

//
Favio Villota Meneses

EL DERECHO DE RETENCION FRENTE A LA LEGISLACION - -

COLOMBIANA -

Tesis de Grado para optar al título de DOCTOR EN DE-
RECHO Y CIENCIAS SOCIALES .

(Decreto 1271 de 1.965, Art. 70)
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PASTO-COLOMBIA

1.975

" La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la Tesis, las cuales deben considerarse como propias de su autor".

(Acuerdo N° 103 de 1.965. Art. 70)

A mis padres,
a mis hermanos,
a mi esposa y
a mi hija Mónica de Lourdes.

DIRECTOR DE TESIS

DR. JORGE EDMUNDO RUEDA MARTINEZ

•••

111
D 242
V 401
9.1

Una figura del derecho verdaderamente impor-
tante desde los tiempos más remotos, es aquella que se refle-
ja en la consagración de la facultad de retener alguna cosa -
cuando se produce un crédito en favor del retencionalista.

Podríamos decir que ha sido preocupación
constante de los legisladores establecer normas que tiendan
al perfeccionamiento de la figura adoptando sistemas que con-
sistían en otorgar una institución restringida a casos par-
ticulares determinados, y en otros aplicando la mate-
ria de la ley a casos y situaciones jurídicas de donde em-
ana una obligación.

I N T R O D U C C I O N

Es obvio que la preocupación de los legisla-
dores por esta materia ha sido constante que a pesar de ser una no-
ción tan importante, pero ha sido estudiada por quienes tie-
nen la responsabilidad de la doctrina general del derecho. Es

UNIVERSIDAD DE NARIÑO	
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS	
PASTO - COLOMBIA	
No. <u>19536</u>	Fj. <u>1</u>
Valor <u>\$ 900 =</u>	Vcl. _____
Fecha <u>VI-3-76</u>	Don. <u>X</u>
Fac. <u>Donación</u>	Canje _____
Librería <u>Antar</u>	Cncp. _____

El presente tra-
ta de ser interesan-
te que todos los dis-
ta apreciar como un
y sin coordinación.
personas que nuestro
de retención como un
lado, segundo de re-
que dan lugar a
de allí que el objeto principal de
el estudio de una norma que surge
de nuestra facultad de nuestro C.C., con el fin de que
de retención
de retención
de retención
de retención

FN
D 346
V 761
G. 1.

-10-

Una figura del derecho verdaderamente importante desde los tiempos más remotos, es aquella que se refiere a la consagración de la facultad de retener alguna cosa cuando ha mediado un crédito en favor del retencionista. Podríamos decir que ha sido preocupación constante de los legisladores establecer normas que tiendan al perfeccionamiento de la figura adoptando sistemas que constituyen en ocasiones una institución restringida a casos particulares generados por la ley, y en otros aplicando la materia de todos los casos y situaciones jurídicas de donde emanan obligaciones recíprocas.

No obstante la preocupación de los legisladores podríase decir con certeza que a pesar de ser una institución tan importante, poco ha sido estudiada por quienes tienen la misión de enseñar la doctrina general del derecho. En estas observaciones nos han llevado a escribir el presente trabajo, que si bien es cierto constituye una tarea difícil por la diversidad de criterios no por eso deja de ser interesante al estudioso del derecho que considera que todas las disposiciones del ordenamiento jurídico deben aparecer como un sistema y no como un casuismo sin sentido y sin coordinación. Esto último lo decimos, por cuanto consideramos que nuestro código civil lejos de tratar el derecho de retención como un sistema coordinado, lo trata como algo aislado, negando derechos a todas aquellas situaciones jurídicas que dan lugar a situaciones conjuntas, de allí que el objeto principal de nuestras tesis constituya el estudio de una forma que venga a reemplazar la desuetud de nuestro C.C., con el fin de que se adopte un sistema que generalice el derecho de retención a todos los casos, exceptuando a aquel que surga cuando el retencionista ha tomado las cosas ilícitamente.

./.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

No pretende este trabajo ser modelo acabado - de un estudio total de la materia, contiene información de --- aquellas partes que conforman el Derecho de Retención, empezando por su historia desde el derecho romano señalando sus características, naturaleza jurídica y campo de aplicación de la -- figura para finalizar con un capítulo sobre los modos de extinguirse el derecho. De antemano reconocemos que este pequeño - trabajo puede tener errores, los cuales son fruto de la propia interpretación que se hace de la institución que nos ha servido de tesis.

CAPITULO - PRIMERO

1.- NOTICIAS HISTORICAS.

Como todas las instituciones del derecho -- Civil, el de retención encuentra sus fuentes desde épocas inmemoriales, por cuanto las gentes desde un principio, cuando se tuvo la noción de la idea de lo nuestro, lo vuestro empezaron apropiándose de las cosas y a ejercer retención sobre lo que creían conveniente para desarrollar de una mejor manera sus intereses patrimoniales dentro de la colectividad.

Por eso hemos creído conveniente antes de empezar a fondo el estudio jurídico del instituto que nos ocupa hacer una breve reseña histórica de lo que se ha entendido -- por retención a través de los tiempos.

I.-1º.- EN EL DERECHO ROMANO

Es indudable que el derecho de retención, como la gran mayoría de las situaciones jurídicas, encuentra su origen en el Derecho Romano. Sin embargo, para precisar exactamente la época en que pudo haber tenido origen la figura que estudiamos, es conveniente analizar dos etapas del Derecho Romano.

a).- JUS STRICTUM.

Durante el tiempo en que rigió el derecho -- formal, o derecho estricto, las instituciones jurídicas se apreciaban teniendo en cuenta el temor de la ley. Algunos autores pretenden encontrar el origen del derecho de retención

en la "pignoris capio". Quienes sostienen esta posición argu-
 mentan diciendo que el nacimiento del tema jurídico de la reten-
 ción tiene su base ya sea en el objeto o bien en el fin de las
 figuras mencionadas. Así en tratándose de la "manus iniyec-
 tio" el acreedor que no recibía la satisfacción de la deuda, se
 hallaba facultado, en determinadas circunstancias para retener-
 en prisión a su deudor, sometiéndole a una verdadera esclavitud
 de hecho. Tratándose de la "pignoris capio", el acreedor que
 no recibía lo que se le adeudaba, podía apoderarse de un bien
 del deudor, para procurar que le fuera satisfecho su crédito,
 mediante la retención de la cosa aprehendida".

b).- DERECHO PRETORIANO.

Para atemperar el rigorismo del derecho estrig-
 to, surge el llamado "procedimiento de las excepciones", o "pro-
 cedimiento formulario" que tiene como fundamento un carácter e-
 quitativo, y que en últimas constituye un recurso
 procesal bien sea para suavizar las asperezas del Jus Estrictum,
 o para obtener la absolución del demandado o la disminución de
 la condena.

De todas las excepciones que surgieron en vir-
 tud del procedimiento mencionado, la más importante es la
 "exceptio Doli", la cual, al decir de un autor "constituye el
 medio de sancionar el derecho de retención. Encontramos al
 mismo tiempo que el origen, el medio de hacer valer el derecho
 de retención" (1).

En síntesis el derecho de retención tiene su
 gran manifestación mediante el ejercicio de la excepción del de

lo, y en esta forma se va introduciendo poco a poco en la legislación romana a manera de garantía, por cuanto su ejercicio permitía que el demandado que se hubiere negado a la retención no podía ser satisfecho por el demandante por cuanto no obtenía la satisfacción exigida por la equidad.

Parece ser esta última tesis la más acogida entre quienes han estudiado la figura de nuestro análisis, por cuanto si nos atenemos a la teoría de la "manus iniectio" podríamos hacer reparos en el sentido de que la retención debe ejercerse sobre las cosas y no sobre las personas, como preconizaba la figura dicha; aunque se trata de una breve reseña histórica, nos parece conveniente, sin embargo, rechazar esta teoría, por cuanto no se ajusta a los límites del derecho de retención.

De otro lado, es preciso hacer notar que si tuviéramos como hecho evidente que el Derecho de Retención tuvo su origen en la "pignoris capio". Llegaríamos al exceso de la garantía limitada, por cuanto se permitía que el acreedor tomara a su arbitrio la cosa que a bien tuviera, sin tener en cuenta su valor que muchas veces excedía del crédito.

No podía, decíamos, tener origen el derecho de retención en la figura antes mencionada, por cuanto el fundamento de todo derecho y especialmente de este es la equidad, el justo medio que solamente se logró en el procedimiento formulario.

./.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

I.- 2º.- EN EL DERECHO GERMÁNICO.-

Así como los romanos se preocuparon de la figura del Derecho de Retención, tal como lo hemos reseñado anteriormente se puede decir, que en el Derecho Germánico casi fue desconocido por cuanto sus prescripciones legales nada dicen al respecto.

Quizás esta ausencia de legislación, se deba como dice un autor a que la principal preocupación de éste derecho fue dedicada a las leyes penales por cuanto los hechos delictuosos eran más frecuentes dentro de los pueblos Bárbaros, Visigodos y Burgundios.

No obstante lo anterior, es preciso reconocer que el Derecho Germánico siguiendo los lineamientos del Derecho Romano, consagró el Derecho de Prenda, con el fin de asegurar a los acreedores de una deuda, y con el fin de evitar el fraude que podían ejecutar los deudores.

Si tenemos en cuenta lo anteriormente expuesto, vemos como muy probable que el acreedor que no hubiera sido satisfecho en la época convenida, habría ejercido derecho de retención sobre la garantía hasta lograr el pago total de la deuda. No obstante, hemos traído esta exposición a manera de conjetura, y no como un hecho evidente, pues, tal como lo dijimos anteriormente, con la ratificación de autoridades sobre la materia del derecho Germánico, este se preocupó más por la legislación de carácter penal.

I-3º.- EN EL DERECHO FRANCÉS.-

Si siguiendo los lineamientos de Baudry Lacan-
tineire, es preciso estudiar la historia del Derecho de Re-
tención en la legislación Francesa, teniendo en cuenta dos-
puntos de vista referidos a las provincias que se regían --
por el derecho escrito y las provincias que lo hacían por --
el Derecho consuetudinario.

La noción del autor citado es clara cuando
sostiene que "El Derecho de Retención recobra toda su impor-
tancia en las provincias que expresamente tienen estableci-
do y promulgado su derecho por el legislador. Estas pro-
vincias adoptan el Derecho Romano con pequeñas modificacio-
nes, adaptándolo a sus necesidades, y por consiguiente, el
Derecho de Retención debió ser admitido con la misma exten-
sión que lo fue en el Derecho Romano".

Prosiguiendo su estudio, el autor comenta-
do hace referencia a la aplicación del Derecho de Retención
en las provincias que no tenían constituido un derecho es-
crito y solamente contaban con las costumbres introducidas-
dentro de la colectividad para satisfacer las necesidades --
más apremiantes de su vida cotidiana. Así pues, el Dere-
cho de Retención ha sido contemplado por numerosas costum-
bres que lo registran para casos particulares. Las cos --
tumbres de Paris lo conceden al Hotelero, sobre los caballos
y equipajes del peregrino; y al coheredero sobre el inmueble
cuya reversión a su herencia debe, para el reembolso de sus
impensas. Las costumbres, Orleans lo concedían al que de-
bía restituir su herencia, mientras no le hayan sido paga-
das las reparaciones y expensas necesarias hechas sin frau-

de, por aquel que debe restituir la herencia; finalmente - las costumbres Nivernais concedían también la retención - en provecho de los obreros que se utilizaban en las cosechas y de los acarreadores".

