores a éstos como el argentino”.

“Estos últimos códigos han aumentado la importancia del derecho de retención al reconocer su existencia, no sólo en los ca-

(72) Actas, 7, p. 80 ss.

sos contemplados expresamente en la ley, sino en todos aquellos en que medie entre el poseedor de la cosa y el dueño de ella un vínculo contractual, cuasi-contratual o legal relativo a ella (Código argentino), o una conexión entre obligaciones recíprocas, o una simple relación de negocios (Código Civil suizo y Códigos Civil y de Comercio alemanes), o cualquier vínculo jurídico (Código Federal de las Obligaciones de Suiza)".

"Es evidente que tanta razón existe para reconocer el derecho de retención en los casos de la venta, del arrendamiento y de la consignación, como en los de la posesión, del condominio, de los posaderos, de los cargadores terrestres y marítimos, de los depositarios, comodatarios, mandatarios, gestores y otros análogos".

"En la imposibilidad de comprender a todos estos casos, es preferible autorizar el derecho de retención dentro de una fórmula general, como lo hacen los códigos extranjeros mencionados".

"El fundamento que existe para extender la garantía prenda a las deudas contraídas posteriormente a la constitución de aquélla, nos mueve a extender el derecho de retención a toda relación jurídica".

"El Código argentino trata del derecho de retención en el Título "De la preferencia de los créditos", eludiendo así decidirse entre las opuestas opiniones de si ese derecho es o no un derecho real".

"Siendo en sus efectos la figura jurídica del derecho de retención análoga a las instituciones de la prenda y del anticresis, nos parece que el lugar más adecuado es el que tienen estas dos últimas instituciones, o sea que debemos incluir el derecho de retención en la Sección sobre los Derechos Reales".

"El Anteproyecto se inspira en un concepto amplio respecto de la naturaleza del crédito y de las cosas susceptibles de la retención, pues comprende hasta los créditos; exigiendo como requisitos la existencia de una obligación legítima, la posesión actual y voluntaria de la cosa por el acreedor, y que no haya de por medio otra garantía (art. 1.º)".

"El otorgamiento de una garantía y la limitación de la retención al valor de lo debido tienden a impedir el abuso en el ejercicio del derecho (art. 2.º)".

"Las cosas que se reciben en depósito o están destinadas a pasar a terceros, no están sujetas a esta medida por razones obvias (art. 3.º)".

"La terminación del derecho por el acto de entrega del retenedor es una consecuencia de lo establecido en el artículo 1.º del Anteproyecto, pero a este respecto el Anteproyecto se separa del Código argentino (art. 3943), por cuanto creemos que no hay razón para que la vuelta del bien al retenedor no haga surgir nuevamente en su favor el derecho de retención (art. 4.º)".

"El ejercicio de las acciones posesorias por parte del retenedor se funda en razones obvias, pero con la salvedad de los derechos del poseedor de buena fe (art. 5.º)".

"La indivisibilidad del derecho de retención está en la naturaleza de él, y la consignan los Códigos argentino (art. 3941) y japonés (art. 1097)".

"No teniendo el derecho de retención la acción persecutoria preferencial, ni importando un privilegio, su garantía reposa exclusivamente en la excepción que puede oponer el retenedor a la entrega de la cosa sin poder estorbar el derecho de venta de ella, que corresponde a los acreedores del dueño (art. 7.º)".

30.—ANTEPROYECTO.—El Anteproyecto del mismo SOLF (73) era el siguiente:

Art. 1.º—Por el derecho de retención, un acreedor puede conservar los bienes muebles, valores y créditos de su deudor de que está en posesión y por acto de éste, hasta el pago de lo que se le adeuda si no está suficientemente garantido por cualquier título".

Art. 2.º—El derecho de retención no se ejercitará sino en cuanto baste para cubrir la deuda que lo motiva, y cesará tan luego que el deudor la asegure con una garantía.

Art. 3.º—El derecho de retención no puede ejercerse sobre cosas que al momento de recibirse están destinadas a ser entregadas a otra persona o a guardarse como depósito.

Art. 4.º—El derecho de retención se extingue por la entrega o abandono voluntario del bien; pero no por la desposesión ilegal contra la cual el retenedor puede intentar las acciones posesorias.

Art. 5.º—No obstante lo establecido en el artículo anterior, el derecho de retención no menoscaba los derechos del poseedor de buena fe, que este Código reconoce.

Art. 6.º—El derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse por todo el crédito o por la parte de él vigente, sobre la to-

talidad de los bienes o sobre la parte de ellos de que esté en posesión el acreedor.

Art. 7.º—El derecho de retención no impide el embargo y remate del bien, por acción de otro acreedor, pero el adquirente no podrá recogerlo del poder del retenedor sino entregando a éste el precio hasta la concurrencia de su crédito.

Art. 8.º—Las reglas de este Título son aplicables a todos los casos en que este Código reconoce el derecho de retención, sin perjuicio de los preceptos especiales establecidos para cada uno de esos casos por la ley o por el convenio.

31.—DEBATE.—La discusión y votación del Anteproyecto anterior se realizó en la 202a. sesión del 2 de junio de 1927 (74).

