

DERECHO DE RETENCIÓN

(Legislación argentina. Códigos modernos. Perú)

SUMARIO:

- I.- Introducción
 - a) Familia de derecho hispanoamericana
- II.- El derecho de retención en el Código de Vélez
 - a) Originalidad legislativa
 - b) Naturaleza jurídica del llamado derecho de retención
- III.- El Código alemán y otros códigos europeos
 - a) Código civil suizo
 - b) Código griego
 - c) Código polaco
 - d) Código de Holanda (1992)
- IV.- El nuevo Código de Cuba
- V.- Influencia del Código argentino sobre la legislación moderna:
 - a) Paraguay
 - b) Portugal 1967 y ex-colonias portuguesas
 - c) Códigos mexicanos estatales
 - d) Proyecto colombiano de Valencia Zea
- VI.- Influencia del Código argentino... (cont). Perú
 - a) Código de 1856
 - b) Código de 1936
 - c) Código de 1984
- VII.- Conclusiones

I.- Introducción

Los países de Hispanoamérica tienen una tradición jurídica común, que hunde sus raíces en el Derecho castellano, y la Legislación de Indias, lo que ha permitido al maestro Castán Tobeñas hablar de la existencia de una familia de derecho hispanoamericana.

Es cierto que con posterioridad a la emancipación, y como una reacción contra la sujeción a que se encontraron sometidas las colonias, los codificadores americanos en un primer momento pretendieron romper todo vínculo de vasallaje y volvieron su mirada hacia el Código Napoleón, llegando incluso a adoptarlo en una traducción casi literal, como sucedió con el primer Código civil de Bolivia.

Superada esa etapa, los dos grandes codificadores de América del Sur, Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sársfield, elaboraron trabajos de marcada originalidad legislativa, en los que se amalgamaban una buena sistemática en la distribución de materias, la recepción de las mas modernas doctrinas del derecho occidental, junto con el respeto por instituciones de probada eficacia y añeja tradición.

El Código de Chile ejerció marcada influencia en los países de la vertiente del Pacífico, ya que fue adoptado casi sin retoques por muchos de ellos, y por su parte Paraguay puso en vigencia de manera integral el Código Civil argentino.

Lamentablemente con el correr de los años, los legisladores nacionales, enfrentados con la necesidad de modernizar sus Códigos, olvidaron con frecuencia los trabajos que de manera paralela se realizaban en otros países de América, cuyo ejemplo podía resultar de suma utilidad por la comunidad de intereses y la similitud de las condiciones sociales que debían regularse.

Muchas veces hemos reprochado a nuestros juristas esa actitud, que los impulsaba a imitar modelos jurídicos adoptados por pueblos de costumbres dispares y una idiosincrasia extraña, mientras olvidaban los esfuerzos que se desarrollaban en los países hermanos de Hispanoamérica.

Afortunadamente, sin embargo, en otras oportunidades se ha prestado atención a las investigaciones y aportes efectuados por los juristas de países hermanos. Como primer ejemplo citaremos el caso del nuevo Código de Paraguay, que data de hace una década, donde la Comisión de Codificación se apartó del Anteproyecto de De Gásperi, sumamente influenciado por el Código italiano de 1942, para beber con frecuencia en las soluciones propuestas por el Proyecto Argentino de 1936.

Un segundo ejemplo, de singular importancia, lo encontramos en los vínculos que ha establecido entre el derecho civil peruano, y el derecho argentino, el movimiento de renovación que comenzó en ese país con el Código de 1936, y se prolongó con el de 1984.

Estamos persuadidos de que esta hermandad jurídica es la mejor vía para un adecuado desarrollo de la economía de la región, pues el intercambio comercial, para tener éxito, debe contar con herramientas comunes: lengua, moneda y derecho.

Para ilustrar nuestra exposición procuraremos mostrar los lazos que existen entre la legislación peruana, y la argentina, en materia de una figura, el derecho de retención, que Vélez sistematizó en su Código, antes de que lo hiciera cualquier otro país del mundo occidental.

II.- El derecho de retención en el Código de Vélez

El Título Segundo de la Sección Segunda del Libro Cuarto, al que don Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD denominó "**Del derecho de retención**", es uno de los que merece atención y respeto, cuando se analiza la obra del genial cordobés¹.

a) "Originalidad" legislativa

En alguna oportunidad, refiriéndonos a la "originalidad" legislativa², nos preguntábamos si, después de tantos siglos de escribir sobre temas jurídicos, y luego que tantos pensadores han dedicado sus esfuerzos a buscar la solución justa, ¿es posible que encontremos todavía originalidad?

La respuesta afirmativa se impone. La justicia no cambia como valor, pero cambia en las formas de realización práctica, de obtener ese resultado, porque cambian una cantidad de datos reales,

¹. Para completar nuestro pensamiento sobre el tema puede consultarse "Técnica legislativa y retención", trabajo publicado en Perú, en Actualidad Jurídica, T. 92, julio 2001, p. 51.

². Ver nuestro "Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield", Revista Notarial de La Plata, año 1977, N° 831, p. 315 y ss. (en especial apartado I, b).

que hacen al contexto social y ello obliga a forjar nuevas normas y buscar nuevos caminos para que, en medio de esta realidad social cambiante, logremos el valor justicia, considerado más inmutable.

Aún si aceptamos el tríptico romano de "vivir honestamente", "dar a cada uno lo suyo", y "no hacer daño a otro", advertiremos que los conceptos de "daño", de "lo suyo", de "honestidad", van apareciendo con matices diferentes en el devenir histórico, y son los que hacen necesario que la ley vaya cambiando para lograr que se haga efectivo el valor justicia.

VÉLEZ, al proponer nuevas leyes civiles para nuestra patria, comprendió perfectamente ese problema, y por ello procuró fijar una ley que no solamente se adaptase a las necesidades históricas de ese momento -año 1869, que es la fecha en que termina la redacción del Código-, sino que proyectó una ley que contemplaba la Argentina del futuro.

Pues bien, la originalidad del legislador puede reflejarse no solamente en el contenido de las normas, sino también en los aspectos metodológicos de su obra³. Advertimos así que el Código civil argentino dedica títulos especiales a figuras o instituciones que no estaban sistematizadas en los códigos de la época, o que estaban legisladas con relación a un solo contrato, cuando en realidad eran normas aplicables a todos los contratos, o a la generalidad de los actos jurídicos.

b) Sistematización del derecho de retención

El derecho de retención, junto con la "exceptio non adimpleti contractus", y la compensación, son formas de defensa privada que el derecho civil reconoce desde antiguo, pero mientras las dos últimas figuras que hemos mencionado han sido plasmadas en fórmulas genéricas, que aparecen en todas las codificaciones, la facultad de retener no tuvo la misma suerte en el Código civil francés, ni en la generalidad de las codificaciones del siglo XIX que en él se inspiraron, que sólo contienen normas aisladas que conceden esta facultad de manera excepcional al referirse a distintas

³. Trabajo citado en nota anterior, apartado VI.

instituciones.

Doctrina y jurisprudencia, basándose en casos de especie que se encuentran dispersos en dichos cuerpos legales, disputaban sobre su alcance y la posibilidad o no de generalizarlos o aplicarlos a otras hipótesis por vía de una interpretación analógica.

Lo inorgánico del tratamiento dado al tema provocaba discrepancias doctrinarias y, también, soluciones jurisprudenciales contradictorias, aunque tendía a prevalecer el criterio que encontraba en la mayoría de las hipótesis consagradas ciertos elementos comunes, en especial la conexión entre el crédito de que goza el deudor de restituir, y la cosa que debe restituirse.

Es uno de esos puntos que, como decía el codificador en el "Oficio de remisión", "debían ya salir del estado de doctrina y convertirse en leyes", en los que empeñó su esfuerzo y, adelantándose a la evolución legislativa trazó un derrotero que iba a ser luego seguido por las codificaciones más modernas.

Siguiendo principalmente las ideas de Mourlon y los artículos de Rauter en la Revista de Foelix⁴, como así también algunas opiniones de Aubry y Rau, dió forma a un título que carece de antecedentes en la legislación comparada, y constituye un aporte significativo que ha inspirado la tarea de otros legisladores, como lo veremos a continuación⁵.

Inspirado en las enseñanzas de los mencionados autores, se

⁴. La nota original de Dn. Dalmacio Vélez, al mencionar el trabajo de Rauter, cita el año 1842.

SEGOVIA, con su prolijidad habitual, al anotar el entonces art. 3941, señala: "léase 1841, tomo 8º", y en las ediciones modernas del Código la nota al actual art. 3939 se publica con esa corrección, que se introdujo en la edición oficial que se publicó después de la llamada "Ley de Fe de Erratas".

Impulsados por la curiosidad hemos consultado la biblioteca del Codificador, que fuera donada por sus hijos a la Universidad Nacional de Córdoba, y que se conserva, junto con los manuscritos originales del Código, en el templete que por disposición del rector Dr. Sofanor Novillo Corvalán se erigió en la Biblioteca Mayor.

Hemos podido comprobar que Segovia tenía razón, y que el error se origina en el hecho de que al encuadernar esas revistas, en el lomo se ha puesto en letras doradas "1842" a las correspondientes al año 1841, y viceversa.

⁵. Ya en alguna oportunidad, al ocuparnos de la "originalidad" en la obra codificadora del cordobés, citamos -entre otros ejemplos- las normas que incluyó sistematizando el derecho de retención (ver nuestro "Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield", Revista Notarial, La Plata, N° 831, p. 315 y ss.; en especial, p.344).

adelantó al Código civil alemán, y al Código civil suizo, que generalizaron lo relativo al derecho de retención, pero sin dedicarle un título especial⁶, y a otros Códigos modernos, que han agrupado las normas vinculadas a este punto en un título o capítulo que las engloba⁷. La obra de Dn. Dalmacio Vélez Sársfield es el **primer Código civil** que no solamente sistematiza los principios generales sobre el "derecho de retención", sino que además les dedica un título especial, y lo hace con tanto acierto que a lo largo de un siglo de vigencia no ha sido necesario proponer prácticamente ningún retoque a esos dispositivos⁸, que continúan recibiendo aplicación por nuestros tribunales sin provocar mayores dificultades⁹.