El objeto principal de este capítulo ha sido el de indicar la historia del Derecho de Retención a través de los tiempos y de los pueblos. Por eso hemos traído el caso francés y en conclusión podemos decir que bien se trate del derecho Francés escrito, que siguió todos los lineamientos del derecho romano o bien, del derecho consuetudinario, el derecho de retención ha sido analizado por doctos y profanos por cuanto se pretendía y se pretende en la actualidad defender los derechos de personas que de una u otra manera ven defraudados sus intereses por deudores de mala fé que mediante la utilización de maquinaciones fraudulentas pretenden eludir el cumplimiento de lo que están obligados. Bien sea como garantía o como derecho, la retención ha sido motivo de estudios pormenorizados y clara idea de ellos la hemos encontrado al exponer tres etapas y tres pueblos diferentes.

Lo mismo que dijimos para el derecho francés podría decirse del derecho español antiguo, pues basta simplemente tener a la vista las disposiciones del Fuero Real o de las Siete Partidas, para darnos cuenta de que, aunque aisladamente y para casos concretos contemplan la figura de la retención. A modo de ilustración traemos una disposición de las Siete Partidas que otorga el Derecho de Retención al poseedor de una heredad sea de buena o mala fé por las expensas que hubiera hecho para mantener en condiciones necesarias de existencia la propiedad que hubiera tenido. Reza así la disposición del profesor Baudry Lacantiniere, tantas veces citado : " En-

tal caso, como este decimos, que aquel que las expensas -
hiciera, que sean menester hacerlas, las debe y las puede -
cobrar, mientras fuere tenedor de la cosa, o de la heredad
en que las hizo, sea de buena o de mala fé que lo haya te-
nido. Y si el señor de la casa o de la heredad lo ven --
ciere en el juicio no se la debe entregar hasta que no le -
pague lo que le debe por esa razón".

Como el anterior ejemplo, campean a lo --
largo de las leyes ya citadas muchísimas demostraciones de
la preocupación que existió antaño por regular la figura -
de nuestro estudio.

Hemos de decir, que todas aquellas legis-
laciones que tuvieron como modelo el Derecho Romano, aun -
que tratan el Derecho de Retención lo hacen para los casos
particulares y no existe una idea básica en ellas, que per-
mita formar un verdadero sistema jurídico. Con sobrada--
razón algún autor comentando el problema dentro de la le -
gislación española ha expresado: "Nuestra legislación vi -
gente no trata el Derecho de Retención de una manera con -
junta cosa que hacen otros códigos más progresivos como el
Aleman y el Suizo, sino que siguiendo en esta materia el
sistema latino representado por las legislaciones de Fran-
cia, Italia y Bélgica, no regula unitariamente este insti-
tución, con carácter sustantivo, sino de una manera frag -
mentaria y casuística en los respectivos casos en que el -
ordenamiento jurídico reconoce a ciertos acreedores la fa-
cultad de ejercitar el Derecho de Retención".

El anterior pensamiento es válido no sola-
mente para la legislación española, sino que es posible su
extensión a todos los derechos que de alguno u otro modo -

han seguido los lineamientos del ordenamiento jurídico romano de preferencia que la ley considere como privilegio de la segunda clase por cuanto tiene establecidas que a esta clase de créditos pertenecen las de las personas, como el pignus sobre las cosas.

II.-4º.-EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.-

la posesión, mientras pervenire en ellas y hasta concurrencia de lo que se debe por el deudor.

Nuestro legislador que tomó en muchos de los casos la orientación romanista y en otros la orientación francesa nos permite desde ahora afirmar que no existe ninguna verdadera organización ni independencia de la institución jurídica es pues, preciso decir que la historia que hemos relatado anteriormente es aplicable al derecho colombiano. *Excepción hecha de los casos que las leyes expresamente designan.*

Como los romanos y como los franceses los legisladores colombianos consideran aisladamente el Derecho de Retención para casos particulares y en forma por de más casuista. *Así el Derecho de Retención para los casos particulares por cuanto no se puede retener sino en aquellos casos previstos.*

Así pues, es necesario arguir que el derecho colombiano considera al Derecho de la Retención como una de las más eficaces garantías a favor de ciertos acreedores, pues una vez que se produce la retención de los objetos existe una retención para el moroso que lo obliga a cumplir con el deber que adquirió con su acreedor.

A más de garantía en algunas ocasiones la legislación nacional considera que el Derecho de Retención constituye un verdadero privilegio. Es el caso del poseedor que de acuerdo a los artículos 2265 s.s. del C.C. go-

za del Derecho de Retener conforme al artículo 2497, tiene un derecho de preferencia que la ley considera como privilegio de la segunda clase por cuanto tiene establecidas que a esta clase de créditos pertenecen los de las personas, como el pagadero sobre los efectos del deudor introducidos por este en la posada, mientras permanezca en ellas y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños.

Posiblemente la única norma de carácter general que se encuentra en el C.C. es la que se precisa en el inciso segundo del artículo 2417 que expresa " no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, -- sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes -- expresamente designan.

Apesar, es muy clara la idea del texto transcrito, pues refuerza la opinión que hemos dado de que solamente se instituyó el Derecho de Retención para los casos particulares por cuanto no se puede retener sino en aquellos casos previamente establecidos en la ley.

Sobre este punto nos referiremos en capítulos posteriores pues, ahora solamente nos hemos limitado a consignar lo relativo al tratamiento que sufrió el instituto jurídico que estudiamos en la legislación colombiana.

II.- CONCEPTO DE DONACION DE BIENES
MOVIBLES.

En el presente se hace un estudio de la historia del Dono de Bienes Muebles, para poder entrar más a fondo en el estudio de este acto jurídico, y al fin, se hace un estudio de las características de este acto jurídico.

El donante es el que hace el acto de donación, y el donatario es el que recibe el bien. El donante debe ser capaz de disponer de su patrimonio, y el donatario debe ser capaz de recibirlo. El donante debe tener el bien en su patrimonio, y el donatario debe aceptar el donativo.

II.- CONCEPTO DE DONACION

CAPITULO - SEGUNDO

El donante es el que hace el acto de donación, y el donatario es el que recibe el bien. El donante debe ser capaz de disponer de su patrimonio, y el donatario debe ser capaz de recibirlo. El donante debe tener el bien en su patrimonio, y el donatario debe aceptar el donativo.

El donante es el que hace el acto de donación, y el donatario es el que recibe el bien. El donante debe ser capaz de disponer de su patrimonio, y el donatario debe ser capaz de recibirlo. El donante debe tener el bien en su patrimonio, y el donatario debe aceptar el donativo.

II.-CONCEPTO DEL DERECHO DE RETENCION CLASES.-

Repasada brevemente la historia del Derecho de Retención, es preciso entrar más a fondo en el análisis de la figura y así pues, es menester estudiar el concepto que se tiene sobre este derecho.

Nada más oportuno que se conozcan dos - clases de conceptos: uno que podría denominarse clásico- o etimológico y otro propiamente jurídico.

II-1-a.- CONCEPTO CLASICO.-

Dentro del común de las gentes, ha sido muy clara la idea desde tiempos anteriores que la retención no es otra cosa que la detención de un objeto para obtener un determinado resultado; esto es, quien quiere obtener algo, quien persigue una finalidad, en busca de la satisfacción de un interés retiene algo.

Si aplicamos el caso anterior a cualquier circunstancia de la vida, tendríamos una idea exacta del concepto clásico de la retención. El empleado que desea que su salud sea atendida en un momento determinado, paga la retención de una parte de su sueldo para cotizar el derecho al servicio. Jurídicamente no está obligado, pero un interés estrictamente subjetivo lo convierte en ser pasivo a la retención que le haga el pagador. Como

este podríamos dar algunos ejemplos de lo que clásicamente se entiende por Derecho de Retención. Sin embargo no está en nuestro ánimo cosa diferente a dar una ligera noción de lo que antaño y hoy se conoce como la retención.

II.-2ª.-a).- CONCEPTO JURIDICO.-

Es natural que la idea tanto clásica como jurídica coincida perfectamente respecto por lo que se entiende de Retención. Para la una y la otra concepción, retener significa retener algo para obtener un efecto determinado. Mas sin embargo, existen elementos claramente identificables que permiten hacer una diferenciación sustancial entre las dos concepciones.

Cuando hablamos de retención en sentido jurídico estamos pensando en la detención, o mejor posesión de la cosa por parte del acreedor mientras la obligación permanezca insoluta. Esa detención persiste en el tiempo, hasta tanto el deudor no cumpla con su obligación. El tiempo puede ser corto o largo de acuerdo a la buena o mala fé del deudor. Esta idea nos permite diferenciar lo que se entiende por retención en sentido clásico y en sentido jurídico. Pues, en el primer caso y de acuerdo al ejemplo que traíamos la Retención persiste y no le dá derecho a la persona para reclamar cosa distinta al beneficio que la retención le pueda traer; mientras que la retención en sentido jurídico no da lugar a una persistencia indefinida, sino definida en cuanto que el acreedor al retener obtiene, bien sea, el pago de la obligación en for-

./.

ma voluntaria o el recaudo por la vía judicial.

Así entendido el Derecho de Retención tiene como finalidad primordial servir de garantía para salvaguardar los intereses del acreedor, que detiene una cosa ajena facultándolo para prolongar la tenencia o posesión de esa cosa hasta que el propietario reclamante (deudor) no le satisfaga su obligación. Esta es una nota distintiva del Derecho de Retención respecto de otras figuras, por cuanto su ejercicio permite la posesión o tenencia de una cosa con un título nuevo y diverso.

II.-3^a.-a) DEFINICIONES.

2.- Existencia de un crédito.

3.- Indeterminación en el tiempo.

Esbozados los conceptos clásicos y jurídicos del Derecho de Retención, es preciso determinar una definición de lo que se entiende por esta figura.

Quienes se han preocupado en el estudio de nuestra disciplina dan una definición que podríamos señalar como distinta en los modos de expresión pero coincidente en los elementos de la misma.

A manera de ejemplo indicaremos algunas definiciones de autores conocidos que han expresado su pensamiento así:

MARCEL PLANIOL: Ha dicho: " Hay casos en que un acreedor, que detiene una cosa perteneciente a su deudor puede rehusar de entregarla mientras no sea pagado,

aunque esa cosa no le haya sido dada en prenda; se dice entonces que el acreedor tiene el derecho de retención".

COLIN Y CAPITAN dicen: "El Derecho de Retención es el derecho en virtud del cual el tenedor de una cosa que pertenece a otro queda autorizado para retenerla hasta el pago de lo que el propietario de esta cosa debe".

De las anteriores definiciones se puede extraer los elementos indispensables para que se configure la institución:

- 1.- Posesión o tenencia de la cosa,
- 2.- Existencia de un crédito y
- 3.- Indeterminación en el tiempo.

Como de estos elementos haremos un estudio posterior simplemente nos limitamos a consignarlos con el objeto de emitir nuestra opinión, la que exponemos en la siguiente idea:

Se entiende por Derecho de Retención la facultad que tiene el acreedor de retener una cosa que pertenece a otro conservando la tenencia de la misma durante el tiempo que fuera indispensable hasta mientras se produce el pago de lo que es debido en razón de su crédito.

Concebida así la retención, hemos de decir para finalizar este aparte que ella constituye un medio para compeler a una persona a pagar lo que debe al retenedor

en base de justo título. DERECHO DE RETENCION LEGAL.

ENUMERACION Y ESTUDIO DE LAS DIFERENTES CLASIFICACIONES.

Diversas clasificaciones se han hecho de el Derecho de Retención. A título informativo hacemos la enumeración y estudio de las principales, de la siguiente manera:

II.-10.-b).- DERECHO DE RETENCION LEGAL.

No es necesario hacer mucho esfuerzo para entender que el Derecho de Retención Legal nace en virtud de disposición legislativa, es decir, sin convenio de las partes que puedan intervenir en una relación jurídica. Es pues, la propia ley la que se encarga de determinar en que casos existen o debe operar la retención y es caso frecuente en nuestro ordenamiento jurídico civil la existencia de normas que permitan ejercer tal derecho, como lo vemos claramente en el artículo 2000 del código, que hace parte de la normación referida al arrendamiento, cuando consagra -- dos puntos " podrá el arrendador, para seguridad del pago y de las indemnizaciones a que tenga derecho retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o previsto y que le perteneciere.....". Eso es un claro ejemplo de retención legal. Es el propio ordenamiento jurídico el que le entrega los elementos al arrendador para que en un determinado caso que se concreta -- cuando el arrendatario no le paga, puede retener los frutos y los muebles del arrendatario.