“La Comisión pasó en seguida a discutir y votar el Anteproyecto del señor Solf relativo al derecho de retención, que fué aprobado con las siguientes modificaciones:

Art. 1.º—El señor Olaechea manifestó que el artículo en discusión amplía en forma excesiva, el derecho de retención; que la verdad, en materia de legislación, no está nunca en las teorías extremas, por cuyo motivo estima preferible el sistema del *debitum cum re junctum*, consagrado por la generalidad de los códigos que legislan el derecho de retención; que cuando existe un contrato, el derecho de retención encuentra su fundamento clarísimo en el respeto debido a los pactos y que, cuando no existe contrato, el derecho de retención se basa en la equidad natural, que gobierna las relaciones humanas y que no permite a ninguno enriquecerse en detrimento de otro. El señor Olaechea agregó que si la ley permitiera que el propietario reivindicase la cosa que le pertenece sin pagar lo que debe por su conservación o mejora, irrogaría con ello una pérdida injustificable a su acreedor. El señor Olaechea manifestó, además, que el avanzado sistema del Anteproyecto no había sido consagrado por ningún Código Civil, pues sólo había sido adoptado por el Código de Comercio alemán y por el Código de las Obligaciones de Suiza, pero solamente en este último Código, para legislar las relaciones entre comerciantes, por lo cual proponía la adopción de la fórmula argentina que proclama el principio de la conexidad entre el crédito y la cosa, como sistema intermedio y conveniente”.

“El señor Calle manifestó que estaba de acuerdo con la tesis sustentada por el señor Olaechea; que, en su concepto, el sistema

del Código alemán, que era el que había inspirado el Anteproyecto en discusión, era en extremo avanzado para incorporarse a una legislación de carácter civil, y que por ese motivo y por las razones aducidas por el señor Olaechea, era partidario de la adopción de la fórmula argentina que consagra, como fundamento del derecho de retención, la necesaria conexidad entre el crédito y la cosa”.

“El señor Solf manifestó que convenía en que la reforma propuesta era un tanto audaz; y que, por ello, no la había sometido a la consideración de sus compañeros con carácter definitivo; que apreciaba, debidamente, la importancia de las observaciones formuladas por los señores Calle y Olaechea, pero que creía que la Comisión debía tener en cuenta que si Códigos tan avanzados, como los de Alemania, Suiza y el Japón, admiten el derecho de retención en forma irrestricta, en lo relativo a las relaciones de carácter comercial, no había fundamento atendible para rechazar esa misma amplitud tratándose de la legislación civil, dada la compenetración cada vez mayor entre una y otra materia”.

“Agregó el señor Solf que, en su concepto, el principio de la conexidad, proclamado por el Código argentino, era un tanto vago; que no creía, desde luego, que la redacción del artículo en discusión fuese inobjetable, pero que, dada la amplitud del derecho de retención, era en extremo difícil hallar una fórmula suficientemente elástica”.

“Después de un amplio debate, la Comisión acordó adoptar la fórmula argentina preconizada por el señor Olaechea”.

“Terminada la anterior discusión, el señor Olaechea manifestó, refiriéndose al propio artículo 1.º, que consideraba necesario modificar su redacción en el sentido de comprender los bienes inmuebles y eliminar los créditos”.

“El señor Solf manifestó que, adoptado por la Comisión el sistema de la conexidad, no había inconveniente alguno para extender a los inmuebles los beneficios provenientes del derecho de retención; pero que en lo relativo a la eliminación de los créditos era de parecer que la reforma propuesta por el señor Olaechea carecía de fundamento, porque los créditos son susceptibles de posesión mediante la transferencia o el endoso”.

“El señor Olaechea manifestó que si la razón de equidad, que sustenta el derecho de retención, era común a muebles e inmuebles, el derecho de retención experimenta una restricción en lo relativo a los créditos, porque respecto de éstos no era suscep-

tible de ejercitarse; que el derecho de retención consiste en la detención material de la cosa por el acreedor y que los créditos, como los derechos, no eran susceptibles de esta clase de posesión; que el endoso o la transferencia, a que acababa de referirse el señor Solf, no modifican su punto de vista, pues mediante estos actos se reviste la posesión de un título, independiente del hecho mismo en que consiste la retención”.

“Terminando, el señor Olaechea manifestó que la ley no puede amparar el derecho de retención sobre las cosas que un acreedor poseyese ilegítimamente, pero que era de parecer que se dejara al criterio de los jueces establecer, en cada caso, el carácter legítimo o ilegítimo de la posesión”.

“El señor Solf manifestó que en vista de la exposición anterior retiraba su observación relativa a mantener el derecho de retención respecto de los créditos, pero que creía conveniente que la Comisión dejara constancia de que ese derecho no podría ejercitarse, en forma alguna, respecto de las cosas que el acreedor poseyese de modo ilegítimo, conforme a lo expuesto por el señor Olaechea. Así lo acordó la Comisión, aprobando el artículo con la siguiente redacción final:”

Art.—“Por el derecho de retención un acreedor puede conservar los bienes de su deudor, de que está en posesión, hasta el pago de lo que se le adeuda, si no está suficientemente garantido”.

“Este derecho procede siempre que la deuda, anexa a la cosa detenida, haya nacido por ocasión de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella”.

“A continuación, el señor Olaechea manifestó que, en su concepto, el Anteproyecto debe legislar acerca del derecho de retención convencional”.

“El señor Solf manifestó que, admitido el principio de la conexidad como base fundamental y única del derecho de retención, no cabe, en su concepto, extender los beneficios de la institución hasta el punto de permitir a las partes que mediante pactos alteren o modifiquen sus modalidades; que, desde luego, no existe dificultad para que las partes establezcan, de mutuo acuerdo, el derecho de retención, pero siempre que las estipulaciones del pacto se sujeten estrictamente a las disposiciones de la ley. Agregó el señor Solf que si los contratantes tuviesen libertad para modificar a su arbitrio los fundamentos del derecho de reten-

ción, el principio de la conexidad, proclamado por la Comisión, sería letra muerta”.

“Concluyendo, el señor Solf expuso que, por lo demás, en la práctica el derecho de retención convencional carecería de verdadera eficacia, puesto que el acreedor, poseedor de la cosa, no pueda solicitar su remate, por cuanto la retención se distingue sustancialmente de la prenda”.

“El señor Calle sostuvo ampliamente la tesis del señor Solf y concluyó porque debía desestimarse la sugestión del señor Olaechea”.