Lo importante, sobre todo, es que a diferencia del Código civil francés y todos los que en él se han inspirado, en lugar de legislar inorgánicamente sobre las hipótesis en las cuáles el titular de un derecho de crédito puede ejercitar retención sobre cosas que debería restituir a su acreedor, el Código civil argentino ha sistematizado la solución fijando de manera estricta las condiciones necesarias para que se pueda ejercer esta facultad, haciendo especial hincapié en la conexidad entre el crédito existente y la cosa que se retiene.

No sólo es un acierto metodológico de Vélez el haber sistematizado el derecho de retención, sino que -si analizamos el

⁶. Código civil alemán, art. 273; Código civil suizo, artículos 895 a 898; Código civil polaco, art. 461.

⁷. El Código portugués de 1967, dentro del Libro Segundo, destinado a las obligaciones, dedica al derecho de retención la Sección VII (arts. 754 a 761, del Capítulo V (garantía general de las obligaciones).

El Código peruano de 1984 dedica al derecho de retención el Título IV (arts. 1123 a 1131) de la Sección Cuarta (derechos reales de garantía), del Libro V (Derechos Reales).

El moderno código paraguayo de 1986 se ocupa del derecho de retención en el Título VII (arts. 1826 a 1832) del Libro Tercero (De los contratos y otras fuentes de obligaciones).

⁸. Recién en 1968 se introdujeron modificaciones a dos de sus artículos, el 3943, al que se agregó un párrafo previendo la posibilidad de sustituir la retención por una garantía suficiente, y el 3946, estableciendo preferencias a favor del retenedor sobre los privilegios especiales e incluso los créditos hipotecarios.

⁹. Quizás uno de los pocos aspectos que provoca controversias es el de la posibilidad de transmitir el derecho de retención (ver nuestro "Transmisibilidad del derecho de retención", Comercio y Justicia, 2 de octubre de 1967).

contenido de las normas que elaboró- advertimos una vez más su sagacidad jurídica, pues cuando debió elegir una solución entre las varias que se discutían en la doctrina y jurisprudencia francesa, supo decidirse por la que acabaría imponiéndose con el transcurso del tiempo¹⁰.

b) Naturaleza jurídica del llamado derecho de retención

En alguna oportunidad hemos expresado nuestro convencimiento de que el codificador no prestó su adhesión ni a quienes sostienen que el derecho de retención es un derecho personal, ni a quienes afirman que es un derecho real¹¹; por ello no incluyó las normas correspondientes a esta figura ni en el Libro Segundo (derechos personales en las relaciones civiles), ni en el Libro Tercero (derechos reales), y la ha excluído de la enumeración del artículo 2503. Deliberadamente se ha ocupado del tema en el Libro Cuarto, que contiene disposiciones comunes a los derechos reales y personales, y -como dijimos más arriba- lo ha hecho en la Sección Segunda, que se ocupa de la "conurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común", lo que indica que en el pensamiento del codificador la "facultad de retener" se presenta en algunos casos como integrativa de ciertos derechos de crédito, y en otras oportunidades, como inherente a los derechos reales de prenda¹² y anticresis¹³.

Es que, en verdad, la facultad de retener no constituye por sí misma un derecho autónomo; no es real, ni personal. En el afán de desmenuzar cada fenómeno jurídico se ha perdido de vista que todos y

¹⁰. Algunas decisiones recientes de la Corte de Casación francesa han llegado recién ahora a unificar la jurisprudencia estableciendo -como lo hiciera Vélez Sársfield hace 100 años- que si el objeto retenido sale voluntariamente del poder del acreedor, el derecho de retención se extingue y no puede renacer aunque vuelva otra vez a sus manos, por cualquier causa.

¹¹. Ver nuestro "Transmisibilidad del derecho de retención", separata de Comercio y Justicia, Córdoba, 1967, p. 5.

¹². Ver, entre otros, los artículos 3220 y 3221.

¹³. Ver artículo 3245.

cada uno de los derechos subjetivos están integrados por un haz de facultades que tienden a facilitar y asegurar la conservación, ejercicio, goce y disposición del derecho, y que esas facultades o atribuciones concedidas al titular no constituyen por sí derechos autónomos. Por ejemplo, cuando el orden jurídico, para asegurar el cumplimiento de una obligación o la efectividad de un derecho real, concede la facultad de embargar, ¿sería correcto sostener que ese embargo es por sí solo un derecho autónomo y que debe indagarse su naturaleza jurídica para determinar si se trata de un derecho real o de un derecho personal?

Algo muy similar sucede con el derecho de retención. Ya Coviello señalaba muy acertadamente que "no es real ni personal; no es ni siquiera un derecho, sino simplemente un medio de tutela de un derecho de crédito"¹⁴; y nuestro maestro, Pedro LEÓN, en las lecciones que impartía en su cátedra de Obligaciones de Córdoba ha seguido una línea de pensamiento muy similar, pues estudiaba el derecho de retención dentro del apartado de su programa dedicado al contenido del derecho de crédito y, al desarrollar sus clases, ponía de relieve el acierto de Vélez Sársfield -quizás involuntario- al usar en el artículo 3939 el vocablo "facultad".

Se trata, pues, de una de las atribuciones que surgen del derecho de crédito y sólo se concede con carácter excepcional, cuando se reúnen los requisitos exigidos por la ley a favor de un acreedor, que es al mismo tiempo deudor de la obligación de restituir la cosa.

III.- El Código alemán y otros códigos europeos ¹⁵

El Código civil alemán, sancionado en 1896 y en vigencia desde el primero de enero de 1900, es decir casi tres décadas después de nuestro Código civil, dedica al derecho de retención los artículos 273 y 274, que se encuentran en el Libro Segundo, Sección Primera, al

¹⁴. N. COVIELLO, "Manuale", p. 512.

¹⁵. En los códigos que agrupamos en este apartado no puede afirmarse que haya ejercido influencia el Código de Vélez, pero existe una coincidencia de pensamiento sobre la necesidad de legislar sistemáticamente y de manera general el problema del derecho de retención.

tratar del contenido de las relaciones obligatorias.

El B.G.B., que sin duda es un verdadero modelo de técnica legislativa, ha sentido también la necesidad de sistematizar el derecho de retención como facultad propia de algunas relaciones obligatorias, en las que existe el deber de restituir una cosa, pero se cuenta con un crédito nacido en razón de esa misma cosa. No existe un título especial dedicado a la figura, como en nuestro Código, pero se ha superado la etapa de una legislación inorgánica y se han generalizado los requisitos exigidos para poder ejercitar la facultad de retener.

Se advierte, sí, un avance con respecto a nuestro derecho, pues se contempla expresamente la posibilidad de reclamar que se sustituya la retención otorgando una garantía, aunque se hace la aclaración de que no serán suficientes las garantías personales.

Otro aspecto de interés que debe señalarse es que en el derecho germano cuando se trata de comerciantes no se exige la conexión entre crédito y cosa para que pueda ejercitarse la retención¹⁶.

a) Código civil suizo

El Código civil suizo de 1907 sigue el camino de sistematizar la facultad de retener, pero lo hace dentro del capítulo destinado a la prenda mobiliaria¹⁷.

La primera de esas normas comienza diciendo cuando procede el derecho de retención¹⁸. Vemos que se exige conexión entre crédito y cosa, salvo en el caso de los comerciantes. en el cual se estima que es suficiente conexión el que la posesión de la cosa y el crédito

¹⁶. Ver artículo 369 del Código alemán.

¹⁷. Artículos 895 a 898 del Código civil suizo.

¹⁸. "Art. 895.- Derecho de retención. Condiciones.- 1. El acreedor que, con consentimiento del deudor, se encuentra en posesión de cosas muebles o títulos que pertenecen a este último, tiene derecho de retenerlos hasta el pago, con la condición de que su crédito sea exigible y que haya una relación natural de conexidad entre el crédito y el objeto retenido..."

resulten de sus relaciones de negocios¹⁹.

El primer inciso del artículo 898 consagra de manera indirecta la posibilidad de sustituir el derecho de retención por garantía suficiente. ya que se refiere a la posibilidad de que se haya ofrecido una garantía, autorizando a ejecutar la cosa si no se le ha pagado o dado garantía²⁰.

b) Código griego

El Código civil griego de 1941²¹, como la mayor parte de la codificación del siglo XX, sufrió una notoria influencia del Código alemán.

Con relación al tema que nos ocupa vemos que ha seguido también el camino de sistematizar el derecho de retención dentro del Libro Segundo, destinado a las obligaciones²², dedicándole los artículos 325 a 329.

Posiblemente las peculiaridades más notables son el que se

¹⁹. "Art. 895.- ... 2.- Esta conexidad para los comerciantes existe si la posesión de la cosa y el crédito resultan de sus relaciones de negocio ...".

²⁰. "Art. 898.- El acreedor que no ha sido pagado, ni recibido garantía suficiente, puede, previo requerimiento impartido al deudor, perseguir la ejecución de la cosa retenida ...".

²¹. La ley disponía su entrada en vigencia el primero de julio de 1941, pero en esa fecha sólo pudo ser aplicado fuera del territorio griego, por las autoridades en el exilio, pues el país se encontraba ocupado por Alemania. Adquirió plena vigencia a partir del 23 de febrero de 1946.

²². Se ocupa del derecho de retención en el primer capítulo, destinándole varios artículos que reproducimos, tomándolos de la versión francesa de Pierre Mamopoulos, por ser un material generalmente poco accesible en nuestro medio.
Código griego, 1941:

"Art. 325.- Si el deudor posee contra el acreedor un crédito exigible, conexo a su deuda, tiene derecho, salvo que exista disposición en contrario, de rehusar la prestación hasta que el acreedor ejecute la obligación que le incumbe".