II.-2º.-b).- DERECHO DE RETENCIÓN EXCEPCIONAL -

NAL.-

En otras palabras, el Derecho de Retención General es propio. En varias oportunidades hemos dicho que la legislación civil colombiana no ha hecho un verdadero sistema del tema que estudiamos. Esto nos lleva a concluir, que, la ley ha previsto para casos particulares, tratándose de solucionar el caso concreto, y sin generalizar para todas las circunstancias. De esto se desprende que el Derecho de Retención Legal es excepcional por cuanto de que si no se prevee para todas las circunstancias mal puede decirse que el derecho de retención se ha generalizado a todos los casos que ocurren dentro de la órbita del derecho. El propio legislador colombiano se ha encargado de hacer de la retención un instituto de índole excepcional pues, como ya lo señalamos en el capítulo anterior el artículo 2417 del C.C. tiene establecido que no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda sin su conocimiento excepto en los casos que las leyes expresamente designan esto es, que si no ha mediado la voluntad del deudor y si la ley no ha proclamado la retención el acreedor que retenga, estaría cometiendo una arbitrariedad en contra de los intereses del obligado y con quebrantamiento objetivo de las disposiciones legales.

II.-3º.-b).- DERECHO DE RETENCIÓN GENERAL -

Al contrario de lo que ocurre en el Derecho de Retención Excepcional, el Derecho de Retención General podría consagrarse como la facultad común de todos los acreedores que detentan una cosa perteneciente a su deudor con el

fin de percibir un pago de una obligación insoluta, que se entrega constituye una garantía de que la deuda será saldada. En el orden tonto, el acreedor pignoraticio puede detener la cosa. En otras palabras, el Derecho de Retención General es propio, a nuestro juicio, de las legislaciones que han hecho de la figura que nos ocupa un verdadero sistema jurídico, es decir, que la retención es propia de todos los casos en que exista una relación obligacional y que permite satisfacer si no en forma directa al menos en parte el cumplimiento de un crédito.

Cuando hablamos del Derecho de Retención General, queremos significar que la ley esboza los principios generales tanto sustanciales como de ejercicio de la acción, para que una persona que se vea desmejorada, en la satisfacción de sus intereses pueda aplicar la retención y pedir el amparo legal cuando el caso se haga evidente.

II.-4º.-b) DERECHO DE RETENCION CONVENCIONAL.

Hablamos de Derecho de Retención Convencional cuando media la voluntad de las partes en la aplicación de este derecho.

Dos formas de derecho de retención convencional pueden considerarse: expreso y tácito.

El primero se presenta en dos figuras contempladas por el C.C. que son la prenda sobre inmuebles y la anticresis sobre inmuebles. En efecto, en el contrato

de prenda se observa claramente que el bien mueble que se entrega constituye una garantía de que la deuda será saldada. En el entre tanto, el acreedor pignoraticio puede detener la cosa hasta mientras el deudor cumpla con la obligación que surge del contrato. Lo mismo ocurre en la anticrédito por cuanto las mejoras introducidas al inmueble dan lugar al ejercicio del derecho. Esto se desprende de lo estipulado en los artículos 2426 y 2463 del C.C.

El segundo caso es el de derecho de retención. Sin embargo, hemos de decir que existe una polémica entre los autores especialmente los chilenos cuando sostienen algunos que fuera de las dos figuras dichas no puede existir el Derecho de Retención. En cambio otros sostienen que puede darse en distintas figuras por cuanto se puede convertir la detención entre los interesados precisamente porque la ley permite el ejercicio de la voluntad cuando dispone que no se puede retener la cosa del deudor sin su consentimiento.

Nosotros basados en la última idea creemos que la retención puede extenderse a figuras distintas de la prenda y la anticrédito teniendo en cuenta lo que ha expresado la ley en el artículo 2417 del C.C. tantas veces citado al decir que no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda sin su consentimiento. A contrario sensu opinamos que cuando medie la voluntad del deudor se puede pactar la retención en cualquier clase de retención jurídica sin que ella constituya obstáculo de ninguna naturaleza para que en un momento determinado el dueño de la cosa retenida pueda alegar que para su caso la ley nada ha previsto. Bien sabemos que con el artículo-

1602 del C.C. el contrato es una ley para las partes y si expresamente se conviene la retención, que está en una cláusula las partes de la relación jurídica tienen que dar estricto cumplimiento a la letra del acuerdo. En síntesis la voluntad expresada dentro de los términos de la ley daría paso a que la retención se extendiera a figuras no contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico.

El segundo caso es el de derecho de retención tácito, que algunos llaman por consentimiento tácito; esta forma se deduce de lo estipulado en el inciso segundo del artículo 2426 del C.C. cuando dice: "... podrá el acreedor retener la prenda si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:

- 1.- Que sean ciertos y líquidos.
- 2.- Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda.
- 3.- Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior".

Cabe preguntarse por qué razón el acreedor a quien se le ha satisfecho su crédito puede retener la prenda por otros créditos? La respuesta salta a la vista: a nuestro entender la ley presume el consentimiento tácito del deudor para vincular esa prenda como garantía de los otros créditos en virtud de aquella presunción el acreedor que no ha sido satisfecho puede retener la cosa en garantía de los demás créditos.

III.- ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN.

Uno de los aspectos más interesantes del estudio de este derecho merece ser estudiado en el que se refiere a la estructura jurídica del Derecho de Retención. Con respecto a esta doctrina se trata de aclarar el punto de vista de los juristas y doctrinantes del derecho de retención, que venideros el Derecho de Retención, no personal, como un derecho real o como un derecho intermedia.

En consecuencia, nuestro propósito es establecer que el de establecer las categorías de retención en un momento y por último acuerdo.

CAPITULO - TERCERO

III.- EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL DERECHO REAL.

La teoría de los tratadistas que han intentado explicar los efectos del Derecho de Retención, se divide en dos partes de las que la primera es la siguiente:

Mantienen en la actualidad, para sostener el punto de vista de que el Derecho de Retención es un derecho real, que el Derecho de Retención es un derecho real.

Por nuestra parte, creemos que el Derecho de Retención es un derecho real.

III.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION.-

Uno de los aspectos más interesantes del tema que nos hemos propuesto estudiar es el que se refiere a la naturaleza jurídica del Derecho de Retención. Con verdadero empeño la doctrina ha tratado de aclarar el punto pues, entre juristas y doctrinantes del derecho se han presentado varias tesis que consideran el Derecho de Retención como un derecho personal, como un derecho real o como una categoría intermedia.

En consecuencia, nuestro propósito en este capítulo no es otro que el de establecer las categorías que sobre tal derecho se han formulado y por último sacar una conclusión.

III.-1º.- EL DERECHO DE RETENCION ES UN DERECHO REAL.-

La mayoría de los tratadistas que han investigado la naturaleza jurídica del Derecho de Retención están de acuerdo en que esta figura hace parte de los llamados derechos reales.

Bástenos en la oportunidad, para sustentar lo dicho, transcribir lo que algún investigador dice a este propósito:

Por nuestra parte creemos que el Derecho -

de Retención debe considerarse como un derecho real, esto es como una institución jurídica que entraña un poder sobre una cosa, normalmente la detención con fines de garantía. En consecuencia el Derecho de Retención pertenece a aquel grupo de las garantías reales que como la prenda lleva consigo la disposición del deudor cuya cosa se encuentra entregada en manos del acreedor.

Por sí mismo el Derecho de Retención no confiere preferencia sobre el valor de la cosa que se retiene, sino que se deduce únicamente autorizar al acreedor retenedor a no desprenderse de la cosa que detiene antes de ser cancelado".

Sin embargo, hablando de este mismo punto el profesor José J. Gómez dijo lo siguiente al participar de las tesis de que el Derecho de Retención pertenece al grupo de los derechos reales " Si solo los derechos reales y personales constituyen el patrimonio de todo derecho, debe ser clasificado dentro de estas especies, no hay derechos sin sexo. Derecho personal no es la retención. El hecho de depender en cierta forma del deudor dueño de la cosa no da le pone de personal porque así sería también personal el derecho de prenda. En cambio se ejerce IM RE: la cosa está bajo el poder directo e inmediato del acreedor y este es el distintivo del derecho real y sobre todo goza de la persecución y la preferencia aunque no exactamente en la misma amplitud que la prenda y la hipoteca."

Los autores citados consideran que se tra-

ta de un derecho real en base de que la persona del retenedor ejerce un poder directo sobre la cosa que le permite hacer uso de lo que los romanos determinaron como Jus preferendi y Jus persecuendi. Sin embargo al analizar nuestra posición haremos las consideraciones del caso sobre la naturaleza jurídica del tema en estudio mientras tanto avanzamos en el examen analítico de las distintas teorías.

III.-2º.-EL DERECHO DE RETENCION ES UN DERECHO PERSONAL.-

Quizá quienes mejor han estudiado el derecho real de la retención son los tratadistas Aubry y Rau y Joserand.

Aubry y Rau, hablando sobre la materia expresan su pensamiento de la siguiente manera: " Aunque el derecho de retención no engendra derecho de persecución, y no constituye un verdadero derecho personal en el sentido completo de esta palabra puede sin embargo según su fundamento y su objeto ser opuesto a terceros por lo menos en una cierta medida.

Se reconoce generalmente, que, en nuestra nueva legislación el derecho de retención no engendra ningún derecho de persecución. Pero a pesar de esto, ciertos autores han creído atribuirle la calidad de derecho real. A nuestro juicio, esta calificación es inexacta; de una parte, en efecto, el carácter propio del derecho real es llevar consigo un derecho real y, por otra parte un derecho no es real por el solo hecho de ser opuesto a terceros bajo ciertas con-

diciones ".

Sin embargo, más amplio es el concepto del tratadista francés Louis Joserand, quien le niega la naturaleza de derecho real en los siguientes términos: " El derecho de retención es un derecho real? Podría pensarse dado su poder de oponibilidad su amplio campo que el derecho de retención entra en la categoría de derechos reales. Sin embargo, nada de esto ocurre porque el no confiere a su titular ni derecho de persecución ni derecho de preferencia.-

No hay persecución, porque desde el momento en que la retención cesa no hay más retención, el derecho de retención ha vivido, su contextura misma lo hace singularmente práctico. Ni hay preferencia porque el retenedor no tiene primacía distinta que la de hacer valer su derecho en el curso de un embargo; si este embargo tiene lugar, él sería tratado en la distribución del dinero lo mismo que los demás acreedores quirografarios.

El retenedor es sencillamente un acreedor-deudor que se niega a ejecutar su deuda tanto tiempo como demore la cancelación de aquella a que están obligados para con él y cuando dos obligaciones son conexas que se refieran a una misma causa común, es toda justicia que ambas sean canceladas".

Con las anteriores transcripciones de los autores franceses hemos señalado la naturaleza jurídica del Derecho de Retención que según ellos no concede ni la preferencia ni la persecución propia de los derechos reales.

De acuerdo con lo anterior, III.- 3º.- EL DERECHO DE RETENCIÓN ES UNA CATEGORÍA INTERMEDIA.-

Para concluir la exposición de tesis hemos de indicar que algunos tratadistas consideran que el Derecho de Retención no es o no pertenece ni a la categoría de los derechos reales ni a la categoría de los derechos personales. Para ellos esta figura jurídica toma caracteres de una y otra categoría es decir, una categoría mixta.