“El señor Olaechea manifestó que, en vista de las razones aducidas por los señores Calle y Solf, no insistía en que se legislara sobre la figura contractual del derecho de retención”.

“Art. 2.º—Aprobado”.

“Art. 3.º—Aprobado”.

“Art. 4.º—El señor Olaechea manifestó que es una consecuencia del sistema de la conexidad entre el crédito y la cosa, adoptado por la Comisión, que si ésta se devuelve, o abandona por el acreedor, aunque vuelva después a su poder por otro título, el derecho de retención no renace, y que esa debe ser en su concepto la interpretación del artículo en debate”.

“El señor Solf manifestó que, al amparo de la conexidad y de la equidad, que son las bases adoptadas por la Comisión como fundamento del derecho de retención, no estima justificada la interpretación del señor Olaechea”.

“Después de un amplio debate, la Comisión adoptó, como interpretación del artículo, la tesis sustentada por el señor Olaechea”.

“Art. 5.º—Aprobado”.

“Art. 6.º—Aprobado”.

“Art. 7.º—Aprobado”.

“Art. 8.º—Aprobado”.

CAPITULO VIII

LA SEGURIDAD QUE OTORGA AL ACREEDOR EL DERECHO DE RETENCION Y LA QUE LE CONCEDEN LA HIPOTECA Y EL EMBARGO

32.—¿PUEDE EL RETENEDOR SER OBLIGADO A ACEPTAR OTRA GARANTÍA?—Es incuestionable que contra la voluntad del retene-

dor esto no es posible; empero es evidente también que una hipoteca o una prenda constituyen una garantía más sólida y eficaz.

Admiten los autores que la retención constituye una seguridad más firme que la del embargo. En verdad éste no puede ser equiparado a aquélla. Así, el embargo cesa con la quiebra (art. 64 de la L. P. de Q. No. 7566) y la retención no. Ello no obstante, si el derecho de retención deriva de créditos contraídos por el quebrado dentro del período de retroacción es incuestionable que el *ius retentionis* no podrá seguir surtiendo sus efectos (75).

(75) Como anota MONTEL ("Apuntes en materia de garantía real", en "La Ley", p. 71, § b) de la sec. doct.) entre el embargo y la garantía real existen diferencias sustanciales. El *ius retentio* es para nosotros derecho real de garantía. Expresa el autor italiano que, al igual que la prenda y la hipoteca, el embargo inmoviliza el bien destinándolo a un fin determinado. A nuestro juicio, por lo menos dentro de la masa legislativa peruana, no es una inmovilización absoluta, porque tanto el deudor prendario como el hipotecario pueden enajenar el bien, conforme al art. 852 cód. civ. (salvo la excepción de los gravámenes constituidos a favor del Banco Central Hipotecario del Perú); pueden también constituir otras garantías prendarias o hipotecarias, lo que está previsto en los arts. 986 y 1023 cód. civ. El embargo tampoco en nuestra legislación inmoviliza el bien en que incide; no impide enajenar, como aparece del art. 86 del Reglamento de las Inscripciones, porque la enajenación se hará sin perjuicio de la persona a cuyo favor se extendió la anotación. Si bien con respecto a los bienes muebles embargados su enajenación no está ni permitida ni prohibida, en virtud del art. 890 cód. civ., el tercero que adquiriera los bienes muebles embargados a título oneroso no podrá ser desposeído. Por lo expuesto, habrá que tomar el concepto "inmovilizar" en el sentido de que el bien está destinado única y exclusivamente al cumplimiento de una obligación predeterminada. Ello no impide, sin embargo, que pueda ser ejecutado por otros acreedores: pero éstos deberán soportar la preferencia del acreedor pignoraticio o del acreedor hipotecario y sólo serán pagados con el sobrante, si es que quedara alguno. El acreedor hipotecario no puede oponerse a la ejecución, como generalmente se cree entre nosotros. Sólo el acreedor anticrético lo puede hacer, mediante una tercería de derecho incompatible con el remate, invocando el art. 755 cód. proc. civ. El art. 713 de este mismo cód. prevé el supuesto de que existan hipotecas sobre el bien subastado. En sentido contrario, nuestra jurisprudencia: sents. 9 setiembre 1918, en A. J., 1918, p. 148; 13 junio 1916, en A. J. 1916, p. 136.

Para MONTEL, el embargo no es más que una etapa de la ejecución. Por lo mismo, no atribuye ningún poder al acreedor ejecutante, quien está en la misma situación que los otros acreedores a quienes no puede excluir de la ejecución sobre ese bien. Esta afirmación de MONTEL es exacta hasta cierto límite en nuestro derecho, porque conforme al art. 85 del Reglamento de las Inscripciones el acreedor embargante deberá tener preferencia sobre los acreedores cuyos créditos hubieren nacido con posterioridad a la anotación preventiva del embargo. Y ello es así aunque no lo hubiere entendido en tal forma nuestra jurisprudencia, que en esta materia sobre todo, se muestra no sólo vacilante, sino profundamente equivocada, aduciendo que la preferencia no se decide por las fechas de las inscripciones, sino por la naturaleza de los créditos. Esto no es ni puede ser absolutamente verdadero. Los créditos sobrevinientes, aunque fueren hipotecarios, no prefieren a un crédito que fué anotado preventivamente, aunque sea de un acreedor quirografario o común. En otros derechos, como el argentino, se produce la indisponibilidad del bien embargado (V. SALVAT, Derechos reales, II, N° 2276,

Nuestra Ley Procesal de Quiebras No. 7566, de 2 de agosto de 1932, se ocupa de la suerte que corre el derecho de retención en el art. 67, admitiendo que debe pagársele al retenedor y que la

p. 439); no existe gravamen posible y si no lo hay ello no importa peligro para el acreedor embargante.