"Art. 326.- Posee especialmente el derecho de retención aquel que está obligado a restituir una cosa, en razón de las mejoras efectuadas en ella, o en razón del perjuicio que ha sufrido a causa de ella".

"Art. 327.- No existe derecho de retención frente a créditos respecto a los cuales no es oponible la compensación".

"Art. 328.- El acreedor puede evitar el derecho de retención suministrando garantía. No se admiten las cauciones personales como garantía".

"Art. 329.- Si el deudor demandado en justicia por el acreedor, opone el derecho de retención, la condena del deudor a efectuar la prestación se pronunciará bajo condición de que el acreedor ejecute simultáneamente la obligación que le incumbe".

destaca que no puede ejercitarse el derecho de retención en aquellos casos en que no correspondería la compensación (ver artículo 327), y la aclaración de que si el retenedor es condenado a devolver la cosa, lo será bajo condición de que el acreedor a la cosa cumpla simultáneamente la prestación que debe (artículo 329).

c) Código polaco

En Polonia, durante la década del 30, al adoptarse un Código de las Obligaciones, se hizo notar la influencia germánica y se sistematizó la facultad de retener, dedicando al tema un capítulo integrado por los artículos 218 y 219. Un estudioso argentino del derecho de retención, Leiva Fernández²³, efectúa un prolijo análisis de la legislación comparada y al referirse a Polonia y señalar la influencia que sobre sus normas ejercieron el derecho alemán y el suizo, concluye que en algunos aspectos los supera²⁴.

Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando Polonia entró en la órbita de los países socialistas, el Código de las Obligaciones fue sustituido por el Código civil, sancionado en 1964 y en vigencia desde el primero de enero de 1965²⁵.

Encontramos allí el artículo 461, ubicado en el título que trata de la ejecución de las obligaciones y de los efectos de su inejecución²⁶, que regula de manera general el ejercicio del derecho

²³. Ver Luis F.P. Leiva Fernández, Derecho de retención, ed. Astrea, Buenos Aires, 1991 (con prólogo de Jorge H. Bustamante Alsina).

Esta obra es la tesis doctoral de su autor, que analiza de manera minuciosa toda la legislación comparada a su alcance aunque, lamentablemente, al tratar lo relativo a Polonia no ha contado con material que le permitiese estudiar lo dispuesto en el Código de 1965.

²⁴. Autor y obra citados en nota anterior, p. 34 y 35, donde brinda las razones por las cuales, a su criterio, mejora al B.G.B, y al código suizo.

²⁵. Hemos trabajado con una traducción al francés, efectuada en Polonia en 1966 por Maciej Szepietowsky, bajo la dirección de Witold Czachorski y Jan Wasilkowski, profesores de la Universidad de Varsovia.

²⁶. Título VII del Libro Tercero, libro dedicado a las Obligaciones.

de retención²⁷, excluyendo la posibilidad de ejercitarlo cuando la tenencia de la cosa provenga de un acto ilícito²⁸ o de locaciones o comodato, y cuando el acreedor a la restitución sea el Estado²⁹.

La norma presenta modalidades propias, vinculadas con su inserción en un sistema socialista de derecho, pues aunque se inspira en los antecedentes germano y suizo, y muy especialmente en lo dispuesto por el Código polaco de las Obligaciones de 1933, no efectúa mención alguna a obligaciones mercantiles, y dispone de manera expresa que no se concede retención contra el Estado.

d) Código civil holandés (1992)

Holanda, cuyo Código civil de 1838 seguía muy de cerca el modelo francés, después de la Segunda Guerra Mundial inició, por iniciativa del profesor Meijers, la tarea de renovación legislativa, aprobando en 1976 un Libro Segundo, sobre personas jurídicas. La tarea se interrumpió durante largo tiempo, y recién en 1991 se aprobó el Libro Octavo, dedicado al transporte y luego en 1992 se aprobaron varios libros, entre ellos el Tercero, que trata del derecho patrimonial en general, y que en su título 10 dedica la Sección 4 al derecho de retención, que trata en seis normas que son los artículos 290 a 295³⁰.

Interesa destacar que ha seguido la corriente moderna que considera necesario sistematizar las normas que regulan el funciona-

²⁷. "Art. 461.- 1.- El que está obligado a entregar la cosa de otro, puede retenerla hasta que se le satisfagan o garanticen las pretensiones que le corresponden por el reembolso de las mejoras sobre la cosa, o la indemnización de daños causados por la cosa (derecho de retención). ..." (la versión al castellano nos pertenece).

²⁸. "Art. 461.- ... 2.- La disposición precedente no se aplica cuando la obligación de entregar la cosa resulta de un acto ilícito, o cuando se trata de restituir cosas alquiladas, dadas en arrendamiento o en comodato".

²⁹. "Art. 461.- ... 3.- El derecho de retención no funciona en contra de una unidad de organización del Estado."

³⁰. Hemos trabajado con la traducción al castellano realizada por el Prof. Juan Guillermo Van Reigersberg Versluys, titulada "Derecho Patrimonial Neerlandés (Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código Civil)", publicada en Málaga, 1996.

miento de esta facultad, y recalcamos este vocablo porque se emplea en el primero de los mencionados artículos, para caracterizar el derecho de retención, expresando:

"Art. 290.- El derecho de retención es la facultad que compete en los casos indicados en la ley a un acreedor, para suspender el cumplimiento de una obligación de entrega de una cosa a su deudor hasta que se satisfaga el crédito".

A continuación se indican dos hipótesis en que puede ejercerse también contra terceros, que hayan adquirido derechos sobre la cosa retenida³¹.

En lo que se refiere a su extensión, prevé que comprenderá la satisfacción del crédito originario y también de los gastos que haya debido hacer para cuidar de la cosa retenida (art. 293) y contempla la posibilidad de el derecho de retención se extinga, si la cosa que retenía hubiese vuelto a poder de su titular³².

Y si alguien despojase al retenedor, se lo subroga en la condición del propietario de la cosa para reclamarla³³.

No podemos concluir sin señalar que en la red se encuentra un muy interesante comentario en castellano del tratamiento que el nuevo Código holandés da al derecho de retención³⁴, quien considera que se trata de una novedad "que no sólo contiene importancia práctica, sino también un aspecto científico remarcable"³⁵, afirmación con la que coincidimos plenamente.

³¹. "Art. 291.- 1.- El acreedor puede invocar igualmente el derecho de retención contra terceros que hayan adquirido un derecho sobre la cosa después de que se hubiera originado su crédito y hubiera llegado la cosa a su poder.

2.- Puede invocar el derecho de retención también contra terceros con un derecho más antiguo, si su crédito nace de un contrato que el deudor estuviera facultado a contraer referente a la cosa, o no tuviera ninguna razón para dudar sobre la facultad del deudor".

³². "Art. 294.- El derecho de retención termina por el hecho de que la cosa llegue a poder del deudor o del titular, a menos que el acreedor la obtenga otra vez en concepto de la misma relación jurídica que lo originó".

³³. "Art. 295.- Cuando la cosa salta del poder del acreedor, entonces puede reclamarla en las mismas condiciones que su propietario".

³⁴. R. Zwitzer (profesor de la Universidad de Rotterdam): "El derecho de retención en el nuevo Código civil holandés".

³⁵. Ver autor y trabajo citados en nota anterior.

IV.- El nuevo Código de Cuba

Mucho hemos dudado sobre la ubicación que debíamos dar al actual derecho cubano, pues aunque en materia de retención hay influencia germánica, no se trata de uno de los países europeos que tratamos en el capítulo anterior y, su formulación se aproxima más a la del derecho polaco, cuyo código se inserta en el sistema socialista del derecho.

Pero, recordemos previamente que Cuba y Puerto Rico continuaron dependiendo de España durante todo el siglo XIX, por lo que en ambos países alcanzó a tener vigencia el Código Civil español, que data de 1889.

A la lucha de los patriotas por la independencia se sumó el enfrentamiento armado entre Estados Unidos y España, producido en los últimos años del siglo XIX, que finaliza con la derrota de España y la ocupación de Cuba por Estados Unidos. Durante la ocupación se mantienen las leyes españolas y cuando Cuba concreta su independencia en 1902 continúa vigente el Código civil español durante largo tiempo.

La revolución comandada por Fidel Castro a mediados del siglo XX impulsa un cambio de régimen jurídico para que se inserte en el sistema socialista. Las primeras manifestaciones concretas se traducen en un cambio en el régimen de propiedad y en la sanción de un Código de Familia³⁶, que desgaja esta materia del Código civil. En 1969 se había designado una Comisión Nacional de Estudios jurídicos, pero la iniciativa concreta de dotar a Cuba de un nuevo Código civil se hace efectiva en un Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia en febrero de 1969³⁷ que fue objeto de varias reelaboraciones hasta que en 1981 se creó una Comisión para que se ocupase específicamente de esa tarea; la comisión elaboró sucesivamente varios anteproyectos, el tercero de los cuales fue el definitivo y terminó siendo aprobado por la Asamblea Nacional el 16 de julio de 1987, como

³⁶. El nuevo Código de Familia fue sancionado en febrero de 1975.

³⁷. Tomamos estos datos del libro de Guzmán Brito, ya citado, p. 528.

ley N° 59³⁸.

En lo que a nosotros nos interesa debemos destacar que el nuevo Código, al tratar de las garantías del cumplimiento de las obligaciones, incluye una Sección, titulada Retención, que contiene un par de normas que regulan de manera general esa facultad.

La Sección comienza con el artículo 478, que consta de cuatro incisos, el primero de los cuales describe los elementos que deben presentarse para que pueda ejercitarse la retención³⁹ y aunque en su primer párrafo parece exigir conexidad entre cosa retenida y crédito, a continuación hace extensiva esta garantía al cumplimiento de prestaciones derivadas de otros contratos.

El pago parcial de la deuda no hace cesar la retención⁴⁰ y confiere una preferencia al retenedor sobre otros acreedores⁴¹. Concluye esa norma otorgando al retenedor las defensas posesorias que corresponderían a cualquier otro poseedor⁴².