El profesor colombiano Alvaro Pérez Vives - ha dicho a este propósito: " Suele debatirse si la retención es un derecho real. Aunque la retención implica la relación directa entre el acreedor y la cosa del deudor que queda en su poder a manera de garantía, no obstante que la retención presenta un amplio poder de oponibilidad y un largo radio de acción la retención no es un derecho real pese a semejanzas con la prenda cuando recaé sobre muebles.

No es derecho real porque carece de las dos características esenciales de los dos derechos; la persecución y la preferencia.

a).- No goza de la facultad de persecución.- Por definición; retención significa conservar en poder de alguien una cosa que debía ser entregada a otro. Luego sin conservación no hay retención, este derecho cesa desde el momento mismo en que el acreedor pierde la retención de la cosa.

De consiguiente, la retención no otorga la facultad de perseguir esa cosa, una vez perdida la tenencia de ella por el acreedor. Salida dicha cosa del poder de éste el derecho de retención ha muerto.

b).- No goza del derecho de preferencia.- En derecho civil con excepción del posadero y del transportador acreedores que tienen a su favor el derecho de retención no goza de preferencia alguna.

Nosotros creemos que el derecho de retención es mixto; goza de algunas características de los derechos reales y personales. De aquellos tiene la relación directa entre el que ejercita la retención y la cosa, la similitud por este aspecto con ciertas garantías reales y su oponibilidad a terceros. De los derechos personales tiene el no gozar de la persecución y de la preferencia".

La Corte Suprema de Justicia en Casación de octubre de 1.938 fijó el criterio respecto a la naturaleza jurídica del Derecho de Retención y lo hizo en los términos que transferimos a continuación "..... el derecho de retención es un derecho real imperfecto o sea, que puede ejercitarse mientras el poseedor vencido o el arrendatario que esté en poder de la cosa, pero que perdida esta, no le queda sino una acción personal y directa contra el dueño y contra el arrendador. La garantía envuelta en el derecho de retención es la esencia de este, perdida la garantía no puede recuperarse, porque no se trata de una acción verdaderamente real por su naturaleza como la que nace de la prenda. Cabe advertir que no se compagina ese pretendido derecho de

minio con la garantía en que la retención consiste".

Así, pues, según todo lo anterior el artículo 970 del C.C. como todos los que establecen el derecho de retención no pueden interpretarse sino en el sentido de que este sólo puede ejercitarse mientras el poseedor o el arrendatario tengan la cosa en forma de que perdida la tenencia el poseedor nada tiene que retener y entonces el derecho de garantía esencia del derecho de retención desaparece aunque no así la acción personal contra el dueño que lo ha vencido o contra el arrendador.

III.-40.- NUESTRO CONCEPTO.

Ante la inmensa gama de teorías que existen para dilucidar la naturaleza jurídica de la disciplina de nuestro estudio, hemos de adoptar una posición que si bien para nosotros representa la más clara no por eso hemos de negar que se pueda tomar cualquiera otra, de acuerdo al criterio que se tenga sobre el derecho de retención.

Para nosotros ese derecho tiene una naturaleza de orden mixto, es decir, presenta formas del derecho real matizado de derecho personal y es a la vez un derecho personal revestido y respaldado por el derecho real.

Explicamos brevemente nuestro concepto: El derecho real es para nosotros un poder jurídico y directo que le permite al titular gozar y disponer de la cosa a su libre arbitrio siempre y cuando no vulnere el derecho

de los demás.

Ese poder solo podría predicarse en forma amplia del propietario de la cosa y de todos aquellos que como el usuario, habitador y usufructuario, gozan de la facultad de ejercer el derecho directamente que les permite en últimas tomar todos los beneficios que pueden desprenderse de la actividad que ellos desarrollan. Lo mismo podría decirse del acreedor prendario y del hipotecario que están protegidos por una garantía real reconocida por la ley. Estos sí están protegidos y amparados para ejercitar los derechos de persecución y de preferencia con el fin de hacer ingresar a su esfera jurídica el derecho real que por cualquier circunstancia salió de sus manos. Naturalmente el legislador ha consagrado estos privilegios para dar verdadera realidad a los derechos, pues, al ordenamiento jurídico le interesa que las situaciones estén definidas en favor de unos u otros que pretenden el ejercicio de las facultades que la ley reconoce.

En el Derecho de Retención no se ven muy claras la persecución y la preferencia por cuanto la garantía que ha tomado el retenedor no le permite el ejercicio de ese poder directo. Se trata de una garantía que, en un momento determinado esta destinada a pasar a las manos de su propietario cuando este cumpla con las obligaciones que este tiene para con el retenedor. Si el retenedor perdiera la cosa no podría en ninguna forma ejercer los derechos de persecución porque, realmente no puede mostrar un título válido contra terceros que le permita hacer ingresar la cosa a su haber jurídico. Este derecho solo podría ejercitarlo el propietario del bien. Esto es pérdida la cosa en manos del retenedor, este necesariamente tendría que acudir al propietario para que la reivindique de manos del tercero que la haya tomado del retenedor.

Ese es nuestro concepto y lo creemos suficientemente claro compactándolo con lo que sucede en la realidad; un arrendatario que ha tomado una cosa en retención para garantizar el pago de unas mejoras hechas en un inmueble en el caso de perderlo, no podría, legalmente ir contra terceros para hacer que el bien reingrese a sus manos. Y en el caso de que el arrendador lo pague este tendría a más de la acción reivindicatoria, la facultad de ejercitar contra el arrendatario para que le indemnice por daños y perjuicios causados en el bien.

Derecho real, lo podríamos llamar en -- cuanto que el retenedor toma alguna cosa arbitrariamente sin contrato u acto previo y aún contra la voluntad de su dueño o administrador como garantía la que solo le servirá para ejercitar extrajudicialmente una coacción para -- que el propietario pague lo que le debe. Y en últimas -- llegado el caso de acudir ante los jueces el problema no tendría más solución que el del reconocimiento de una resolución de orden personal le permitiría al retenedor en -- último caso pagarse con la cosa que tiene.

Y también el Derecho de Retención tiene -- las características propias del derecho personal. Si -- analizamos el caso llegaremos a la conclusión de que quien retiene lo hace en virtud de procurar que alguien le pague lo que le debe. Es una relación puramente personal. En el caso del arrendador y el arrendatario este último retiene hasta mientras el primero le pague por las mejoras que hubiere hecho sobre la cosa. De no mediar esa situación jurídica personal el Derecho de Retención no se justificaría; esto es, sino hay relación de poder a deber el derecho de retención no tiene razón de ser. De no mediar la

relación se esfumaría cualquier pretensión que pudiera tener el retenedor.

En síntesis: esa garantía precaria que - como lo hemos observado solo permite al retenedor ejercer coacción hasta el pago de la obligación no es más que un respaldo a una relación de orden puramente personal. Entonces, se ve nítidamente que el Derecho de Retención absorbe caracteres de los derechos reales y personales. De los primeros toma esa característica inconfundible de la relación directa sobre la cosa excluido los privilegios de la preferencia y la persecución. En esto se diferencian de las garantías reales de prenda y de hipoteca -- pues, estas sí gozan de los derechos de preferencia y persecución que a nuestro modo de ver por lo precario de -- nuestro derecho de retención no puede ejercitar el retenedor. Y de los derechos reales goza de las características de la relación poder y deber, y el estar desprovisto de los privilegios tantas veces nombrados de persecución y de preferencia.

IV.- CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE
-RETENCION.-

Continuando con el tema de nuestro estudio nos corresponde ahora tratar sobre las características que distinguen al derecho de retención.

IV.-1º.-LA RETENCION CONSTITUYE UN DE-
RECHO ACCESORIO.-

La primera nota que distingue el derecho de retención es la de ser un derecho que accede a una obligación principal. En efecto, la finalidad de la retención no es otra que la de constituir una garantía en favor del retenedor cuando no se le ha cumplido un crédito personal. Indiscutiblemente tienen sobrada razón los autores franceses Planiol y Ripet, quienes al respecto han señalado " que su ejercicio está destinado a servir de garantía a un crédito; y en consecuencia la retención no se comprende sino existe un crédito cuyo pago debe asegurarlo".

Hemos estudiado a lo largo de este trabajo que la retención es un derecho que se ejerce sobre una garantía en virtud de la existencia de un derecho personal. Por lo mismo si no fuera consustancial al ejercicio del derecho el mantenimiento de una garantía en poder del retenedor, no podría hablarse con certeza del derecho de retención. Hemos querido significar en consecuencia, que este derecho no puede ejercerse sino existe una obligación principal, razón

por la cual se dice que es necesario.

De acuerdo al aforismo romano " Accesso rim aequitur principale, consideramos, que se cumple - muy bien entratándose de la figura que estudiamos, por cuanto como accesorio que es, debe seguir todas y cada una de las vicisitudes de la obligación al cual accede sin embargo de lo cual como dice un autor " si la obligación principal se extingue también el derecho de retención; pero a la inversa puede suceder que se extinga el derecho de retener sin que signifique la extinción del crédito personal que garantiza".

IV.-2º.-EL DERECHO DE RETENCION ES -
INDIVISIBLE.-

Una de las características más interesantes que comporta el derecho de retención es la de ser indivisible en efecto, la persona que retiene no podría ser obligada en forma alguna hasta tanto no se le haya cumplido la deuda a entregar la garantía que ha tomado para salvaguardar su derecho.

El carácter de indivisible que tiene el derecho de retención fue reconocido desde el antiguo derecho romano, pues a decir de un autor " en Roma el derecho de retención es indivisible ese carácter es incontestable, de acuerdo con lo que establecen algunos textos del Digesto".

Lógicamente que si la ley le dá la posibilidad de ejercitar la retención sobre una cosa tomándola como garantía de una deuda, es natural que se piense que si no se ha cumplido el pago total del crédito habría una inseguridad en cuanto se refiere a su cancelación definitiva, pues si la cosa se entrega sin que se haya cancelado la totalidad de la obligación, el retenedor no podría exigirle que le entregue otro bien diferente para garantizar el crédito insoluto.

No se puede dudar que la cosa, materia de retención está afectada por el pago no hay convención de ninguna naturaleza que le dé una afectación tal como lo tiene la prenda o la hipoteca. Sin embargo a pesar de lo anterior no menos cierto es que la retención tiene como finalidad ejercer presión y coacción para que el deudor propietario cumpla con la obligación principal. Y es tan indivisible que bien vale la pena hacer la consideración que el retenedor nada puede exigir ni tiene fuerza de coaccionar en cuanto la garantía haya salido de sus manos. Baudry Lacanteneire considera que " en el fondo la intención de las partes ha sido que la una tendrá el derecho de retener la cosa hasta que la otra ejecute por su parte las obligaciones a su cargo. La indivisibilidad aparece, pues, como una influencia de la convención.

Nosotros no estamos de acuerdo en todo con el pensamiento del autor mencionado porque en muchas situaciones puede no existir el pacto-convención y sin embargo ejercer el derecho de retención. Es el

caso del arrendatario que en el contrato nada ha pactado respecto a si puede o no retener por las mejoras - que realice en el bien del arrendador. Sin embargo, - el hecho de que el propietario no le cubra el valor de las mejoras permite al arrendatario retener algún bien de la propiedad de aquel. El derecho no nace, en consecuencia del convenio; nacería en este caso de la propia ley que le permite obrar de esta manera. Todo esto se deduce de lo que establece el artículo 2000 del C.C.

Atendiendo a estas circunstancias anotadas, hemos dicho en capítulo anterior que el derecho de retención puede ser convencional o legal esto es, - que puede nacer ya del acuerdo de las partes o de la determinación de la ley.

IV.-3º.- EL DERECHO DE RETENCION NO ES UN DERECHO PREFERENTE.-

Al estudiar la naturaleza jurídica observamos que el derecho de retención comportaba una naturaleza mixta pues, en ocasiones se presenta como un derecho personal matizado con características de realidad y en no pocas veces es un derecho real determinado por la personalidad.