Es útil discriminar la fórmula del art. 85 del Reglamento de las Inscripciones: "El embargante que obtenga anotación a su favor, será preferido solamente en cuanto a los bienes anotados, a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído después de extendida dicha anotación, siempre que el bien embargado sea del deudor en la fecha de la anotación".

El art. 1052 cód. civ. es impertinente, porque sólo se refiere a derechos reales.

Este reglamento es ley para nosotros y, por lo mismo, es observable.

La Ley P. de Q. N° 7566, contiene esta materia de las preferencias en forma intemporal.

No es tampoco que se siga el criterio de que el que es primero en tiempo es mejor en derecho (*Prior tempore potior in jure*).

Si discriminamos el art. 85 resulta que:

1) Si concurren dos créditos: uno proveniente de una letra de cambio y anotado el 1° de junio de 1946 y otro por escritura pública extendida el 30 de mayo anterior no anotado, por cuanto el plazo fijado para el cumplimiento de la obligación pecuniaria vence después, es evidente que deberá ser pagado primero el crédito escriturario.

2) Si concurren un crédito proveniente de una letra de cambio no pagada a su vencimiento, por lo que el embargo — como trámite del ejecutivo — fué trabado y debidamente anotado el 1° de junio de 1946; y de otro lado una hipoteca inscrita en el Registro con fecha 2 del mismo mes, pero que la escritura pública se otorgó el 30 de mayo, es evidente que deberá ser pagada primero la hipoteca.

3) Si se traba embargo en una finca que según el Registro es de A, pero que en realidad A vendió a B, sin que B inscribiera, es también evidente que el embargo no podrá legalmente subsistir, ya que conforme a la frase final del art. 85, el bien no es del deudor en la fecha de la anotación. (La venta no es necesario, que conste, en instrumento público, aunque parece razonable exigir fecha cierta (arts. 1173 y 1174 cód. civ.) Contra sent. 6 noviembre 1940, en R. de los T., año 1940, p. 505). Sin embargo, si no es embargo lo que se anota sino una hipoteca lo que se inscribe en bien que ya no es de A, porque lo ha vendido, en realidad la hipoteca se hace efectiva y es legal porque ello cae dentro del campo de aplicación del art. 1052 cód. civ., y dentro de la teoría pura porque es un derecho real.

4) Si disputaren la preferencia en el pago un acreedor quirografario con embargo anotado el 1° de junio de 1946 y un acreedor hipotecario con hipoteca inscrita el 30 de junio de 1946, constante de escritura pública otorgada el 20 de junio de 1946, es incuestionable que debe pagarse primero al acreedor quirografario, porque el crédito hipotecario es posterior conforme a la regla del citado art. 85. No es razón valedera la de que el primer acreedor sólo tiene un derecho personal y el acreedor hipotecario un derecho real. Este, al celebrar la hipoteca tuvo o debió tener conocimiento de la existencia de la anotación de embargo. En otros casos si en el juicio que dió mérito al embargo se dictó sentencia firme, el crédito del acreedor quirografario tiene la preferencia señalada en el inc. V del art. 112 de la ley N° 7566 (L. P. de Q.).

Es razonable confiar en una reacción favorable a la exacta interpretación del art. 85, en nuestra magistratura. Que no pueda prosperar una doctrina como la de la Sentencia de 17 de diciembre de 1940, inserta en R. de los T., año 1940, p. 480. En igual sentido sent. 9 mayo 1935, en R. de los T., año 1935, p. 85 ss. No examinamos la concurrencia entre dos créditos comunes, porque la solución es fácil.

procedencia del derecho de retención puede ser declarada aún después de ser expedido el auto de quiebra (76).

33.—¿EL DERECHO DE RETENCION ES UN PRIVILEGIO?—Sobre este punto no existe en la doctrina uniformidad de pareceres.

Así, MEDEIROS DA FONSECA (77) opina en el sentido de que no debe confundírsele con los privilegios, que están tratados en nuestra legislación en los arts. 110, 112, 113, 115 y 116 de la ley No. 7566, llamada ley procesal de quiebras. No son privilegios,

(76) SPOTA Alberto G. ha publicado en "Jurisprudencia Argentina" (año 1943, t. II, p. 431), una interesante apostilla a un fallo que titula "La sustitución del derecho de retención por una hipoteca".

El publicista argentino analiza agudamente este asunto, refiriéndose en primer término a la cuestión que se plantea cuando el deudor para hacer cesar la retención consigna la suma reclamada. Admite que el *ius retentionis* debe terminar y que en el supuesto de declararse la quiebra del deudor que ha consignado, el desapoderamiento no hace cesar el embargo, porque existe una afectación de la suma de dinero y porque se ha producido una subrogación real: el derecho del retentor se subroga sobre la suma de dinero consignada. Empero, nuestra ley de falencias es terminante; en tanto que los embargos cesan, la retención no.

También se refiere SPOTA a la hipótesis de que el deudor pretenda de que la retención sobre un inmueble se transforme en la anotación preventiva de un embargo del mismo inmueble, considerándola inadmisibles. En el Perú, atendida la dirección que sigue nuestra jurisprudencia al tener en cuenta para la preferencia, no la fecha de los embargos, sino la naturaleza de los créditos, esa pretensión del deudor retenido sería más peligrosa que en el derecho argentino.

Examina, finalmente, la situación del retentor cuya garantía ha sido sustituida con una hipoteca y se interroga si ésta garantiza íntegramente al retentor. Considera que la hipoteca no ofrece las mismas garantías. V. g., el inmueble hipotecado no se deteriorará en poder del retentor; por el contrario, ello puede ocurrir si lo tiene el deudor y comprueba que no va a poder cumplir con la obligación garantizada; la ejecución hipotecaria da lugar a largos procedimientos judiciales, sobre todo si el inmueble gravado ha cambiado de dueño. Esta última afirmación en el derecho peruano no es exacta, atendida la forma cómo ha resuelto el punto nuestra jurisprudencia (sents. 16 febrero 1872, en A. J., 1871-72, p. 258; 18 noviembre 1873, en A. J., 1873-75, p. 82; 24 agosto 1886, en A. J., 1880-87, p. 279).