La segunda de las normas de esa sección acuerda al Estado un beneficio adicional del que no gozan el resto de los acreedores, permitiéndole ejecutar de manera directa el bien retenido para cobrar su crédito, sin necesidad de acudir a la vía judicial⁴³.

Leiva Fernández en su tesis doctoral señala que hay otras normas dispersas en las que también se hace mención al derecho de

³⁸. Toda esta información se encuentra detallada en la obra de Guzmán Brito, p. 529.

³⁹. "Art. 278.1. El derecho de retención confiere al acreedor la facultad de conservar en su poder un bien perteneciente al deudor, hasta que éste le pague el crédito nacido de trabajos ejecutados en el mismo bien o se le satisfaga la prestación derivada de otros contratos" ...

⁴⁰. "Art. 278.2. La retención se mantiene hasta el pago total de la deuda."

⁴¹. "Art. 278.3. El acreedor goza de preferencia en cuanto al bien objeto de la retención sobre cualquier otro acreedor." ...

⁴². "Art. 278.4. La protección que se garantiza a todo poseedor es aplicable en el caso de que el acreedor sea privado o perturbado en la posesión del bien objeto de la retención."

⁴³. "Art. 279. Si el derecho de retención lo ejerce una entidad estatal y una disposición especial lo autoriza, aquélla puede proceder a la enajenación por medio de la red comercial del Estado para hacer efectivo su crédito y demás gastos. En otro caso sólo procede la vía judicial."

retención⁴⁴, algunas para admitirlo como sucede en los artículos 339 (derecho de retención sobre el objeto que se ha entregado para la ejecución de un trabajo), 413.2 (en el contrato de mandato), 427 (en el depósito, para el pago de lo que se deba en razón del depósito) y 442 (sobre los equipajes, en el contrato de hospedaje), mientras que se niega la posibilidad de retener en el comodato.

V.- Influencia del Código argentino sobre la legislación moderna

Por razones de espacio y tiempo nos limitaremos a señalar los casos en que el Código civil argentino ha influido claramente sobre la sistematización del derecho de retención, o el contenido dado a las normas destinadas a regular esta figura, dejando para otra oportunidad un análisis más detenido de los dispositivos adoptados en cada uno de los países que mencionamos.

a) **Paraguay**

Nos referimos a Paraguay en primer lugar porque es bien sabido que adoptó el Código de Vélez, que se mantuvo en vigencia durante algo más de un siglo, hasta su reemplazo por el nuevo Código, que entró en vigencia el primero de enero de 1987.

El Anteproyecto de DE GASPERI dedicó al derecho de retención un título⁴⁵ de la Sección IV del Libro IV, destinado a las Sucesiones⁴⁶, procurando conjugar las normas del viejo Código de Vélez, con los antecedentes de reformas en Argentina (Anteproyecto de Bibiloni y Proyecto de 1936), con las doctrinas alemanas.

La Comisión de Codificación ha preferido ubicar el tema en el Libro Tercero, que trata de los contratos y otras fuentes de

⁴⁴. Ver Leiva Fernández, obra citada, p. 65.

⁴⁵. Artículos 3536 a 3542.

⁴⁶. Resulta muy discutible la ubicación metodológica del instituto.

obligaciones, como título VII (artículos 1826 a 1832)⁴⁷. Como aporte de interés puede señalarse el de la publicidad registral que debe darse a la retención de inmuebles (artículo 1827, segundo párrafo).

En general se conserva una marcada influencia de la sistematización de la figura que realizó don Dalmacio Vélez Sársfield.

c) Portugal 1967 y ex colonias portuguesas

El viejo Código del Marqués de Seabra, de 1867, al igual que el modelo francés, legislaba inorgánicamente el derecho de retención.

Al comenzar los trabajos preparatorios del nuevo Código el profesor Vaz Serra publicó un documentado artículo en el Boletim do Ministerio da Iustiça⁴⁸, que culminaba con un proyecto de articulado que es el que luego ha pasado de manera casi íntegra al Código actual⁴⁹. En ese trabajo, luego de reproducir las normas del Código civil argentino⁵⁰, hace referencia a ellas en varias oportunidades.

El nuevo Código ha ubicado el derecho de retención en una Sección del Capítulo VI (garantías especiales de las obligaciones), dentro del Libro Segundo (derecho de las obligaciones)⁵¹. La primera de sus normas establece de manera general los requisitos para que exista el derecho de retención⁵², y a continuación enumera una serie

⁴⁷. Tampoco resulta convincente la ubicación de la figura.

⁴⁸. Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, "Direito da retenção", Bol. do Min. da Iustiça, N° 65, abril 1957, p. 103 y ss.

⁴⁹. Autor y trabajo citados en nota anterior, p. 247 y ss.

⁵⁰. Trabajo citado, p. 132 y 133.

⁵¹. Ver Código portugués de 1967: Sección VII, artículos 754 a 761.

⁵². "Art. 754.- **Cuando existe.**- El deudor que disponga de un crédito contra su acreedor goza del derecho de retención si, estando obligado a entregar cierta cosa, su crédito resultase de gastos hechos por causa de ella, o de daños causados por ella."

de casos especiales en que también se concede derecho de retención⁵³.

Especifica los casos en los cuales el tenedor de la cosa no está facultado para retenerla, los que sucede cuando la obtuvo por medios ilícitos o actuó de mala fe al introducirle mejoras⁵⁴. En la misma norma incluye como inciso d) una previsión con la cual se procura evitar que el ejercicio de la retención llegue a configurar una conducta extorsiva, permitiendo que se lo sustituya por una garantía suficiente de pago del crédito.

En los artículos 758 y 759 desarrolla aspectos vinculados sobre la forma en que debe procederse cuando la retención se ejerce sobre bienes muebles, asimilando sus derechos a los del acreedor prendario⁵⁵, y considera que tiene las ventajas del acreedor hipotecario cuando se trata de inmuebles⁵⁶.

⁵³. Art. 755.- **Casos especiales.** 1.- Gozan también de derecho de retención: **de retención.**- a) El transportador, sobre las cosas transportadas, por el crédito resultante del transporte;

b) El posadero, sobre las cosas que las personas alojadas hayan traído a la posada, o los accesorios de ellas, por el crédito de hospedaje;

c) El mandatario, sobre las cosas que le hubieren sido entregadas para la ejecución del mandato, por el crédito resultante de su actividad;

d) El gestor de negocios, sobre las cosas que tenga en su poder para la ejecución de la gestión, por el crédito proveniente de ésta;

e) El depositario y el comodatario, sobre las cosas que les hubieren sido entregadas en consecuencia de los respectivos contratos, por los créditos de ellos resultantes.

2.- Cuando haya transportes sucesivos, pero todos los transportadores se hayan obligado en común, se entenderá que el último retiene las cosas en nombre propio y en nombre de los otros.

⁵⁴. "Art. 756.- **Exclusión del derecho** No hay derecho de retención:

a) A favor de los que hayan obtenido por medios ilícitos la cosa que deben entregar, desde que en el momento de la adquisición conociesen la ilicitud de ésta;

b) A favor de los que hayan realizado de mala fe las mejoras de las que proviene su crédito;

c) Con relación a las cosas no pignoras;

d) Cuando la otra parte preste garantía suficiente."

⁵⁵. "Art. 758.- **Retención de cosas muebles.**- Recayendo el derecho de retención sobre cosa mueble, el respectivo titular goza de los derechos y está sujeto a las obligaciones del acreedor pignoraticio, salvo en lo que respecta a la substitución o refuerzo de la garantía".

⁵⁶. "Art. 759.- **Retención de cosas inmuebles.**- 1.- Recayendo el derecho de retención sobre cosas inmuebles, el respectivo titular, en cuanto no entregase la cosa retenida, tiene la facultad de ejecutarla, en los mismos términos en que puede hacerlo el acreedor hipotecario, y de ser pagado con preferencia a los demás acreedores del deudor.

2.- El derecho de retención prevalece en este caso sobre la hipoteca, aunque ésta haya sido registrada anteriormente.

3.- Hasta la entrega de la cosa son aplicables, en cuanto a los derechos y obligaciones del titular de la retención, las reglas de la prenda, con las

Prevé hipótesis en que se puede ejercitar la retención aunque el crédito todavía no sea exigible y aclara que la iliquidez del crédito no es obstáculo para retener⁵⁷. Admite la posibilidad de que la retención se transmita, siempre que se la realice junto con el crédito que garantiza⁵⁸, y concluye el título con una norma dedicada a las causales de extinción⁵⁹.

En resumen, se trata de una regulación moderna y bastante completa que en alguna medida ha tomado en consideración las previsiones que Don Dalmacio Vélez Sársfield incluyó en el Código argentino.

Portugal resuelve, pero no en su Código civil, sino en el Código Deontológico del ejercicio de la profesión de abogado, un punto singularmente delicado, la medida en que es posible admitir que este profesional retenga documentos o dinero que pertenecen a sus clientes, para asegurarse el cobro de sus honorarios profesionales. Estos puntos están contemplados en los distintos incisos del artículo 19 del mencionado Código. En primer lugar se establece como norma general que el abogado debe restituir los documentos, valores u objetos cuya falta pueda causar grave daño al cliente⁶⁰, pero a continuación, en el inciso 3 del mencionado artículo atiende a

necesarias adaptaciones".

⁵⁷. "Art. 757.- **Inexigibilidad e iliquidez del crédito.**- 1.- El deudor goza del derecho de retención incluso antes del vencimiento de su crédito cuando en el ínterin se verifique alguna de las circunstancias que importan la pérdida del beneficio del plazo.

2.- El derecho de retención no depende de la liquidez del crédito del respectivo titular".

⁵⁸. "Art. 760.- **Transmisión.**- El derecho de retención no es transmisible sin que sea transmitido el crédito que él garantiza".

⁵⁹. "Art. 761.- **Extinción.**- El derecho de retención se extingue por las mismas causas por las que cesa el derecho de hipoteca y también por la entrega de la cosa".