De acuerdo con la doctrina general que se extracta de la legislación civil colombiana existen situaciones en las cuales la ley otorga la preferencia.

Estas son el derecho de prenda y de hipoteca. A lo largo de las disposiciones del código no se observa que el legislador le haya otorgado la preferencia al acreedor retencionario. Lo cual nos lleva a concluir que en el caso de una acción judicial y más exactamente cuando ocurra el embargo de la cosa que está en retención, el retencionario no tendrá derecho a que se le prefiera dentro de los demás pues, no tendría la calidad sino de un acreedor quirografario, con derecho es decir, conforme a lo establecido en el artículo 2488 del C.C. a la prenda general sobre los bienes del deudor .

Como dice un autor " los acreedores del propietario de la cosa retenida están en condiciones de este último. Ellos no podrán obtener el renunciamento del retenedor sino a condición de ofrecerle su pago. Podrán los acreedores del dueño de la cosa retenida hacer vender la cosa, pero el que la adquiere no podrá entrar en posesión de ella sino una vez de que haya desinteresado al acreedor provisto del derecho de retener a falta de lo cual él permanecerá garantizado.

En otras palabras, lo que quiere manifestar el autor mencionado es el hecho de la igualdad de condiciones que existen entre los acreedores del dueño de un bien entre los cuales se cuenta el retenedor. Para ellos no existe privilegio de ninguna naturaleza; todos tienen derecho a que se les pague sus acreencias, lo que sí, no pueden obligar al retenedor a que entregue la garantía en un momento determinado, pues le quitarían de las manos la fuerza que --

la respuesta natural y lógica sería la de que no tiene ningún título que le permita perseguir la garantía cuando ha salido de sus manos.

Las anteriores anotaciones nos llevan a concluir que un derecho que se extingue por haber salido de las manos del retenedor no engendra ninguna acción contra terceros para hacerlos regresar a su esfera jurídica.

Dos situaciones diferentes podrían presentarse: la primera cuando el retenedor deja voluntariamente los bienes que retiene y la segunda, cuando in voluntariamente las cosas retenidas salen de sus manos. En el primer caso, naturalmente existe un abandono del derecho de retener esto es, hay una renuncia al derecho que la ley le reconoce y por lo mismo ninguna clase de persecución podría ejecutar ante hechos cumplidos. La segunda situación, podría dar lugar a equívocos y por eso algunos autores, entre ellos Aubry y Rau, sostienen que " en casos como este el retenedor puede recuperar las especies que poseía o detenia intentando las acciones que la ley le confiere para recuperar la posesión.

A nuestro modo de ver la interpretación de los tratadistas franceses es un tanto fundada por --- cuanto el retenedor no es un poseedor dentro de los límites legales, pues, de acuerdo con el artículo 762 del C.C., el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no se justifique serlo. Entonces preguntamos : - -

LOS DERECHOS PIGNORATIVOS DEL DERECHO

ROMANO

Los derechos pignoratios integran básicamente el -
derecho de hipoteca. La primera de ellas tiene que ver
con el préstamo, en tanto que el segundo se re-
fiere al crédito. Estudiaremos a con-
tinuación cada uno de ellos.

1.- DERECHO DE LA COSA

El artículo 1801 del Código contiene el profesor Arturo Vales
que se refiere a un bien inmueble " en el acto de -
CAPITULO - QUINTO continuación -

la adquisición, pues, la antigua pignoris capia
del derecho romano se encuentra -
en el derecho actual".

La detención de esta situación no es -
de retención supone la detención de -
el acreedor al acreedor retencionario conser-
va la posesión cumplida satisfacción del

La primera obligación que debe hacer es
la de garantizar el crédito, esto es, que
durante todo el tiempo que sea
necesario para la finalidad para la cual se
otorgó el crédito.

V.-ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO DE RETENCIÓN.-

Dos elementos integran básicamente el derecho de retención. El primero de ellos tiene que ver con la tenencia de la cosa, en tanto que el segundo se refiere a la existencia de un crédito. Estudiaremos a continuación cada uno de estos elementos.

V.-1º.-TENENCIA DE LA COSA.-

Como lo sostiene el profesor Arturo Valencia Zea, la tenencia de un bien consiste "en el acto material de retener una cosa la cual debe ser continuación de una posesión anterior, pues, la antigua pignoris capio de los primeros tiempos del derecho romano se encuentra prohibida en el derecho actual".

Lo interesante de esta situación no es otra que el derecho de retención supone la detención de una cosa que le permite al acreedor retencionario conservar la tenencia hasta lograrla cumplida satisfacción del crédito.

La primera obligación que cabe hacer es la de que la detentación debe ser continua, esto es, que el ejercicio se produzca durante todo el tiempo que sea necesaria para lograr la finalidad perseguida, cual es la de cancelación del crédito.

pietario y no de la mala fé del retenedor. Como resultado de la nó satisfacción de una obligación el retenedor esta amparado por el principio general de la buena fé y del acto jurídico que engendró la obligación. En el segundo caso, como la retención se efectúa por medios que no comulgan con los principios de la equidad y la justicia es natural que el verdadero propietario pueda reivindicarla y tomarla de las manos de quien actúa bajo la sombra de la mala fé y exigirle la indemnización por los perjuicios causados.

V.-2º.-EXISTENCIA DE UN CREDITO.-

Es preciso determinar que para que se efectúe la retención es preciso que exista un crédito en favor del tenedor, crédito u obligación que debetenerse como principal, pues de acuerdo a lo que hemos visto la retención no es más que una garantía accesoria que sirve de medio para caucionar y lograr el cumplimiento de la deuda.

Si se analiza detenidamente el problema de la obligación principal que se trata en este aparte, es necesario precisar que dicha obligación no debe ser ni condicional ni a plazo; es necesario que el crédito que da lugar a la retención sea actual pues, sería injusto conceder la retención sobre obligaciones que no tienen probabilidades de existencia sino una simple posibilidad de ser. No podría establecerse el derecho de retención sobre obligaciones a cumplirse en un futuro incierto y determinado porque sería gra-

var injustamente a quien no debe en la actualidad, pues su obligación depende del advenimiento del plazo o condición solamente cuando se haya cumplido estos, la obligación es actual y en este caso el incumplimiento sí - daría lugar a la retención pero antes no, porque sería - llevarlo a garantizar lo que todavía no debe. Como - consecuencia de actualidad es natural que el crédito -- debe ser cierto, que no recaiga sobre el duda alguna - acerca de su existencia pues sería injurídico hablar - de retención cuando el crédito no existe. A propósito de lo que hemos expuesto se ha dicho que el crédito por el cual el acreedor ejerce el derecho de retención debe estar plenamente probado lo que quiere decir, que si -- hay sospechas sobre su existencia no se puede ejercer - la retención.

La retención es obvia y sobra al res - pecto toda explicación basta solamente señalar que el - derecho de retención es como toda garantía un derecho e - accesorio de una obligación existente y no se concebirá la manera como ejercitar sin un crédito, cuya existen - cia no esté plenamente probada.

De la actualidad del crédito se des - prende una consecuencia más de que la exigencia del -- mismo debe ser exigible. En otras palabras la obliga - ción de cuyo cumplimiento pretende el retenedor a más de actual debe ser claramente exigible. A lo largo -- de este trabajo hemos hecho la observación de que el -- derecho concedido por la ley al retenedor no es más que un medio para obligar al propietario-deudor de la cosa,

a que cumpla la obligación. En consecuencia el retenedor no podría exigir en manera alguna que el deudor cumpla con un crédito que no es actual y por lo tanto sin-exigibilidad.

En resúmen: el segundo elemento que hemos tratado debe comportar características sumamente importantes, las cuales permiten el ejercicio de la retención. Esas características o notas distintivas no son otras que las de actualidad, certeza o exigibilidad -- pues, de no exigir esas condiciones mal podría hablarse de retención pues, la ley no podría proporcionar situaciones de desventaja en contra del propietario-deudor, -- pues, permitir la retención sería obligar al deudor a -- que cumpla antes de que acaezcan las condiciones necesarias para establecer la retención.

11.- EFECTOS DEL DEHECHO DE OBTENCION.-

Como observado a lo largo del estudio el derecho de retención constituye una facultad que se adquiere con el único fin de obtener el crédito.

En consecuencia, cuando se producen ciertos hechos que hacen evidente, produce ciertos efectos jurídicos. El uso de derechos y el cumplimiento de obligaciones. Hemos dividido estas obligaciones en la primera se relaciona con el acreedor, el deudor y del deudor, y el deudor. Veremos a continuación estas dos situaciones.

12.- EFECTOS DEL DEHECHO Y EL DEUDOR.-

CAPITULO - SEXTO

En este capítulo se trata de las partes de la relación jurídica que se producen tanto para el acreedor como para el deudor.

13.- EFECTOS DEL DEHECHO Y EL DEUDOR.-

Al analizar la posición sobre la cual se encuentra el deudor de retención de bienes que se encuentran en el patrimonio de acreedor real y de deudor, se debe tener en cuenta que se debe de tener en cuenta el ejercicio de la facultad de retención.

VI.-EFFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION.-

Hemos observado a lo largo del estudio que nos ocupa que el derecho de retención constituye una garantía precaria si se quiere, con el último fin de obtener el saldo de un crédito.

Ese hecho tan evidente produce ciertos efectos, que permiten el ejercicio de derechos y el cumplimiento de ciertas obligaciones. Hemos dividido este capítulo en dos partes: la primera se relaciona con los efectos que surgen entre el retenedor y del deudor, y la segunda, aquellas relaciones que nacen entre el retenedor y terceros. Vamos a estudiar estas dos situaciones separadamente.

VI.-1º.-ENTRE EL RETENEDOR Y EL DEUDOR.-

Entre estas dos partes de la relación jurídica nacen derechos y obligaciones tanto para el uno como para el otro.

a).-DERECHOS DEL RETENEDOR.-

Al enunciar nuestra posición sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención dejamos que el compartía de la doble naturaleza de derecho real y de derecho personal. Y dijimos que se trataba de derecho real por cuanto permitía el ejercicio de un poder direc

to sobre una garantía precaria, por cuanto que no le permite al propietario de la cosa disfrutar de ella mientras no le asegure el crédito, y finalmente su pago.

En consonancia el primer derecho que le cabe al retenedor es el ejercicio de la detención de la cosa. Esta facultad de retener le permite mantenerla dentro de la esfera jurídica hasta mientras tanto no se le haya pagado íntegramente el crédito.

Ese derecho de detener la cosa le permite rehusar la entrega cualquiera que fuera la presión que sobre la persona del retenedor se quiera ejercer. Solamente el hecho de la cancelación de la obligación dá lugar a que el retenedor entregue la garantía mientras tanto el ordenamiento jurídico lo asiste y lo ampara para mantener en su poder lo que retiene.

De otra parte, al estudiar las características del Derecho de Retención hemos dicho que se trata de un derecho de orden indivisible. Esto nos lleva a concluir que solamente el pago total de la deuda obligaría al retenedor a devolver el bien. Mientras tanto no podría ser obligado a devolver partes o cuotas de la cosa. Lo asiste un derecho integral sobre el bien que ha tomado en garantía e íntegramente debe mantenerlo bajo su cuidado hasta, tanto el deudor no le haya cancelado la obligación.

Como una consecuencia del derecho de retención de la cosa algunos autores consideran que al retenedor

le asite la facultad de percibir los frutos que produzca la cosa cuando esta fuera fructífera. Otros señalan que pueda tomar los frutos para guardarlo junto con la cosa retenida. Analizamos las dos situaciones:

Quienes sostienen que el retenedor puede tomar y percibir los frutos que produce la cosa, e imputar si fuera el caso el pago de la deuda invocan ante todo el derecho romano que según ellos en materia de prenda permitía al acreedor prendario imputar los frutos de su crédito al pago, agregan además, que sería muy perjudicial negar este derecho porque no habría entonces otra alternativa que dejar perecer los frutos o permitir al deudor que fuese a percibirlos que los entregue al acreedor. Lo primero sería desastrozo para el deudor e inútil para el acreedor, es decir, perjudicial al interés común. Y lo otro es contrario al interés del retenedor puesto que se haría ilusoria la retención.