Conviene también expresar que conforme al art. 1030 cód. civ., la retención deberá cesar tan pronto el deudor asegure el crédito y no sólo se le asegure con una garantía real, sino también con una garantía personal como la fianza. No, es claro, con un embargo.

Cree SPOTA que el vigor jurídico del derecho de retención queda seriamente disminuido si se le sustituye con la hipoteca sobre un bien libre. No admite tampoco que quien deba dar una fianza quedará liberado si otorga una prenda o hipoteca. Esta operación es posible de perfeccionarla en nuestro derecho, de conformidad con el art. 1794 cód. civ., contra el principio tradicional *aliud pro alio invito creditorum solvi non potest*. Esta nuestra doctrina legal se encuentra apoyada en la opinión de POTHIER, (I, No 393, p. 382 s.), quien expresa que se deberá facilitar al que debe prestar una caución otorgue garantías reales si no puede dar la primera.

Véase también un comentario de la resolución del tribunal argentino que autorizó la sustitución de la retentio por la hipoteca en Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica, enero-marzo 1944, párr. 24, p. 37.

(77) No 72, p. 127.

con arreglo a la doctrina, las causas de preferencia establecidas para los créditos hipotecarios y los censíticos en los arts. 111 y 114 de la misma ley (78).

Para la existencia del privilegio, expresa el autor brasileiro, no es indispensable la detención del bien. En cambio, en el derecho de retención ella es esencial, porque si se pierde por entrega de la posesión o por el abandono, el *ius retentionis* se extingue. Equivocadamente cree MEDEIROS de que los privilegios sólo funcionan en caso de concurso o quiebra, en tanto que el derecho de retención funcionaría en cualquier momento.

(78) Una exposición muy clara es la que hace el profesor italiano Alberto MONTEL, en un ensayo titulado "Apuntes en materia de garantía real", publicado en "La Ley", t. 14, sec. doct. p. 70 ss., en la que después de analizar los derechos reales de prenda y de hipoteca los diferencia de los privilegios. Al respecto, expone que quien contrae una obligación responde con su patrimonio íntegro, que constituye la garantía común de sus acreedores. Esta es la llamada prenda genérica o garantía genérica. Si el deudor incumple la obligación, el acreedor provisto de título ejecutivo puede ejecutar cualesquiera de sus bienes, evitando así que dicho deudor se desprenda de los mismos antes de la ejecución. Si ocurriese esto último, obligaría al acreedor a conseguir la declaración de quiebra de su deudor o a iniciar la acción revocatoria (arts. 1098 ss. cód. civ.). Con el propósito de evitarse estas argucias los acreedores prudentes y cuidadosos cuentan con los siguientes medios: a) reforzar de antemano la obligación mediante la constitución de otra obligación a cargo de un tercero, que conviene en cumplir la obligación si el deudor principal falta a su cumplimiento; o b) establecer entre la obligación de su deudor y un bien determinado una relación por la que se somete dicho bien a la ejecución que el acreedor interponga en el caso de que el deudor no cumpla con satisfacer la prestación en que la obligación consiste. En el primer caso estamos frente a una garantía personal, que es la fianza; en el segundo, se crea una garantía real que concede al acreedor acción ejecutiva contra el bien que sirve de seguridad, sin que pueda librar a dicho bien ningún acto del deudor o de terceros y que también pone al acreedor a cubierto de sufrir la concurrencia de otros acreedores porque le concede un derecho de preferencia, o sea el de ser pagado antes que otros acreedores del mismo deudor con el precio que se obtenga de la ejecución del bien. Esta garantía real comprende bienes muebles e inmuebles. Tratándose de los primeros, se constituye la garantía mediante la entrega de la posesión al acreedor o a un tercero y se llama prenda. Y para los inmuebles, la garantía recibe los nombres de hipoteca y anticresis; constituyéndose la primera por la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, aunque el deudor conserve la posesión, y la segunda por la tradición de la posesión y la solemnidad de la escritura pública. La inscripción para la anticresis no es indispensable, salvo para que surta efectos contra terceros; pero debe ser sólo por una obligación pecuniaria.

MONTEL establece la diferencia entre las garantías reales y los privilegios, diciendo que la garantía real recae sobre un bien determinado, en tanto que el privilegio funciona sobre todos los bienes. Agrega que la garantía real subsiste no obstante la enajenación que del bien hiciera el deudor y que el privilegio no se extiende a los bienes que salen del patrimonio del deudor; la garantía real otorga poderes al acreedor aún antes de la ejecución y los privilegios entran en juego con la ejecución; la garantía real asegura, refuerza la obligación, existen o no otros acreedores y el privilegio se invoca y funciona en concurrencia con otros acreedores.

Asimismo, para VASQUEZ (79) el retentor no goza de privilegio alguno. Que la preferencia que tiene la pierde si él mismo ejecuta el bien, porque sobre el dinero que se obtenga no goza de preferencia alguna y se convierte en simple acreedor quirográ-

En buena doctrina, toda obligación concede al acreedor el derecho de exigir su cumplimiento, conforme al inc. 1º del art. 1233 cód. civ. Ese cumplimiento puede demandarse en vía ordinaria o en vía ejecutiva si el título reuna las calidades exigidas por los arts. 591 y 598 del cód. proc. civ. Por lo mismo, se pueden perseguir todos los bienes del deudor, salvo los que fueren inembargables. A esto se le llama el derecho de prenda general que todos los acreedores tienen sobre los bienes de su deudor. Es de advertir que no sólo no son embargables los bienes de que se ocupa el art. 617 cód. proc. civ., sino otros cuya inembargabilidad deriva de leyes especiales, de la Const. o de otros códigos.