⁶⁰. "Artigo 19 (Código deontológico) (Documentos, valores e objectos do cliente):

1. O advogado deve dar aplicação devida a valores, documentos ou objectos que lhe tenham sido confiados.

2. Quando cesse a representação confiada ao advogado, deve este restituir os documentos, valores ou objectos que lhe hajam sido entregues e que sejam necessários para prova do direito do cliente ou cuja retenção possa trazer a este prejuízos graves". ...

aquellos casos en que puede ejercitar un derecho de retención⁶¹. Finalmente establece la posibilidad de que el cliente logre la restitución de esos documentos o valores por haber prestado caución⁶², o cuando el valor de lo retenido es superior al monto de los honorarios adeudados⁶³.

Tenemos noticias de que estas normas tienen todavía aplicación en alguna ex colonia de Portugal, como Macao, pero no hemos podido averiguar si en el propio Portugal se siguen aplicando desde que adhirió al Código de Ética Europeo, con vigencia para todos los países de la comunidad.

Ex - colonias. Antes de finalizar con el derecho portugués, deseamos recordar que a la época de entrada en vigencia del nuevo Código Portugal era un imperio con dependencias en África y Asia, y el cuerpo legal se aplicó en sus colonias que, a raíz de los movimientos independentistas en curso de evolución, en la década siguiente se transformaron en repúblicas libres⁶⁴; en su comienzo conservaron la legislación portuguesa. pero hemos podido determinar que algún tiempo después varias de ellas sancionaron sus propios Códigos civiles y hemos logrado acceder a algunos de ellos que en general han conservado la estructura del Código portugués, con pequeñas variantes en su articulado.

El archipiélago de Cabo Verde, que en un primer momento estuvo federado con Guinea-Bissau y luego formó República separada, tiene actualmente en vigencia un Código aprobado por Decreto

⁶¹. "Ar. 19. ... 3. Com relação aos demais valores e objectos em seu poder goza o advogado do direito de retenção para a garantia do pagamento dos honorários e reembolso de despesas". ...

⁶². "Art. 19. ...4. Deve, porém, o advogado restituir tais valores e objectos, independentemente do pagamento a que tenha direito, se o cliente tiver prestado caução arbitrada pela Associação dos Advogados". ...

⁶³. "Art. 19. ...5. Pode a Associação dos Advogados, antes do pagamento e a requerimento do cliente, mandar entregar a este quaisquer objectos ou valores quando os que fiquem em poder do advogado sejam manifestamente suficientes para pagamento do crédito.

⁶⁴. Nacieron así en África occidental, sobre el Océano Atlántico, Cabo Verde, Guinea-Bissau, Santo Tomé y Príncipe, Angola; en Africa Oriental, Mozambique, y en Asia, Timor y Macao.

Legislativo del año 1998 ⁶⁵, que trata del derecho de retención con normas idénticas en el texto y numeración que las del Código de Portugal (artículos 754 a 761).

Hemos podido consultar también el Código de Macao, que se ocupa del derecho de retención en los artículos 744 a 751, y el nuevo Código de Timor-Leste, aprobado en fecha muy reciente ⁶⁶, que reproduce las normas del Código portugués en los artículos 688 a 695. Tenemos noticias de que Angola y Mozambique cuentan con cuerpos legales inspirados en el de Portugal, pero no hemos logrado conseguir sus textos.

c) Códigos mexicanos estatales

En la primera oportunidad que estudiamos el tema de la sistematización del derecho de retención en los códigos modernos, no tratamos la situación de México porque el Código Federal, que era el único que en esa época podíamos consultar, mantenía una sistemática similar a la del Código civil francés, tratando de manera dispersa los casos en que podía ejercerse el derecho de retención⁶⁷.

Sabíamos que la organización institucional de México admite que cada uno de sus estados, que son actualmente más de treinta, se dote de un Código civil propio, diferente del Código federal, pero ese material estaba totalmente fuera de nuestro alcance. La situación ha cambiado totalmente y el investigador puede recurrir a la excelente página de la Universidad Nacional Autónoma de México ⁶⁸, en la cual se encuentra tanto la legislación federal, como toda la legislación estatal, de manera que se tiene acceso a la totalidad de

⁶⁵. En el mencionado decreto legislativo se dice que el cuerpo legal aprobado tiene nueva numeración de sus artículos, y una reconstitución global, que respeta la sistemática inicial y toma en cuenta las modificaciones que se han introducido por algunas leyes ya publicadas.

⁶⁶. Este cuerpo legal fue aprobado el 14 de septiembre de 2011 por ley 10/2011.

⁶⁷. Sobre el punto se puede consultar con provecho las líneas que dedica Leiva Fernández al Código de México (obra citada, p. 61 y 62).

⁶⁸. www.juridicas.unam.mx

los códigos civiles, muchos de los cuales se encuentran también en las páginas del correspondiente Estado.

Es cierto que la mayor parte de los códigos estatales se han inspirado en el Código federal, por lo que no teníamos demasiadas esperanzas de encontrar novedades de interés en materia de retención. Pese a ello dedicamos nuestro esfuerzo a escudriñar en cada uno de ellos y el tiempo no fue desperdiciado, porque encontramos sistematizada la retención en ocho códigos, aunque uno de ellos, Jalisco, aunque dedica dentro del Libro Cuarto una Sección que lleva la leyenda "Derecho de retención"⁶⁹, que tiene tres artículos (artículos 1619 al 1621), de los cuales solamente uno se refiere realmente al derecho de retención⁷⁰, y su texto no tiene novedades que merezcan comentario. A nuestro criterio la primera de las normas de esa Sección introduce una confusión entre la facultad de retención y la excepción de contrato incumplido⁷¹, y la última trata de un tema ajeno, que es la rescisión del contrato⁷².

En cambio encontramos los códigos de otros siete estados, que mencionaré en orden alfabético, que regulan la facultad de retener con mucho detenimiento. Nos referimos a Morelos⁷³, Puebla⁷⁴,

⁶⁹. Ver Título Cuarto, Capítulo I, Sección Tercera, artículos 1619 a 1621.

⁷⁰. "Art. 1620. El derecho de retención existe:

I.- Cuando el acreedor retiene un bien propiedad de su deudor en garantía del cumplimiento de su obligación, aun en el caso en que este bien no le haya sido entregado específicamente como garantía; y

II.- Cuando el adquirente de un bien con pago de precio diferido, esté en peligro de perderlo por una causa generada o imputable a su vendedor antes de perfeccionarse la venta."

⁷¹. "Art. 1619. El derecho de retención es la facultad concedida por la ley a una de las partes en un contrato conmutativo, para retener una suma de dinero o un bien debido o perteneciente a la otra parte, para asegurar el exacto cumplimiento de sus obligaciones."

⁷². "Art. 1621. Si la rescisión del contrato dependiese de un tercero y éste fuere inducido dolosamente a rescindirlo, se tendrá por no rescindido

⁷³. Código de Morelos, año 1993, artículos 1590 a 1600 (reemplaza al Código de 1945).

⁷⁴. Código de Puebla, artículos 2061 a 2080, año 1985 (reemplaza al Código de 1902)

Quintana Roo⁷⁵, Sonora⁷⁶, Tabasco⁷⁷, Tamaulipas⁷⁸ y Tlaxcala⁷⁹.

Se trata de códigos modernos ya que, de acuerdo a los datos con que contamos el más antiguo sería el de Sonora, del año 1949, y todos los restantes datan de la segunda mitad del siglo XX. Como por las características y extensión de este trabajo no podemos extendernos en el análisis de la totalidad de estos cuerpos legales, nos limitaremos a un rápido vistazo de lo que dispone el más antiguo, es decir el Código de Sonora, ya que muchas de sus disposiciones han sido receptadas por los códigos posteriores que posiblemente lo han tomado de modelo⁸⁰.

Comienza con una caracterización del derecho de retención en su artículo 2279, que no parece suficientemente clara, y tiene en germen la confusión de esta figura con la excepción de contrato incumplido, como sucederá en el Código de Jalisco que ya hemos mencionado más arriba. Dice la mencionada norma:

"Art. 2379. Existirá el derecho de retención cuando la ley autorice al detentador o poseedor de una cosa ajena a conservar la tenencia de la misma hasta que el dueño de ella le pague lo que le adeude, bien sea por concepto de la cosa o por algún otro motivo".⁸¹

A la poca claridad de esta norma se agrega el hecho de que el Código sigue el sistema germánico de prescindir del requisito de

⁷⁵. Código de Quintana Roo, año 1980, artículos 2355 a 2366.

⁷⁶. Código de Sonora, año 1949, artículos 2379 a 2394.

⁷⁷. Código de Tabasco, año 1997, artículos (reemplaza al Código de 1951)

⁷⁸. Código de Tamaulipas, año 1987, artículos 1247 a 1254 (reemplaza al Código de 1961).

⁷⁹. Código de Tlaxcala, año 1976, artículos 1792 a 1806.

⁸⁰. En el Código de Sonora el derecho de retención está ubicado en el Libro Quinto. De las Obligaciones, Título Cuarto, Efectos de las Obligaciones. Sección III, Capítulo V: Del Derecho de Retención.

⁸¹. La norma se reproduce casi textualmente en los Códigos de Morelos (art. 1590), Puebla (art. 2061), Quintana Roo (art. 2355), Tabasco (art. 2446, Tamaulipas (art. 1247 y Tlaxcala (art. 1792).

conexidad⁸², lo que da una extensión desmesurada a la facultad de retención transformándola, por sus efectos, en una especie de prenda tácita. Lo mismo sucede en los otros seis códigos que mencionamos en la nota anterior.

Se encuentran luego dos normas que excluyen la facultad de retención cuando la tenencia se haya obtenido de manera ilícita o con la promesa de devolverlas de inmediato⁸³. Contempla también el caso de que el dominio del bien no pertenezca a quien se lo entregó, quien solamente tenía derechos de uso y goce sobre la cosa, caso en el cual la retención se limita, en principio, a los frutos que produzca, pero no podrá oponer la retención de la cosa al poseedor originario⁸⁴. A quien ejercita la retención el código le acuerda preferencia, pero no frente a titulares de derechos reales anteriores a su retención⁸⁵, lo que hace importante se determine con certeza la fecha desde la cual comenzó a ejercitarse la retención⁸⁶.