Esta teoría ha sido seguida por muchas legislaciones modernas entre las que se cuentan la colombiana y la chilena, pues es teoría común entre nosotros, deducida del artículo 2428 del C.C. que si la prenda ha dado frutos bien pueden imputarse al pago de la deuda, dando cuenta de ella previamente y respondiendo por el sobrante.

La segunda tesis sostiene que el acreedor retencionario tiene la facultad de retener los frutos cuando la cosa que retiene es fructífera con idénticos poderes que la cosa principal. Agregan además que desde el momen

con el producto pague el valor del crédito. Esta facultad lo asiste como a todo acreedor, en razón del principio general según el cual todo acreedor disfruta del derecho de poner en venta los bienes de su deudor.

Lo anterior se entiende perfectamente, en el sentido de que el retenedor puede acudir a la vía judicial y obtener la cancelación del crédito, ejercitando las acciones propias del juicio de venta.

Al estudiar la naturaleza jurídica del derecho de retención hicimos la observación de que esta figura toma caracteres también de derecho personal, es decir, dá lugar a que se establezca una relación jurídica de débito y crédito que permiten al retenedor ejercitar la acción pertinente para obtener el pago de la deuda. Este derecho asiste como lo señala Vivas Mey, tal cual ocurre con todos los acreedores. Dentro de nuestra legislación y basados en nuestro artículo 2488 del C.C. que consagra la prenda general de los acreedores que les permite la ejecución de su crédito persiguiendo los bienes del deudor, diríamos que encaja perfectamente la situación del retenedor porque él al perseguir el pago median- te la venta de la garantía que retiene ha logrado satisfacer un derecho que el ordenamiento jurídico lo ha reconocido válidamente. No tendrías privilegio de ninguna clase, pero sí el derecho de cualquier acreedor para ejecutar a su deudor con el fin de que cumpla con lo que le debe.

b) OBLIGACIONES DEL RETENEDOR.

Así como le asite el derecho y facultades que le permiten al retenedor el logro final de su aspiración cual es la de obtener la cancelación del crédito, asimismo, mientras la cosa permanezca en su poder tiene obligaciones que cumplir respecto de la cosa so pena de responder por los daños y perjuicios que ocasiona

La primera obligación, la concretan algunos autores en la prohibición que se hace al retenedor de no servirse de la cosa para su uso personal. Si el derecho de retención se concreta en la facultad para el acreedor de retener la cosa hasta el pago de su crédito indica suficientemente que el retenedor no puede servirse de ella para su uso personal.

La tesis del uso personal de la cosa retenida, es parcialmente cierta por cuanto habría que considerar que la prohibición total de no usar la cosa retenida podría traer consecuencias graves a la misma cuando se trata de cosas que necesitan de un uso moderado para conservar su estado normal. La obligación a nuestro modo de ver se concretaría en la prohibición del uso y no en el abuso de la cosa. Al proponer nosotros la prohibición del abuso hemos querido señalar que el retenedor no puede ni debe disfrutar de la cosa a su antojo por cuanto que esta obligado a la postre a entregar el bien retenido en las mismas condiciones en que lo encontró al iniciar la retención so pena de pagar los perjuicios por los daños que hubiere ocasionado por el goce indebido de la garantía.

Una segunda obligación, le incumbe al retenedor y se relaciona con la restitución de la cosa cuando su crédito ha sido satisfecho totalmente. El no puede seguir manteniendo en su poder el bien porque sería dejar sin piso la facultad que le asiste al propietario del bien de recuperar la garantía que se le ha tomado hasta la cancelación del crédito.

No entregar la cosa que se retiene al satisfacerse totalmente la obligación constituiría un abuso del derecho que la ley sanciona. A este propósito tenemos que agregar que siendo el derecho de retención indivisible no se le podría obligar al retenedor a entregar la cosa por cancelaciones parciales, esto es, solamente procede la restitución cuando se haya efectuado el pago en forma íntegra.

Es importante, anotarse que debe devolverse la misma cosa que se retuvo, es decir, la especie o cuerpo cierto que el retenedor mantuvo en su poder mientras ejerció la retención pues, de no cumplirse exactamente con la cosa que se retuvo, la situación cambiaría totalmente en cuanto que surge para el propietario del bien la acción de perjuicios contra el retenedor y la de reivindicación contra terceros en el caso de que el bien haya salido de su poder.

c).-DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL DEUDOR.-

Hemos observado lo relativo al acreedor-

nos compete ahora estudiar ahora la situación de derechos y obligaciones del deudor lo cual hacemos de la siguiente manera:

Dos derechos importantes asisten al deudor o sea, al propietario de la cosa. El primer derecho es una consecuencia lógica de la cancelación de la deuda. Esto es, pagado el crédito se debe exigir, que se le restituya la cosa, este derecho le permite accionar contra el acreedor retencionario, en el caso de que este se niegue o rehuse entregarle la cosa. Es más, para nosotros no solamente tiene derecho el deudor a exigir la entrega de la cosa, sino perseguir al acreedor para que le indemnice en el caso de que se haya negado a entregarle voluntariamente el bien que retuvo como garantía.

Algunos autores consideran que el deudor está amparado por otro derecho cual es el de pedir el secuestro en caso de que el retenedor abuse del derecho. Como los derechos del deudor son correlativos a las obligaciones del retinente, aquel como lo hemos dicho puede pedir el secuestro de la cosa retenida, en el caso de que el retenedor abuse de ella.

Este derecho es cierto en nuestra legislación por cuanto el acreedor, de acuerdo a la doctrina del artículo 2419 del C.C. " es obligado a guardar y conservar la prenda como un buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por hecho o culpa suya. Nuestra legislación enseña que sobre la cosa debe-

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

./.

mantenerse el cuidado necesario para no perjudicar los intereses del deudor. Si como hemos dicho, la cosa que se retiene es una garantía precaria, también puede hacerse extensivo el principio general al acreedor retencionista. Es más, de acuerdo con nuestro código en el caso de abuso el acreedor perderá su derecho de prenda y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa. Agregamos nosotros que cuando el deudor observe el uso indebido que da el acreedor a la cosa que retiene, puede pedir que ésta pase a manos de un secuestre hasta mientras cancele la totalidad de la obligación.

Así como le asisten derechos al deudor también tiene en su contra deberes que cumplir. Tres - podríamos decir que son los deberes que le incumben:

El primero se relaciona con el pago de la obligación. Es un punto que no merece explicación mayor - por cuanto todos entendemos que quien se encuentra en relación con un acreedor tiene que saldar su deuda en su totalidad, para librarse definitivamente de la situación jurídica que lo liga.

Sin embargo, mientras el deudor no haya cancelado la obligación es obvio que tenga que dejar la cosa en poder del retenedor, por cuanto es éste el que está amparado legalmente para hacerlo. Exigir devolución de la cosa sin haber cancelado la obligación sería cometer un error y dar paso a un absurdo que el derecho no puede amparar.

Finalmente, el deudor tiene la obligación de pagar todos aquellos gastos que el acreedor hubiere realizado para mantener la cosa en su normal estado de funcionamiento, por cuanto este está obligado a conservar y cuidar la cosa como un buen padre de familia. Y si en esta conservación y cuidado tuvo que desembolsar dinero para tal efecto, es lógico que pueda exigirle al deudor devuelva todo lo que él hubiera invertido.

VI.-2º.-EFECTOS ENTRE EL RETENEDOR Y LOS TERCEROS.-

a).-CONSIDERACIONES RESPECTO A LA OponIBILIDAD DEL DERECHO.-

Ampliamente hemos dejado anotado a lo largo de este escrito que el Derecho de Retención en su esencia no es otra cosa que una facultad que tiene el acreedor de guardar una cosa en su poder hasta mientras el deudor le satisfaga la acreencia.

Se discute, si el Derecho de Retención es oponible a terceros; al efecto la doctrina discute la siguiente manera.

Para algunos autores no sería oponible a terceros precisamente para aquellos que consideran que la retención es un derecho puramente personal. Para otros

que tienen la retención como una garantía real, plena, la consecuencia lógica sería la de oponibilidad a terceros, - al respecto algún autor ha dicho: " En el pensamiento de los autores que no ven en la retención más que un derecho de naturaleza personal, sería un remedio restringido únicamente a las relaciones entre el acreedor y el deudor - que reclama la restitución inoponible a terceros."

En cambio, agrega qué " a la inversa los que juzgan que tiene las características de derecho real - las relaciones surgidas entre acreedor y deudor, serían - oponibles a los terceros".

b).-NUESTRA OPINION.-

Nosotros hemos tomado el Derecho de Retención como una categoría de naturaleza mixta que nos -- permite asegurar en esta oportunidad, que puede ser oponi- -- ble en casos restringidos. La oponibilidad no envuelve -- ría todas las circunstancias porque como hemos dicho tam- -- bién en la retención no se observa una realidad amplia -- que permita ejercitar la oponibilidad contra todos los -- terceros. Es menester indicar que el legislador al es- -- tablecer el Derecho de Retención pretendió consagrar una -- situación eficaz que le permita ventajas al retenedor a -- fin de obtener una seguridad hasta el pago de la deuda. -- Hemos dicho que se trata de una oponibilidad restringida -- porque en el supuesto caso de que la cosa retenida no -- sea de propiedad del deudor, sino de un tercero, éste, a -- nuestro juicio válidamente podría ejercer la acción rein- -- vindicatoria contra el retenedor que de buena o mala fé

ha detenido el bien en seguridad del pago. El propietario goza de los más amplios derechos y atribuciones en consecuencia no podría haberse implicado en una situación que le es ajena y que solamente por azar lo vincula con el retenedor de la cosa.

c).-A QUIENES ES OPONIBLE.-

A propósito de la oponibilidad dice el profesor Alvaro Pérez Vives " el Derecho de Retención es oponible: a) al deudor mismo; b) al adquirente de la cosa retenida; en otra forma bastaría al deudor enajenarla para eludir la respitución, esta es oponible a los casuahabientes del deudor a título universal o particular; c) a los acreedores quirografarios del deudor quienes no podrían pretender la entrega de los bienes retenidos a la cesación del derecho".

Compartimos la exposición del profesor Pérez Vives en su totalidad y al respecto encontramos que es un hecho incontrovertible que el acreedor puede oponer su derecho al deudor como también a sus herederos a título universal, puesto que estos adquieren sus derechos y lo suceden en sus obligaciones, estando sometidos por lo tanto a pagar las deudas del causante.-

Por demás lógico resulta que se acepta la oponibilidad al adquirente de la cosa retenida, pues, si el contrato se ejecutó en el momento en que pesaba la retención sobre la cosa materia de la venta, es obvio que el comprador debe atenerse a las consecuencias que resulten de su acto, porque el derecho -

no podría prohibir situaciones que revistieran una injusticia para quien tiene la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación, si no fuera oponible al comprador de la cosa retenida sería dar paso a una situación ilógica que dejaría sin piso jurídico a la relación nacida entre el deudor y el acreedor retencionista.