Todos los acreedores tienen entonces el derecho a la ejecución forzada, siempre que sus créditos fueren exequibles (art. 600 cód. proc. civ.).

Conviene previamente indicar en qué consiste la prelación de créditos. Por ejemplo, si concurren seis acreedores de un mismo deudor se plantea la dificultad de saber cómo y en qué orden deberán ser pagados, o sea si todos deberán ser pagados conjuntamente o los unos después de los otros. La respuesta, no muy clara que digamos, la hallamos en la ley Nº 7566, de 2 de agosto de 1932, en los arts. 110 y ss. Estas preferencias se observan no sólo en los procedimientos de quiebra, sino en cualquier supuesto de concurrencia de créditos. Así, en el cód. proc. civ. se legisla en los arts. 743, 756 y ss. la tercería preferencial de pago o de igual derecho, que es deducida precisamente cuando el deudor no ha sido concursado o quebrado, ya que la declaración de falencia hace que se acumule la tercería al juicio de quiebra, conforme al precepto del art. 59 de la ley Nº 7566.

Un principio esencial e inicial, basado en la equidad y en la lógica, apoya esta solución: cualesquiera que fuere el origen de su crédito, la fecha en que nació o la naturaleza de la cosa debida, tiene derecho a concurrir conjuntamente en la distribución de los bienes del deudor, para ser pagado íntegramente si dichos bienes son suficientes, o a prorrata si no lo fueren.

Existen, empero, acreedores que no están sometidos a esta regla de la igualdad, que deberán ser pagados primero que los demás, porque gozan de un derecho de preferencia. Los otros acreedores se llaman comunes u ordinarios; estos, acreedores privilegiados.

Las causas de preferencia son de derecho estricto, se interpretan restrictivamente. No existen preferencias *analogiam causa*; éstas sólo vienen dadas por la ley.

Tenemos así dos causas de preferencia: una es la de los privilegios y otra la encontramos en el *ius preferendi* que otorgan las garantías o seguridades reales. Las diferencias entre ambos derechos son las que siguen: 1) Las garantías reales nacen de una convención; los privilegios están consagrados en la ley; 2) Las garantías reales recaen sobre bienes específicamente determinados; en las mismas juega el requisito de la especialidad. Los privilegios funcionan generalmente sobre muebles e inmuebles conjuntamente; 3) Si examinamos la hipoteca la preferencia de que goza se determina por la inscripción; en los privilegios la prelación depende de la naturaleza del crédito.

Resultaba indispensable, en concepto nuestro, diferenciar las seguridades o garantías reales de los privilegios, a fin de esclarecer si éstos difieren substancialmente del derecho de retención.

(79) Nº 92, p. 96. El autor argentino establece cierta confusión entre los términos "privilegio" y "preferencia".

fario (ordinario o común). Vale anotar, sin embargo, que se presentan hipótesis en que concurren el derecho de retención y el privilegio.

Expone MONTEL (80) que el derecho de retención sólo desempeña una función meramente negativa y no otorga ninguna preferencia en caso de ejecución.

Otros autores afirman que la *retentio* no es un privilegio sino un derecho de preferencia sobre el precio de la cosa retenida. Y para negarle el carácter de privilegio expresan que éste subsiste sobre el precio de la venta de la cosa retenida, aunque dicha venta se hubiere llevado a cabo por el mismo acreedor privilegiado. Esto no ocurre si es el mismo retenedor quien procede a la venta de lo que retiene; pierde la preferencia porque se estima que es una renuncia tácita al *ius retentionis*.

No obstante de que la *communis opinio* es la de que el derecho de retención no importa un privilegio y de que sólo existe una causa de preferencia que se ejerce sobre el bien y que puede ser opuesta a los acreedores quirografarios y a los privilegiados, y aún a los hipotecarios, si la hipoteca fué inscrita con posterioridad al derecho de retención, tratándose de inmuebles registrados, o si sólo fué anotada preventivamente por mandato judicial con posterioridad al ejercicio del derecho de retención y su consiguiente inscripción—; no obstante todo esto consideramos que lo dispuesto en el art. 1034, transforma al retentor en un acreedor superprivilegiado, porque el subastador no podrá retirar el bien de su poder sino entregándole el dinero que fuere suficiente para cubrir su acreencia. Y la retención puede tener por causa un crédito ordinario o quirografario. Sin embargo, el retentor lo único de que estará impedido es de ejecutar el bien y se limitará a poseerlo, vale decir a aprovechar de sus rendimientos. Este favor de que goza quien ejerce la *retentio* no desaparece ni con la declaración de quiebra; el art. 67 de la ley No. 7566 declara que el derecho de retención permanece incólume, a no ser—es claro—que derive de algún crédito nacido dentro del período retroactivo.

(80) Opinión vertida en "Apuntes en materia de garantía real", publicado en "La Ley", t. 14, sec. doct. p. 71 s., § e).

CAPITULO IX

EL DERECHO DE RETENCION EN SU FAZ PROCESAL

34.—EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—El acreedor ejercitará el derecho de retención en forma extrajudicial hasta no ser satisfecho de su crédito; rehusará entregar el bien.

Dentro de este modo de ejercicio constituye una vía de hecho, que es una excepción a la regla de que a ninguno le es lícito hacerse justicia por sí mismo (81).

También es posible su ejercicio en forma judicial; pero el juez no puede otorgar ni crear el derecho de retención. Sólo le está permitido declarar si la retención está o no arreglada a ley.

El juez no puede ordenar que el deudor entregue a su acreedor un bien para que éste lo retenga. Sólo cabe que así lo pronuncie si el acreedor ha sido despojado del bien y ha interpuesto interdicto de recobrar; se observa en este supuesto, sin embargo, que la retención ha estado ejercitándose (82).