⁸². "Art. 2380. Cuando la ley no establezca expresamente el derecho de retención, podrá no obstante ejercitarse por el acreedor, si su crédito consta en título ejecutivo o ha sido reconocido judicialmente o ante notario, aunque no haya relación alguna entre el crédito y la cosa del deudor que se encuentre en poder del acreedor, o entre dicho crédito y la causa de la posesión o detentación".

⁸³ "Art. 2381. El acreedor no podrá ejercer el derecho de retención si ha obtenido del deudor una cosa a base de engaños, maquinaciones o artificios, o con la promesa de devolverla inmediatamente."

"Art. 2382. Tampoco podrá ejercitar el citado derecho de retención cuando la causa de su posesión o tenencia sea ilícita, o cuando haya obtenido que un tercero, sin consentimiento del deudor, le entregue un bien de éste".

⁸⁴. "Art. 2383. Cuando el deudor haya entregado al acreedor un bien, respecto del cual no se haya transmitido el dominio al primero, pero si el uso o goce, podrá el acreedor retener los frutos que legalmente correspondan al deudor, y cuanto a la cosa, sólo podrá hacerlo entretanto no se perjudiquen los derechos del propietario o poseedor originario, en cuya contra no será oponible el derecho de retención".

⁸⁵. "Art. 2384. El derecho de retención es oponible al deudor y a los terceros que no tengan adquirido un derecho real sobre la cosa, anterior a la fecha en que se ejercita el citado derecho. Los que tengan derechos reales anteriores, podrán perseguir la cosa y asegurarla o tomar posesión de la misma según la naturaleza de tales derechos."

⁸⁶. "Art. 2387. A efecto de que conste de manera indubitable la fecha en que se comience a ejercer el derecho de retención, el acreedor deberá notificar al deudor, en jurisdicción voluntaria o por conducto de un notario, el momento a partir del cual ejercitará el derecho de retención. Una vez hecha la notificación al deudor, la fecha de esta servirá para resolver los conflictos de preferencia que se presentaren con terceros."

Al retenedor se le acuerdan la defensa interdictal, o posesoria, en los casos en que hubiese sido despojado de la cosa retenida⁸⁷, pero no se le permite hacer suyos de propia autoridad ni la cosa, ni los frutos que produzca, para aplicarlos al cobro de la deuda, sino que deberá recurrir a la vía judicial⁸⁸ e incluso deberá contar con sentencia favorable para que se efectúe el remate y poder adjudicarse el importe de esos bienes⁸⁹.

Se establece de manera clara la preferencia de que goza el retenedor⁹⁰, y concluye el capítulo con normas que prevén la hipótesis de que se haya recurrido a la retención de manera simulada, o con el propósito fraudulento de perjudicar a otros acreedores⁹¹ en los cuales, lógicamente, y de manera concordante con las disposiciones generales del Código sobre simulación y fraude pauliano, la retención no podrá gozar de preferencia⁹².

Las previsiones contenidas en el Código de Sonora se

⁸⁷. "Art. 2389. El que ejerza el derecho de retención, puede entablar los interdictos, tratándose de inmuebles; o perseguir la cosa mueble, cuando haya sido despojado de ella".

⁸⁸. "Art. 2388. En virtud del derecho de retención el acreedor no puede de propia autoridad apropiarse la cosa o sus frutos, o disponer jurídica o materialmente de tales bienes. En todo caso, solo está facultado a conservarlos en su poder hasta que sea pagado, sea directamente o por remate en ejecución de sentencia".

⁸⁹. "Art. 2385. Por virtud del derecho de retención el acreedor no puede obtener el remate de la cosa, independientemente de la ejecución de su crédito por sentencia."

⁹⁰. "Art. 2390. El derecho de retención es oponible a los acreedores que sin garantía real embarguen o secuestren la cosa u obtengan el remate de la misma. Comprobada la existencia de tal derecho, el juez no podrá dar posesión al adquirente en remate".

"Art. 2391. En los casos de concurso o liquidación judicial del deudor, el derecho de retención será oponible para que el acreedor no sea privado de la cosa, y para que obtenga en su caso pago preferente, según los artículos que anteceden".

⁹¹. "Art. 2392. El derecho de retención no tendrá lugar cuando se demuestre, por quien tenga interés jurídico en ello, que ha existido un acuerdo fraudulento o simulado entre acreedor y deudor, o cuando este último hizo entrega de la cosa al primero en perjuicio de sus acreedores".

"Art. 2393. Se considerará que existe perjuicio de acreedores, cuando el importe de los bienes del deudor, sin tomar en cuenta los que haya entregado al acreedor, sea inferior al valor de sus deudas."

⁹². "Art. 2394. Son aplicables a los casos mencionados en los dos artículos anteriores, las presunciones de fraude o simulación establecidas por este Código para los casos de actos ejecutados en perjuicio de acreedores, o de actos simulados".

reproducen casi textualmente en la mayoría de los otros códigos estatales que hemos mencionado, aunque alguno lo hace de forma más sucinta, y otro con mayores detalles⁹³.

d) **Proyecto colombiano de Valencia Zea**

En el proyecto colombiano el problema se trata dentro del Libro Segundo, destinado a los derechos reales, como capítulo VII (artículos 386 y 387) del Título VI (desmembraciones de la propiedad).

En realidad en este caso la única nota de influencia de nuestro Código se vincula con el hecho de que se ha dedicado un título específico a la figura, pero el contenido de las soluciones no se inspira en el Código de Vélez.

VI.- Influencia del Código argentino... (cont). Perú

En el siglo XIX, después de la independencia, hubo algunos intentos de legislación civil, que describe muy bien Guzmán Brito⁹⁴, recordando que en 1836 Perú fue invadido por los ejércitos de Bolivia lo que provocó el nacimiento de la confederación peruano-boliviana, fraccionada en dos estados, Sud y Norte de Perú, que tuvieron como Protector al general Santa Cruz, y ese mismo año 1836 se adoptó el Código civil boliviano⁹⁵, que tuvo vigencia tanto en el estado Sud peruano, como en el estado Norperuano, pero esta situación fue efímera pues el propio Santa Cruz, suspendió la vigencia de ese Código en 1837 y luego el Presidente Orbegoso, en el estado Norperuano, lo derogó en 1838, a lo que se sumó el año siguiente la disolución de la confederación peruano-boliviana, lo que puso también fin a su vida en el estado sudperuano.

⁹³. Es más breve el Código de Tamaulipas, que solamente le dedica ocho artículos, y más detallista el de Puebla, que tiene 21 artículos.

⁹⁴. "La codificación civil en Iberoamérica", p. 315 y siguientes,

⁹⁵. Primer Código civil de Hispanoamérica, denominado Código Santa Cruz, que en realidad es casi una traducción literal al castellano del Código francés y no presenta interés para nuestro estudio del derecho de retención.

a) Código de 1852

Disuelta la confederación peruano-boliviana, Manuel Lorenzo Vidaurre procura retomar los esfuerzos en pro de la codificación civil, tarea que había emprendido ya en épocas de Simón Bolívar, cuando alcanzó a elaborar un proyecto en 1836, que fue publicado antes de la invasión boliviana⁹⁶, pero no alcanza a llevarlos adelante pues fallece en 1841.

Poco después, y en épocas del Presidente Ramón Castilla, se promulga una ley que prevé la designación de una Comisión para la elaboración de los códigos civil y penal. Los esfuerzos de esta Comisión, que Guzmán Brito relata detalladamente ⁹⁷, culminan con la sanción de una ley el 23 de diciembre de 1851, promulgada el 29 del mismo mes, por la cual se aprueba un Código civil destinado a entrar en vigencia el 29 de julio de 1852.

Puede considerarse a este cuerpo legal como el primer Código civil de Perú; no es una reproducción servil de un Código extranjero, sino que tiene características propias, pero, en lo que hace al tema de nuestro estudio prevalece el método de legislar de manera dispersa distintos casos de aplicación de la facultad de retener, por lo que no presenta interés especial para detenernos en su análisis.

b) Código de 1936

Los cambios económicos y sociales producidos a fines del siglo XIX y comienzos del XX tuvieron como consecuencia que el Código de 1852 perdiera actualidad y resultase necesario encarar su reforma. Por ello en agosto de 1922 el Ejecutivo designó una comisión encargada de proyectar un nuevo cuerpo legal. La Comisión se integró con jurisconsultos que se habían destacado en el ejercicio de la

⁹⁶. Guzmán Brito nos dice que ese proyecto tiene tres volúmenes y que hay un ejemplar en la Biblioteca Nacional de Chile (obra citada, p. 331 y nota 721).

⁹⁷. Autor y obra citados, p. 335 a 337.

docencia, la magistratura, o la actividad profesional⁹⁸, y se completaba, con muy buen criterio, con la presencia de un médico especializado en psiquiatría y neurología, Hermilio Valdizan, nativo de Huánuco⁹⁹.

La Comisión trabajó arduamente durante 14 años y existen actas de sus reuniones que hemos podido consultar fragmentariamente en la transcripción que de ellas realiza Guzmán Ferrer en su Código Civil comentado¹⁰⁰.

Si repasamos los antecedentes que fueron consultados y tomados en cuenta por la Comisión advertimos que atendió tanto a lo que era la moderna doctrina europea, pero también -y mucho- a la doctrina y legislación de los países de Iberoamérica, logrando como resultado una obra que en su conjunto es merecedora de los mayores elogios.

Guzmán Brito nos recuerda los últimos tramos de este trabajo legislativo, que culmina en 1936, con la designación por el Presidente Benavides de una Comisión Revisora del Proyecto¹⁰¹, y su posterior aprobación, fijando como fecha para la entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1936¹⁰².