Finalmente es oponible también como lo sostiene el profesor Pérez Vives a los acreedores quirografarios. Conocido por todos es el hecho de que nuestra legislación civil consagra la prenda general en favor de los acreedores y en contra de los bienes del deudor. Esto nos lleva a sostener que los acreedores quirografarios deberían dirigirse primero a la ejecución de otros bienes del deudor y no a la cosa retenida. Pero entrando al caso de que solo fuera el bien retenido el único de propiedad del deudor en el caso de embargo judicial, podrían asistir los otros acreedores quirografarios para que se les pague con el producto de la venta el valor de sus acreencias pero siempre respetando el derecho que tiene el retenedor de la cosa - pues, pretender que se le adjudique, sería negar el derecho del retenedor que está en la misma situación que él. Así se explica el hecho de la concurrencia de los acreedores en caso de ser perseguido el bien retenido mediante una acción judicial. No pretendemos decir que deba ser preferido en el pago sino que debe ser satisfecho en la totalidad de su crédito.

que tienen la retención como una garantía real, plena, la consecuencia lógica sería la de oponibilidad a terceros, - al respecto algún autor ha dicho: " En el pensamiento de los autores que no ven en la retención más que un derecho de naturaleza personal, sería un remedio restringido únicamente a las relaciones entre el acreedor y el deudor - que reclama la restitución inoponible a terceros."

En cambio, agrega qué " a la inversa los que juzgan que tiene las características de derecho real - las relaciones surgidas entre acreedor y deudor, serían - oponibles a los terceros".

b).-NUESTRA OPINION.-

Nosotros hemos tomado el Derecho de Retención como una categoría de naturaleza mixta que nos permite asegurar en esta oportunidad, que puede ser oponible en casos restringidos. La oponibilidad no envolvería todas las circunstancias porque como hemos dicho también en la retención no se observa una realidad amplia que permite ejercitar la oponibilidad contra todos los terceros. Es menester indicar que el legislador al establecer el Derecho de Retención pretendió consagrar una situación eficaz que le permita ventajas al retenedor a fin de obtener una seguridad hasta el pago de la deuda. Hemos dicho que se trata de una oponibilidad restringida porque en el supuesto caso de que la cosa retenida no sea de propiedad del deudor, sino de un tercero, éste, a nuestro juicio válidamente podría ejercer la acción reivindicatoria contra el retenedor que de buena o mala fé

no podría prohibir situaciones que revistieran una injusticia para quien tiene la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación, si no fuera oponible al comprador de la cosa retenida sería dar paso a una situación ilógica que dejaría sin piso jurídico a la relación nacida entre el deudor y el acreedor retencionista.

Finalmente es oponible también como lo sostiene el profesor Pérez Vives a los acreedores quirografarios. Conocido por todos es el hecho de que nuestra legislación civil consagra la prenda general en favor de los acreedores y en contra de los bienes del deudor. Esto nos lleva a sostener que los acreedores quirografarios deberían dirigirse primero a la ejecución de otros bienes del deudor y no a la cosa retenida. Pero entrando al caso de que solo fuera el bien retenido el único de propiedad del deudor en el caso de embargo judicial, podrían asistir los otros acreedores quirografarios para que se les pague con el producto de la venta el valor de sus acreencias pero siempre respetando el derecho que tiene el retenedor de la cosa - pues, pretender que se le adjudique, sería negar el derecho del retenedor que está en la misma situación - que él. Así se explica el hecho de la concurrencia de los acreedores en caso de ser perseguido el bien retenido mediante una acción judicial. No pretendemos decir que deba ser preferido en el pago sino que debe ser satisfecho en la totalidad de su crédito.

VII.-CAMPO DE APLICACION DEL DERECHO DE RETENCION.-

DIVERSOS CRITERIOS DOCTRINALES RESPECTO DEL DERECHO DE RETENCION.-

Quizá la parte más importante del estudio que venimos desarrollando es la que se refiere al campo de aplicación del derecho de retención. En efecto, la doctrina se ha dividido en dos grandes sectores, y de ellos deducen algunos que el derecho de retención tiene una aplicación restrictiva, en tanto que otros, señalan que tiene una aplicación general. En forma amplia señalaremos los principales puntos de cada una de estas orientaciones para luego indicar cual es el sistema adoptado por el C.C.C.

a).-SISTEMAS RESTRICTIVOS.-

Dentro de los sistemas restrictivos se distinguen dos grandes criterios, que expondremos a continuación: el uno es el llamado el criterio exegetico y el otro se conoce con el nombre de sinalagmático.

VII.-1º.- a).-SISTEMA EXEGETICO.-

Los expositores han considerado que el derecho de retención solamente se aplica a aquellos

casos señalados taxativamente por la ley. Esto es, - que fuera de los que señala la norma jurídica no cabe extensión del derecho de retención a otras figuras no precisadas en el ordenamiento legal.

Quienes sostienen esta posición argumentan diciendo que la retención es una figura de índole especial revestida de una naturaleza singular, que no permite hacer extensión de ninguna clase por vía analógica. En consecuencia dicen que siendo tan especial, teniendo trato diferente no es posible de que ella pueda considerarse extendida a figuras que no estén comprendidas explícitamente en la norma y acordadas por la ley.

La doctrina anterior, ha sido desechada por un gran número de autores que la consideran una teoría injusta, el derecho de retención tiene un alcance enunciativo y no restrictivo lo cual permite que se hagan extensivas por analogía a otras figuras del ordenamiento jurídico.

El argumento que pretende la aplicación analógica del Derecho de Retención nos parece más equitativo, en cuanto que permite hacer de la institución no una figura restringida sino un sistema de doctrina general. Hemos sostenido a lo largo del trabajo que el derecho de retención no implica en forma alguna privilegio o preferencia en favor del retenedor; por el contrario habíamos dicho que en caso de embargo,

el retenedor sería considerado como cualquier retenedor quirografario. A nuestro modo de ver, sostener que la retención solamente se aplica a los casos taxativamente indicados por la ley, constituye la consagración de una injusticia porque quebranta un principio general del derecho que consagra la prevalencia de la equidad en todas las normas jurídicas.

VII.-2^a.-a_).-SISTEMA DE CONVENIO SINAGMATICO.-

La segunda variante de la llamada teoría restrictiva se conoce con el nombre de retención teniendo en cuenta los convenios sinalagmáticos como lo llaman algunos, al criterio de vínculo contractual.

Dos juristas franceses, los señores Aubry y Rau, fueron los quienes sistematizaron la variante que pasamos a explicar.

Conforme a esta teoría el derecho de retención se aplicaría no solamente a aquellas figuras taxativamente explicadas en la ley sino a aquellas situaciones nacidas todas de un convenio sinalagmático. De acuerdo a esto el derecho de retención no sería otra cosa que una garantía resultante de la voluntad o mejor del acuerdo nacido entre los dos extremos de una relación jurídica.

El pensamiento de los tratadistas franceses lo explican de la siguiente manera: " todo contrato de donde derivan obligaciones recíprocas debe en principio, ser ejecutado simultáneamente por las dos partes obligadas. En los contratos sinélagmáticos -- tiene lugar la conocida figura de la exceptio non adimpleti contractus, por lo cual, aquella parte a quien le es exigida su obligación por la otra que a su vez no ofrece cumplir la suya puede negar el cumplimiento de su obligación ".

En nuestro derecho conforme a los artículos 1546 y 1609 la excepción de non adimpleti contractus viene a equivaler a la condición resolutoria tácita que va envuelta en todos los contratos bilaterales artículo 1546.

La retención operaría en este sistema de la siguiente forma: cuando una parte está dispuesta a cumplir lo pactado puede retener aquello que va a entregar mientras la otra parte no adecúe su voluntad, esto es, mientras no esté dispuesta a cumplir con lo convenido.

Con fundamental argumento de esta tesis podría pensarse que cuando una relación jurídica que conlleva ejecución simultánea de obligaciones, implica el hecho de que el incumplimiento de una parte trae la ejecución de la otra. En otras palabras sino se cumple de una parte, la otra tiene el pleno derecho de retener

y de no cumplir lo que esta obligado mientras la primera no cumpla lo estipulado en el convenio.

Podría hacérsela la misma crítica que hicimos a propósito del criterio exegético, pues, en realidad de verdad, para quienes sostienen esta posición del derecho de retención solamente se aplica a aquellos convenios en que va envuelta la condición resolutoria. Fuera de esas situaciones, el derecho de retención no podría tener una aplicación generalizada. Con razón se pregunta un autor " desde el punto de vista de la equidad base del derecho de retención, qué diferencia puede haber entre los contratos sinalagmáticos y los unilaterales? Desde el momento en que una de las partes se niega a cumplir o por lo menos no cumple con su obligación la otra parte tiene derecho para retener el objeto que ella debía entregar, dá manera de obligar indirectamente a la otra parte a ejecutar su compromiso; esta ejecución no es ni menos importante ni menos obligatoria en los contratos unilaterales que en los contratos sinalagmáticos y la sanción debe ser la más ma".

b).- SISTEMAS EXTENSIVOS.-

En contraposición a los sistemas restrictivos ya analizados la doctrina opone los llamados sistemas extensivos que pasamos a explicar a continuación:

VII.-1^a.-b).-SISTEMA MIXTO.-

Quienes sostienen este sistema, han dicho que el derecho de retención tiene aplicación cuando la ley hace silencio cada vez que la posesión o tenencia de la cosa por el retenedor se explique por la existencia anterior de una relación contractual entre las partes y que haya correlación entre la cosa retenida y la deuda reclamada.

Esta teoría de la relación entre el crédito y la cosa ha dicho el profesor José J. Gómez R. " parece que pertenece al jurista francés Couillocerd, y consiste en que basta que haya relación entre el crédito y la cosa, o sea lo que se llamó en derecho antiguo con la expresión debitum cum re juctum , acompañada o no de contrato o cuasi-contrato".

De acuerdo a esta teoría la retención se efectuaría teniendo en cuenta dos puntos de vista - importantísimos: el primero, que el crédito del retenedor esté relacionado con la cosa y segundo que la retención tenga íntima relación a un contrato o por lo menos a un cuasi-contrato. Lo primero significa que la obligación que se exige debe haberse originado con motivo de la cosa detenida , o sea, que la causa del crédito sea la cosa y la segunda significa que respecto de la cosa retenida debe haber existido antes de efectuarse la retención una relación convencional relativa a esta misma cosa.

Esta teoría que por cierto es más extensiva que las anteriores, puede pecar por exceso en cuanto se darían figuras, en las cuales no aparecen las dos condiciones, en consecuencia nos lleva a formularle la crítica de que es una teoría contraria a la equidad y por eso algún autor al refutar los argumentos de este sistema, afirma que " cuando no hay contratos entre las partes, las relaciones entre ellos deben guiarse por un principio esencial, como que constituye la base del derecho de retención cual es el de la equidad. Este principio no permite al propietario de una cosa recuperarla sin indemnizar al tenedor por los gastos que ha hecho con motivo de esa cosa".

Nosotros agregamos si no hay contrato como podría exigirse que ese crédito conexo a la cosa, que permite la retención debe estar precedido de dos condiciones de las cuales una no se cumple porque no se cumple el contrato? Estamos de acuerdo con la crítica hecha, pues, se rompe un principio guía del ordenamiento jurídico cual es el de la equidad.

VII.-2º.-b).-SISTEMA JUDICIAL.-

Una orientación dentro de la teoría extensiva es la que se conoce con el nombre de sistema judicial. De acuerdo con esta posición, la retención se determinaría por el criterio y poder de un juez a quien se le ha sometido la decisión de una controversia. El juez para determinar si hay o no lugar al derecho de retención se asegurará antes de que tenga la posesión o tenencia de la cosa y de otra parte que exista un crédito exigible así como una relación de causalidad entre este y la obligación

del tenedor.

Este sistema acogido por un pequeño sector de la doctrina admite que el derecho de retención es aplicable a todas aquellas situaciones en las cuales existen un vínculo contractual sin la intervención de un juez. Pero cuando no existe relación obligacional activada por un convenio anterior, la controversia que se suscite acerca de la retención, debe ser dirimida por decisión judicial la cual debe establecer si hay o no derecho a ejercitar la retención.