35.—LA EXCEPCIÓN DE RETENCIÓN.—Sin necesidad de que el acreedor niegue la obligación de restituir a su dueño la cosa, aquel invoca la retención hasta que se le pague el crédito que le tiene el propietario por la misma cosa.

Es una excepción que se deducirá en nuestro derecho procesal como perentoria, porque no existen más excepciones dilatorias que las señaladas en el art. 312 del cód. de proc. civ. Véase, sin embargo, otras excepciones dilatorias en los arts. 762, párrafo 2.º y 1201 de la misma ley procesal.

Es admisible también que la retención pueda funcionar en alguna hipótesis como reconvencción; así, cuando el retenedor pretende obtener el reconocimiento judicial de su crédito (83).

Es posible, asimismo, deducir la correspondiente acción judicial para que se declare por el juez la legitimidad del ejercicio de tal derecho. La inscripción de la sentencia ejecutoriada o, en otro caso, la anotación de la demanda, si la retención incide sobre un inmueble, deja, a nuestro ver, sin efecto la preferencia hipotecaria, en el supuesto de que la hipoteca se hubiere registrado con posterioridad a la inscripción o a la anotación.

(81) MEDEIROS DA FONSECA, No 161, p. 259 s.

(82) MEDEIROS DA FONSECA, No 162, p. 260 s.

(83) MEDEIROS DA FONSECA, No 163, p. 261 s.

36.—EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN.— El derecho de retención no debe ser confundido con el embargo en forma de retención, del que se ocupan los arts. 622 a 624 cód. proc. civ. y 1242 cód. civ.

En la medida precautoria la retención se efectúa por mandato judicial, en razón de un crédito que no pertenece al retenedor y sin que exista conexión, enlace entre el crédito y la cosa retenida. Estas características son suficientes para establecer la diferencia que existe entre ambas instituciones.

Son notorias las diferencias entre el derecho de retención y el embargo en general. Así, nace el embargo por decreto del juez; constituye una diligencia del juicio y, en otros casos, es uno de los trámites en la ejecución. Es también otra diferencia que el embargo puede conducir a la venta del bien y este es su objeto esencial; la retención no persigue ese propósito. Si el retenedor procede a la venta del bien retenido se extingue la retención y del precio de la venta no sería pagado si existieran otros créditos que fueran preferentes al suyo. Es verdad que también el acreedor embargante, no obstante la fecha de la anotación preventiva de la medida precautoria, puede no ser pagado primero del precio en que se vendiere el bien embargado, si existieren otros créditos que le son preferentes; y en este punto el derecho de retención resultará de más eficacia que el embargo, por cuanto si bien los demás acreedores pueden embargar y rematar el bien, no podrán desposeerlo y aquel que lo adquiriera en la subasta a que diere lugar la ejecución no podrá exigir su entrega al retenedor sino entregándole el precio de la subasta en lo que fuere necesario para cubrir el crédito que fué causa de la retención (art. 1034 cód. civ.).

Las disposiciones legales sólo se refieren a la preferencia hipotecaria; es la única que podría ser causa de que el retenedor no fuere pagado y que obligaría a éste a entregar el bien. Sin embargo, la preferencia hipotecaria puede no existir si el retenedor del inmueble inscribió su derecho de retención en el Registro antes que el gravamen hipotecario, sea por pacto o como resultado de la acción que siguiera con el propósito de que la retención se declarara judicialmente que era legítimamente ejercitada. También habrá que tener en cuenta la preferencia que otorga la anticresis.

También no existe preferencia hipotecaria tratándose de los inmuebles buques (inc. 4.º del art. 812 cód. civ.), desde que conforme a la ley de hipoteca naval No. 2411, si el crédito proviene de la reparación o reconstrucción de la nave prefiere a la hipoteca (84).

Otras diferencias las encontramos en que el derecho de retención excluye comúnmente la intervención judicial; el retenedor no hace más que prolongar una desposesión iniciada por el propio deudor; y se exige conexidad entre el bien y el crédito. Ninguno de estos elementos es indispensable en el embargo (85).

CAPITULO X

FORMAS COMO SE EXTINGUE EL DERECHO DE RETENCION

37.—EXTINCIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN.— En cuanto a la extinción del *ius retentionis*, SALVAT (86) se expide en esta forma:

Una primera forma de extinción es la que se produce por vía de consecuencia. Concluida la obligación principal que asegura, deberá extinguirse la retención, atendido su carácter accesorio. De esta forma se ocupa la parte final del art. 1030 cód. civ.: "La retención se ejercitará en cuanto baste para satisfacer la deuda que la motiva y cesará tan luego que el deudor la pague o la asegure".

Otra forma de extinción es por vía principal y se opera en los siguientes casos:

1) Por la entrega o abandono del bien. A este respecto, el art. 1032 cód. civ. estatuye: "El derecho de retención se extingue por la entrega o abandono del bien pero no por su desposesión ilegal".

Si se produjere una desposesión ilegal, el retentor tiene expedito su derecho para iniciar un interdicto de recobrar o de despojo.

La entrega del bien retenido no importa la remisión del crédito así garantizado; lo mismo que en la prenda (art. 1302 cód. civ.).

2) Por la renuncia.

(84) V. *supra* 36 in fine.

(85) VASQUEZ, N° 15, p. 21 ss.

(86) N° 3111, p. 883 ss. Véase, asimismo, JACOB, p. 124 ss.

La renuncia debe constar instrumentalmente porque podría alegarse la desposesión ilegal. Si el derecho de retención estuviera inscrito la renuncia deberá reducirse a escritura pública (art. 1041, cód. civ.).