⁹⁸. Eran miembros de esa Comisión Juan José Calle, Fiscal de la Corte Suprema, Manuel A. Olaechea, Decano del Colegio de Abogados de Lima, Pedro Oliveira y Alfredo Solf y Muro.

Juan José Calle, de origen puneño, presidió durante algún tiempo la comisión, pero falleció en 1929, antes de la finalización de las tareas.

⁹⁹. Decimos que el criterio que inspira al decreto de incluir un especialista en la capacidad mental de las personas era muy acertado, pero no sabemos si esta decisión rindió frutos porque lamentablemente Don Hermilio Valdizan falleció en Lima el 25 de diciembre de 1929 y no tenemos constancia de los aportes que pudo realizar en las materias de su especialidad.

¹⁰⁰. Obra ya citada de la cual tenemos un ejemplar, que consta de cuatro tomos, publicados en Lima, 1977.

Recordamos que Fernando Guzmán Ferrer había sido vocal de la Corte Superior de Ica.

¹⁰¹. El decreto es del 18 de junio y la Comisión se integra con el Ministro de Justicia, Diomedes Arias Schreiber, el Presidente de la Corte Superior de Lima, Germán Gómez Sánchez, el Rector de la Universidad de San Marcos Alfredo Solf y Muro, el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de esa Universidad Pedro M. Oliveira y también Manuel A. Olaechea y Ernesto de la Jara y Ureta (datos tomados de la excelente obra de Guzmán Brito, p. 519, aunque debemos señalar que tanto en esa página como en la siguiente se deslizan erratas en varias oportunidades, hablando de 1836, en lugar de 1936).

¹⁰². Ver Guzmán Brito, obra citada, p. 520.

En la materia que nos interesa vemos que el Código peruano de 1936, inspirándose en la legislación argentina, reunió en un título las normas relativas al derecho de retención, dentro de una sección destinada a los derechos de garantía¹⁰³. En la Exposición de Motivos se decía que al establecer una fórmula general para el derecho de retención, se adoptaba una solución equivalente "a la empleada por el Código argentino en su artículo 3939".

Hay, sin embargo una diferencia, mientras Vélez en su Código sistematiza la retención como una facultad común a derechos reales y personales, la legislación peruana la coloca en el libro destinado a los derechos reales¹⁰⁴.

Las Actas de la Comisión resultan de interés, pues dan cuenta de un amplio debate sobre el tema, en el que intervinieron especialmente los señores Olaechea, Calle y Solf sosteniendo que entre la solución germana, que concede ampliamente el derecho de retención a los comerciantes, sin exigir el requisito de la conexidad, y la solución argentina, se inclinaban por esta última.

La Comisión había comenzado a trabajar sobre la base de un Anteproyecto elaborado por Solf y Muro, que tomaba como modelo el derecho alemán, pero ya al debatirse el artículo 1º de ese Anteproyecto Olaechea impugnó la amplitud excesiva que se daría a la retención si se adoptaba la solución germana¹⁰⁵, proponiendo en cambio que se consagrara el principio de conexidad entre el crédito y la cosa retenida que se encuentra en la fórmula argentina¹⁰⁶.

La objeción de Olaechea encontró apoyo en Calle, que consideró demasiado avanzado el sistema germano y por su parte Solf aceptó que la fórmula propuesta en el Anteproyecto era algo audaz,

¹⁰³. Todo ello está ubicado en el libro Cuarto, que trata de los derechos reales, Sección Cuarta (derechos de garantía), Título V (retención).

¹⁰⁴. En la Exposición de Motivos, reproducida por Guzmán Ferrer, se lee: "El proyecto ha elevado este derecho a la categoría de derecho real, comprendiéndolo en este título, resolviendo así un punto doctrinariamente muy discutido. Pero, siendo como es una garantía legal parece mejor colocarlo en este sitio que entre las reglas de 'preferencia de créditos' como lo hace el Código argentino".

¹⁰⁵. Ver en Guzmán Ferrer, T. III, p. 638.

¹⁰⁶. Ver en lugar citado en la nota anterior.

pero la defendió recordando que había sido recibida en Suiza y Japón y que el principio de conexidad era algo impreciso¹⁰⁷.

El debate en la comisión fue amplio y prevaleció el criterio de adoptar la fórmula del derecho argentino, preconizada por Olaechea y esa decisión se plasmó en lo que fue el artículo 1029 del Código de 1936:

"Art. 1029 (Código de 1936).- 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".

Germán Aparicio señala como fuentes de la norma los artículos 3939 y 3940 del Código civil argentino¹⁰⁸ lo que resulta innegable especialmente si cotejamos el segundo párrafo con el mencionado artículo 3940 argentino¹⁰⁹.

En las actas aparecen referencias respecto a incluir una mención de los inmuebles y al hecho de que no podía ejercerse retención cuando la tenencia de la cosa tuviese origen ilegítimo¹¹⁰, pero no encontramos ninguna norma en el Código de 1936 que trate esos puntos.

Presenta sí verdadero interés el artículo 1030 del Código en cuanto dispone el cese de la retención no solamente si se paga la deuda, sino también si se asegura el cumplimiento, lo que permite obtener la entrega del objeto retenido mientras se discute si realmente hay una deuda y evita que se pueda convertir la retención en un arma extorsiva para obtener el "pago" de una deuda que realmente no existe, o es inferior en su monto a lo que se reclama:

¹⁰⁷. Ver obra citada de Guzmán Ferrer, p. 639.

¹⁰⁸. Ver de Aparicio "Código civil. Concordancias", T. XII, art. 1029, Lima, 1943.

¹⁰⁹. Si repasamos el trabajo de Aparicio vemos que con frecuencia menciona a Eduardo Glave Valdivia como uno de los autores peruanos que se ha ocupado del derecho de retención, pero no hemos tenido acceso a ningún trabajo de ese jurista.

¹¹⁰. Son aspectos que, como hemos visto más arriba, aparecen mencionados de manera expresa en algunos códigos mexicanos.

"Art. 1030.- 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".¹¹¹

El artículo 1032, como bien lo señala Aparicio, tiene como modelo el artículo 3943 del Código civil argentino, con un agregado final vinculado con la desposesión ilegal que surge de lo previsto en el artículo 3944 argentino que en hipótesis semejantes acuerda al retenedor las acciones posesorias:

"Art. 1032.- El derecho de retención se extingue por la entrega o abandono del bien, pero no por su desposesión ilegal".

Luego en el artículo 1033, tomando como fuente el artículo 3941 del Código argentino¹¹², se ocupa de la indivisibilidad del derecho de retención:

"Art. 1033.- El derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse 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 sobre uno o varios de ellos".

Por supuesto que nada se opone a que el retenedor, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, devuelva parte del objeto retenido, o alguno de los bienes sobre los cuales ejercía esa facultad, pero eso no quita al derecho de retención su característica de indivisibilidad, porque esa restitución parcial jamás puede ser exigida por el deudor.

Inspirándose también en el derecho argentino (art. 3942, código de Vélez¹¹³), se establece cuál es la preferencia de que goza el retenedor frente a otros acreedores que hagan rematar el bien o terceros que lo adquieran en la subasta:

¹¹¹. Esta norma no tiene antecedente en el derecho argentino donde ha sido menester luchar durante mucho tiempo antes de que se incorporase al Código la posibilidad de sustituir la retención por una garantía suficiente, aunque debemos reconocer que una jurisprudencia inteligente se anticipó a la reforma legislativa.

¹¹². "Art. 3941 (Código civil argentino). El derecho de retención es indivisible. Puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte de la cosa que forma el objeto".

¹¹³. "Art. 3942 (Código civil argentino). "El derecho de retención no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida, y hagan la venta judicial de ella; pero el adjudicatario para obtener los objetos comprados, debe entregar el precio al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que éste sea acreedor".

"Art. 1034.- El derecho de retención no impide el embargo y remate del bien, pero el adquirente no podrá recogerlo del poder del retenedor sino entregándole el precio de la subasta en lo que baste para cubrir su crédito y salvo la preferencia hipotecaria que existiese".

Concluye el título expresando que las reglas que en él se establecen son aplicables a cualquier otro caso en que la ley reconozca el derecho de retención¹¹⁴.

Antes de finalizar este apartado señalo que en Argentina, lamentablemente, Leiva Fernández en su obra sobre el derecho de retención no hace mención alguna al Código peruano de 1936¹¹⁵.

c) Código de 1984

Poco antes de que se cumpliesen las tres décadas de la vigencia del Código de 1936, el Presidente Fernando Belaúnde, que tenía como Ministro de Justicia y Culto un joven y talentoso jurista que había realizado estudios de especialización en Italia¹¹⁶ crea en marzo de 1965 una Comisión para "el estudio y revisión del Código civil, con el objeto de proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes"¹¹⁷. En la obra de Guzmán Brito encontramos los nombres de los juristas que integraron originariamente dicha Comisión, y quienes se fueron agregando con el transcurso del tiempo¹¹⁸.

La Comisión trabajó arduamente durante casi 20 años y en

¹¹⁴. "Art. 1035 (Código peruano de 1936).- Las reglas de este título son aplicables a todos los casos en que la ley reconoce el derecho de retención, sin perjuicio de los preceptos especiales".

¹¹⁵. Considero lamentable esta omisión, pues luego se extiende en consideraciones sobre los textos del Código vigente, que en su mayor parte reproducen los del Código de 1936, que hubiese sido conveniente analizase porque casi todos tuvieron su fuente directa en el Código argentino de Dn. Dalmacio Vélez.

¹¹⁶. Carlos Fernández Sessarego, a la sazón de 39 años de edad, admirador del Código italiano de 1942.

¹¹⁷. Decreto Supremo N° 95, del 1° de marzo de 1935.

¹¹⁸. Ver Guzmán Brito, obra citada, p. 525.

ella prevaleció la decisión de no limitarse a enmiendas parciales del Código vigente, sino sustituirlo íntegramente por uno nuevo, que fue lo que sucedió en definitiva pese a la resistencia de importantes sectores de la opinión jurídica peruana. Lo elogiable del trabajo de la Comisión finca, especialmente, en la amplia publicidad que se fue dando a los proyectos, lo que permitió se los analizara con detenimiento y se los sometiese a revisión procurando salvar los defectos que en ellos aparecían, actitud que se mantuvo hasta las últimas etapas previas a la aprobación del Proyecto¹¹⁹.

El nuevo Código conserva, en esta materia, la misma línea de pensamiento¹²⁰, y mantiene la redacción de la mayor parte de las normas del anterior cuerpo legal, pero incluye algunas novedades en los artículos 1127, 1128 y 1130, como ser la relativa a la necesidad de dar publicidad registral del derecho de retención para que pueda oponerse a terceros, y refuerza la regla de la conexidad en el artículo 1123.

Pero, detengámonos aunque sea de manera breve en el análisis de la actual normativa vigente, recordando sí la casi plena validez de todo lo que hemos expuesto en el apartado anterior.

En nuestro esfuerzo por encontrar doctrina peruana sobre el derecho de retención en el código de 1984 hemos debido limitarnos casi exclusivamente a la obra de Max Arias Schreiber, Exégesis del Código Civil de 1984, que trata en su tomo VI "Los derechos reales de garantía"¹²¹.

Me permitiré aquí relatar una anécdota. Cuando encaré el estudio del derecho de retención en el Código de 1984 le comenté

¹¹⁹. Evacuado en julio un informe por la última Comisión revisora, se aprobó el nuevo Código por Decreto Legislativo del 24 de julio de 1984, que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año.

¹²⁰. También trata el derecho de retención en un título (el IV, artículos 1123 a 1131), dentro de la Sección destinada a los derechos de garantía (Sección IV), del Libro que se ocupa de los Derechos Reales (Libro V).

¹²¹. Contamos con un ejemplar de la 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, que nos fuera obsequiado por una de las personas que colaboró en ese tomo, Elvira Martínez Coco.

Nos hubiese agradado consultar el Código civil Anotado publicado por Gaceta Jurídica pero, lamentablemente no tenemos el tomo en que se trató el derecho de retención y hemos solicitado infructuosamente a Gaceta que nos remitiese esos textos.

telefónicamente al Prof. Carlos Cárdenas Quirós que el único material de doctrina peruana que tenía a mi alcance era la obra de Max Arias, y me respondió socarronamente, que no me sería de mucha utilidad. Sucede que Arias Schreiber, indica con gran probidad en unas palabras de Introducción, cuales son las partes que él redactó, y quienes han colaborado en la obra¹²², y allí vemos que Carlos Cárdenas fue quien tuvo a su cargo el derecho de retención, lo que justifica las palabras con que burlescamente desmerecía su aporte.

Cárdenas considera que el fundamento de la retención se encuentra en la equidad¹²³, y cuando cita doctrina argentina lo hace principalmente a Salvat, lo que se justifica plenamente porque no debe olvidarse que la Comisión redactora del Código de 1936, al decidirse por la fórmula del derecho argentino, lo hizo también justificando esta postura con la doctrina de Salvat.

Al referirse a la naturaleza jurídica se inclina a considerar que se trata de un derecho real, porque "así lo ha consagrado el Código civil de 1936 y el actual de 1984, insertándola en el libro sobre Derechos reales"¹²⁴, pero advierte que le faltan otros caracteres propios de los derechos reales, como el derecho de persecución.

Más arriba hemos dicho que el nuevo Código mantiene la línea de pensamiento del Código de 1936, y la mayor parte de su articulado reproduce casi textualmente con escasas variantes los textos de aquel cuerpo legal. Sin embargo resulta necesario destacar que el primero de sus artículos, el 1123¹²⁵, refuerza el requisito de la conexidad, que estaba implícito en el viejo artículo 1029, porque la fórmula, de acuerdo a la Comisión redactora, atendía precisamente

¹²². En la propia tapa del tomo aparecen los nombres de su hija, Angela Arias Schreiber Montero, de Elvira Martínez Coco y de Carlos Cárdenas Quirós.

¹²³. Ver "Exégesis...", p. 254.

¹²⁴. Ver "Exégesis...", p. 256.

¹²⁵. "Art. 1123 (Código de 1984).- Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder un bien de su deudor, si su crédito no está suficiente garantizado.

Este derecho procede en los casos que establece la ley **o cuando haya conexión entre el crédito** y el bien que se retiene".

a la necesidad de que existiese esa conexión entre el crédito y la cosa retenida. La nueva redacción no deja ninguna duda¹²⁶.

El actual artículo 1124 es una reproducción del artículo 1031 del Código anterior; el artículo 1125, que establece la indivisibilidad, introduce pequeñas modificación al viejo artículo 1033 y el 1126 corresponde al anterior artículo 1030. En lo que se refiere al embargo del bien, el artículo 1129 es una transcripción del viejo artículo 1034, y el título se cierra con el artículo 1131, idéntico al viejo 1035. Resulta innecesario que nos extendamos sobre estas normas, que ya hemos comentado al tratar el Código de 1936.

Sin embargo nos parece indispensable detenernos en tres normas nuevas, entre ellas el artículo 1130, que dispone:

"Art. 1130.- Aunque no se cumpla la obligación el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto en contrario".

El derecho moderno condena el pacto comisorio y exige al acreedor que recurra a la justicia para lograr que la obligación se haga efectiva para evitar que aprovechando una posición de superioridad se quede con bienes valiosos en satisfacción de deudas de valor muy inferior¹²⁷.

El artículo 1127 dispone que el derecho de retención puede ejercitarse tanto extrajudicialmente, como ante los tribunales oponiéndolo como excepción. Personalmente opinamos que siempre su ejercicio se realiza extrajudicialmente, pues incluso cuando se recurra a oponerlo como excepción, se lo puede hacer en virtud de que la cosa se encuentra en la tenencia del acreedor que se niega a

¹²⁶. Max Arias, en una nota periodística publicada poco antes de la sanción del nuevo Código, hacía hincapié en que la nueva norma "llena un vacío del Código vigente, al incorporar a la definición del Derecho de retención la regla de la conexidad".

Hemos podido consultar esa nota periodística, y otras varias, porque se incluyeron en una edición no oficial del Código que realizó Hernán Figueroa Estremadoyro.

¹²⁷. En nuestra recorrida de la legislación comparada encontramos más de un cuerpo legal que exige de manera expresa al retenedor que recurra a la justicia para ejecutar su acreencia.

restituir¹²⁸. Sin embargo hay en esta norma una previsión de singular importancia, al autorizar al juez que sustituya la retención por una garantía suficiente.

La otra novedad de importancia es la exigencia de que para ejercitar la retención sobre inmuebles y que tenga efectos contra a terceros se exige su inscripción registral¹²⁹.

Por el momento solo hemos conseguido escasos datos sobre el funcionamiento de esta norma en los Registros Públicos, que nos han sido suministrados por el actual Superintendente adjunto, Dn. Jorge Antonio Ortiz Pasco, y por un miembro del Tribunal Registral, Dn. Luis Aliaga; agradezco a ambos su atención.

En una de las resoluciones del Tribunal, se expresa que si bien el derecho de retención es un acto inscribible en el Registro, "Se puede apreciar que no existen normas en materia registral referidas al título que dará mérito a la inscripción del derecho registral, por lo que corresponde a este Tribunal determinarlo"¹³⁰, en el caso de un contrato de arrendamiento, en el que no se había pactado expresamente el ejercicio del derecho de retención para garantizar el cobro de mejoras, y el Tribunal entiende que para que proceda la inscripción, que fue solicitada por manifestación del inquilino realizada ante notario, ese título no es suficiente y que debe mediar resolución judicial¹³¹.

¹²⁸. "Art. 1127.- El derecho de retención se ejercita:

1. Extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca.

2. Judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente."

¹²⁹. "Art. 1128.- Para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros, debe ser inscrito en el registro de la propiedad inmueble.

Sólo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición.

Respecto a los inmuebles no inscrito, el derecho de retención puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial".

¹³⁰. Resolución N° 1411-2009, Lima, 11 de septiembre de 2009, apelante Robert Yosep Pinedo Alonso.

¹³¹. Así se expresa en la sumilla, en la que leemos: "El título que debe dar mérito para la inscripción del derecho de retención es la resolución judicial que declare que la retención se está produciendo de manera válida."

Por lo que podemos apreciar en el material recibido el asiento de inscripción de un derecho de retención se efectúa de manera similar a los asientos de una hipoteca, y con alguna frecuencia resulta de una manifestación expresa en el contrato que vinculó originariamente a las partes, donde se faculta a ejercitar el derecho de retención, y se lo inscribe, convirtiéndolo desde ese momento en una garantía real publicitada, aunque no se esté ejercitando de manera efectiva.

Estos puntos merecen ser indagados con más detenimiento, pero por razones de tiempo, aunque sabemos que el ejercicio del derecho de retención ha derivado en conflictos registrales y judiciales, postergamos su análisis para otra oportunidad¹³².

Sin duda la inclusión en el Código de la exigencia de publicidad registral en materia inmobiliaria es un verdadero acierto. Sin embargo nos permitimos formular una observación; creemos que esa exigencia debería hacerse extensiva a los automotores y a todos los bienes registrables.

VII.- Conclusiones

1) Existe una moderna tendencia a fijar con carácter general las condiciones de ejercicio del derecho de retención.

2) El primer Código civil que procedió de esta manera ha sido el argentino, que dedicó un título a la figura.

3) Varios códigos americanos se han inspirado de manera directa en las soluciones adoptadas por el Código civil argentino, y en Europa ha sido tomado especialmente en consideración por el Código portugués de 1967.

4) Perú ha seguido este camino a partir del Código de 1936 y lo ha mantenido en el de 1984.

¹³². Este trabajo debe ser presentado para su inclusión en el Libro del Congreso de Derecho Civil que se realizará en Huánuco en los últimos días del mes de junio de 2012.