3) Por la venta judicial que hiciere el retenedor de la cosa que retiene, siendo de advertir que no goza de preferencia alguna sobre el precio en que se vendiere la cosa. Si bien, conforme al art. 1034 cód. civ., los demás acreedores pueden rematar el bien retenido y el adquirente para recogerlo del poder del retenedor deberá entregar a éste del precio de la subasta lo que baste para cubrir su crédito, en el supuesto de que el retenedor fuere el que pida la subasta el adquirente en ella de la cosa retenida no necesita entregarle en dinero lo que fuere suficiente para cubrir su acreencia; el retenedor si es acreedor común entrará para la distribución del precio en que se venda la cosa en concurrencia y a prorrata de sus respectivos créditos con los demás acreedores si también son comunes, y si éstos fueren privilegiados el retenedor sólo podrá pagarse con lo que quedare después de ser cancelados los créditos de quienes son acreedores preferenciales. La solución sería diversa si el retentor cuenta también con preferencia o privilegio.

4) Por pérdida de la cosa.

38.—RENUNCIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—La renuncia que se formule por el retenedor del derecho que tiene sobre el bien, no importa la renuncia a cobrar el crédito que la retención garantizaba, no supone la condonación del mismo. Dicho crédito puede ser exigido en la forma común y acostumbrada.

39.—PRESCRIPCIÓN.—El crédito que el retenedor tiene a su favor y a causa del cual retiene el bien de su deudor, no se extingue por prescripción, porque el propietario al dejar el bien en manos del retenedor está haciendo un constante reconocimiento de su deuda; esta es una forma de reconocimiento tácito (87).

JORGE EUGENIO CASTAÑEDA.

(87) VASQUEZ, No 97, p. 99. Contra CAMAÑO ROSA Antonio (Glosas sobre el derecho de retención en "Rev. de Derecho Público y Privado", Montevideo, t. X, año 1943, Nos. 55-60, p. 65 ss.); este autor, después de un análisis doctrinario minucioso, se inclina por la prescripción del derecho de retención por vía de consecuencia, es decir, que la prescripción del crédito garantizado con la retención importa la prescripción del derecho de retención mismo. Hace el examen de la afirmación de que la retención significa un reconocimiento tácito de la deuda que interrumpe indefinidamente la prescripción, anotando la debilidad de tal afirmación, por cuanto el silencio opuesto a actos no se tiene como manifestación de voluntad sino cuando exista obligación de explicarse (v. art. 1077 cód. civ.).

BIBLIOGRAFIA

- Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil, fascículo 7, ed. 1929.
- Acuña Anzorena Arturo*, El Derecho de Retención en el Código Civil Argentino, ed. 1929.
- Aparicio Carlos*, Índice Ediar, t. II.
- Aparicio y Gómez Sánchez Germán*, Código Civil, Concordancias, t. III, ed. 1942.
- Aubry et Rau*, Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae, t. III, 4.^a ed., 1869.
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes*, Du Nantissement des Privilèges et Hypothèques, t. I, ed. 1906.
- Bevilacqua Clovis*, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. IV, ed. 1917.
- Bibiloni J. C.*, Reforma del Código Civil. Anteproyecto, t. II, ed. 1939.
- Bibiloni J. C.*, Anteproyecto de Reformas del Código Civil Argentino, t. II, ed. 1929.
- Bonnecase J.*, Elementos de Derecho Civil, t. II, ed. 1945, traducción mexicana.
- Calle Juan José*, Código de Procedimientos Civiles, ed. 1912.
- Cornejo Angel Gustavo*, Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario, t. II, Derecho de las obligaciones; vol. II. De los contratos en general, ed. Gil S. A.
- Coviello N.*, Doctrina general del derecho civil, ed. 1938, trad. mexicana.
- Decker Joseph de*, Étude sur le "Droit de Rétention", Bruxelles, 1909.
- Demolombe*, Cours de Code de Napoleon, IX, Traité de la Distinction des Biens, t. I, ed. 1881.
- Ennecerus Ludvig*, Derecho de Obligaciones, vols. I y II, eds. 1933 y 1935.
- Guillouard*, Traité du Nantissement et du Droit de Rétention, ed. 1896.
- Heinsheimer Karl*, Derecho Mercantil, ed. española 1935.
- Jacob André*, Le droit de rétention d'après les articles 895-898 du code civil suisse, Genève, 1933.
- Josserand Louis*, Cours de Droit Civil Positif Français, t. II, ed. 1939, Recueil Sirey.
- Lafaille Héctor*, Curso de Contratos, comp. por Frutos y Arguello, t. III, (ed. 1928).
- Laurent*, Principes de Droit Civil Français, t. 29, ed. 1878.
- León Barandiarán José*, Comentarios al Código Civil Peruano (De los contratos) t. III, ed. 1945.
- Medeiros da Fonseca A.*, Teoria Geral do Direito de Retenção, ed. 1934.
- Olaechea Manuel Augusto*, El Derecho de Retención, tesis para el doctorado, ed. 1908 (Esta tesis aparece también publicada en la rev. "El Derecho", Lima, año XVIII, No. 357, enero a mayo de 1908, p. 2 ss.).

- Planiol-Ripert*, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. VI, ed. 1940.
Pothier, Oeuvres, t. I, ed. Siffrein, 1821.
Pothier, Oeuvres, t. II, ed. Siffrein, 1821.
Romero Romaña Eleodoro, Derecho Civil, Los Derechos Reales, ed. 1947.
Salvat Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos reales, t. I, ed. 1927.
Salvat Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos reales, t. II, ed. 1932.
Salvat Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones, 3.^a ed., 1935.
Scaevola Muscius, Código Civil Comentado y Concordado, t. 8, ed. 1893.
Troplong, Le Droit Civil Expliqué, t. 19, Du Nantissement..... ed. 1847.
Vásquez Alejandro A., Derecho de Retención, ed. 1942, Rev. de Jurisprudencia Argentina.
-