A esa amplitud tan manifiesta de este derecho se la refuta diciendo que: " 21 derecho de retención no es una simple medida provisoria y conservatoria, entrando con este título en los poderes ordinarios del juez, sino un derecho de preferencia por lo menos un medio indirecto para un acreedor para obtener su pago mientras los demás acreedores no esten pagados o que lo esten solamente en parte, y no puede depender del juez, conceder o rechazar un derecho tan valioso siguiendo las circunstancias" .

Sin ser partidarios de los sistemas restrictivos, tampoco consideramos justo que se conceda una libertad de apreciación de las circunstancias de la autoridad jurisdiccional. En el derecho colombiano, que tan solo permite la retención en casos particulares sería peligroso esa forma de generalización de la figura que nos ocupa sino mediante la delegación que se hace al juez para que aprecie motivos y en consecuencia rechace o admita el derecho de retención. Este sistema de la liber

ted absoluta nos parece contrario a la equidad pues, todo depende del querer del juez que de acuerdo con lo que a él le parezca considerará conveniente o no decretar la retención.

VII.-3º.-b).-SISTEMA DE LA GENERALIZACIÓN.-

Finalmente dentro de los sistemas extensos de la figura, el de la llamada figura de la generalización sistema que ha sido adoptado por la gran mayoría de los autores y acogida por numerosas legislaciones en el mundo.

De acuerdo con la exposición de los diversos autores el derecho de retención nace para esta teoría, cada vez que el tenedor de una cosa, sea acreedor del propietario en virtud de una causa cualquiera con tal que no haya adquirido de mala fé. Baudry Lacantiniere ha dicho: " La fórmula del dominio de aplicación del derecho de retención es mucho más amplia que aquellas que han sido presentadas por la doctrina. La existencia del derecho de retención es independiente tanto de la excepción non adimpleti contractus y de todo vínculo contractual y cuasi-contractual entre las partes, como de la noción del debitum cum re jectum ".

Lo anterior nos lleva a sostener que el derecho de retención se aplica y en consecuencia debe aplicarse cuando existe a favor de una persona un crédito

Realmente, esto no es argumento válido para decir que la extensión del derecho de retención no se justifica en nuestro medio, por cuanto lo que se debe pretender en materia legislativa, es hacer de cada figura una verdadera institución que le permita aplicarla a los diferentes casos que se presentan. Y más en nuestro caso cuando el ordenamiento jurídico civil solo lo admite para casos excepcionales, olvidando las múltiples relaciones jurídicas que dan lugar a sin número de obligaciones que permitirían el ejercicio de la retención.

Para nosotros es más justo, más lógico y más acorde con la realidad social la teoría mantenida por quienes sostienen que el derecho de retención debe generalizarse a todos los casos en los cuales el retentor detenta la cosa de buena fé. Para sostener lo que hemos dicho nos basamos en principios como la equidad, pues, no debe preferirse solo a aquellos a quienes la ley quiera como en el caso del legislador colombiano no sino que es necesario acoger a todos, en razón del principio de la igualdad ante la ley que debe existir respecto de todos los asociados. Lógicamente no sería justo desconocerle el derecho de retención a una persona que tenga un crédito en favor del propietario de la cosa y que no haya tenido origen en una convención.

Si hemos adoptado esta solución, es preciso indicar que el casuismo del C.C. debe reformarse

se estableciendo en consecuencia una norma dentro de la cual encajen todas las hipótesis excepto aquella que se refiere al retenedor que obtiene la cosa por medio de motivaciones ilícitas.

De acuerdo a interpretaciones que se han hecho a la legislación francesa referida al tema que estudiamos, podemos sostener que el artículo 1721 de nuestro código, está conteniendo la esencia de la generalización del derecho de retención. En efecto, la norma citada expresa: "no puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato aun cuando perdida la cosa solo subsista la obligación de pagar en dinero.

Obsérvese bien la doctrina que encierra el artículo en efecto, sostiene que no debe oponerse compensación a la demanda de restitución cuando el dueño ha sido despojado injustamente de la cosa, esto es, que solamente cabe esa figura cuando se trata de una relación que no haya nacido por medio de la detención injusta de la cosa.

Si en lugar de decir, no puede oponerse compensación, dejéramos que el derecho de retención no tiene lugar cuando el propietario ha sido despojado injustamente de la cosa, habríamos llegado a un sistema

lógico, derivado de los mismos principios del C.C. ---
contenido en una sola norma y no en tantas que vienen
a desvertebrar toda una institución del derecho que --
como cualquier otra requiere el tratamiento que noso-
tros proponemos.

En efecto, en una sola norma podría-
contenerse todo el pensamiento del ordenamiento jurídi-
co, sin dar lugar a equívocos e interpretaciones erra-
das, pues, que, teniendo como base una norma tan lógica-
como la que acabamos de exponer no daría lugar a dudar,
ni al intérprete ni al estudiante del derecho.

Antes de hablar sobre la extinción del
derecho de retención hemos juzgado conveniente mencio-
nar las normas que sobre este tema consagra el Decreto
1400 de 1.970 Actual Código de Procedimiento Civil .

El artículo 339 de la obra citada pre-
cisa el momento y los requisitos para alegar el derecho
de retención la cual la ley sustancial otorga: en el-
acto de la entrega del inmueble o mueble siempre que --
no haya sido secuestrado en ese proceso (si lo fué --
antes no puede alegarlo el demandado, ni terceros y --
mucho menos el secuestre, lo último quedo claro en el-
artículo 688 del C.de P.C. pues, dice que el secuestre
no puede ejercer retención por concepto de honorarios
o gastos y ni por otra causa con lo que se eliminaron
los abusos que se cometían por personas inescrupulosas)
y que el crédito garantizado por el derecho de reten-
ción haya sido reconocido en la sentencia de cuya eje-
cución se trate pues, de lo contrario se estaría re-
planteando el litigio ya resuelto por aquella.

Por consiguiente, el demandado debe re-
convenir o proponer la excepción o siquiera pedirlo sub-
sidiariamente en el alegato de conclusión para que en la
sentencia se le reconozca dicho crédito. Cuando se tre-
te de prestaciones mutuas, de acuerdo con la jurispruden-
cia de la Corte, no hace falta reconvención ni excepción
para reconocerle al demandado el derecho a las que le co-
rresponda incluyendo en ellas los gastos y expensas de
la conservación de la cosa, pero es mejor no confiar de
que el juez las reconocerá de oficio sino pedir las en
alguna de las formas mencionadas y ojalá probarlas y
hacerlas avaluar en el proceso, para evitar el inciden-
te posterior de liquidación.

Si se cumplen los dos requisitos ante-
riores y se alega el derecho a la retención en el mo-
mento de la diligencia de entrega el juez deja al deman-
dado en poder de la cosa, hasta cuando se le pague el
respectivo crédito.

El inciso segundo del artículo 339 del
C.P.C. contempla la manera de regular su valor y como
debe pagarse; si el crédito no hubiere sido regulado en
la sentencia, (puede haberse reconocido pero in género
como mejoras y expensas de conservación sin avaluar), -
se procede a liquidarlo por el procedimiento del artí-
culo 308 del C. P.C. y esté sujeto ese demandado a pe-
dir su regulación dentro del término de un mes para que
no se demore indefinidamente el cumplimiento de la sen-
tencia. Vencido este mes, si no se formuló la solici-
tud de liquidación se procede a la entrega y se pierde

anterior código que nada decía al respecto. A nuestro modo de ver, el nuevo C. de P.C. reglamentó la retención en una forma concreta, pero no podemos negar que encierra la restricción que el C.C.C. contiene para el tema de nuestro estudio, es así como el mismo artículo 339 del C.de P.C. dice: "podrá hacerse uso del derecho de retención en los casos previstos por la ley sustancial.....". Por lo cual creemos que no necesita mayor comentario ya que queda encasillado en la contextura jurídica que hemos analizado a través de este trabajo.

EL DERECHO DE...
1952

...este momento trabajo -
... los modos de extin -
... Cuatro consideramos -
... finalizar el derecho los

... 1952

...este estudio, hemos seg
... que estudiamos con -
... cuerpo cierto - co -
... ncia, perdida -
... retenedor no se ex -
... a retener esa
... fialen. Esto no
... la obligación
... la efectividad

CAPITULO - OCTAVO

... cosa puede ser -
... el refene -
... en esa cosa. La -
... del retenedor
... prescrito
... será respons
... la cosa res -
... el propietario

VIII.-EXTINCION DEL DERECHO DE
RETENCION.-

Para finalizar este modesto trabajo -
puntualizaremos en este capítulo los modos de extin-
guirse el derecho de retención. Cuatro consideramos--
los modos más importantes de finalizar el derecho los
cuales estudiamos en su orden.

VIII.-1º.-DESTRUCCION DE LA COSA.-

A lo largo de este estudio, hemos sos-
tenido que la esencia de la figura que estudiamos con--
siste en la detentación de la cosa- cuerpo cierto- co-
mo garantía de un crédito. En consecuencia, perdida -
y destruida la cosa en manos del retenedor no se ex-
tingue la obligación pero sí el derecho a retener esa
cosa ,pues, a desaparecido del mundo físico. Esto no
obsta para que el retenedor pueda alegar la obligación
y probarla por otros medios para lograr la efectividad
del crédito.

La destrucción de la cosa puede ser-
obra del caso fortuito y cuando ello ocurre el retene-
dor pierde el derecho a la tenencia de esa cosa. Ha -
bría que analizar si se pierde por culpa del retenedor
si ocurre esta eventualidad de acuerdo a lo prescrito
en Título XIX que hace parte del Libro IV será responsa-
ble cuando se halle en mora de entregar la cosa re-
tenida y por consiguiente deberá indemnizar al propieta-
rio por los perjuicios que le cause.

Pero en el caso de no encontrarse en mora de entregar la cosa porque no le ha sido cubierto el crédito, creemos que cuando ocurra la pérdida podría haber una especie de compensación hecha las deducciones necesarias - pues, de qué le valdría al retenedor mantener una cosa en su poder, si luego se le va a exigir que indemnicar los perjuicios cuando ha salido de su poder sin encontrarse en mora de tenerla. La solución justa sería aplicar la figura de la compensación tasando los valores tanto del crédito como de la cosa que se debe y haciendo las deducciones cuando la cosa valga más que el crédito no solucionado.

V III.-2º.- EXTINCIÓN DEL CRÉDITO.

Es natural y por demás obvio que una vez solucionado el crédito desaparezca el derecho de retención. Basados en el principio de que lo accesorio sigue la suerte de la obligación principal podemos decir que solucionada la obligación o el crédito no se justifica por más tiempo la garantía. En consecuencia el derecho de retención tiene que desaparecer.

Dentro de los modos de extinguir las obligaciones que establece el C.C. se lee en el artículo 1625 que uno de ellos es la solución o pago. Si esta es la doctrina que informa la legislación, pagado el crédito, esto es, extinguida la obligación, debe desaparecer el derecho de retención y por lo tanto el acreedor debe entregar inmediatamente el objeto retenido,

So pena de pagar los perjuicios ocasionados por la mora en entregar la cosa.

VIII.-3º.-RENUNCIA DEL ACREEDOR.-

De acuerdo con el artículo 15 del C.C. "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que solo miren el interés individual del renunciante y con tal que no este prohibida la renuncia".

Conforme a la norma pueden renunciarse todos los derechos que contengan un interés particular lo cual nos lleva a indicar que el derecho de retención, solo mira el interés de una persona o sea el acreedor retencionista.

La cuestión se debe mirar desde un doble aspecto ; el primero, tiene que ver con la renuncia al crédito que originó la retención. Si se renuncia la obligación principal por ello se esta renunciando a ejercer la retención sobre la cosa. Equivale a aplicar el principio de que la suerte de lo principal acarrea la misma para lo accesorio. De acuerdo con el segundo supuesto pueden renunciarse a ejercer el derecho a retener la cosa que sirve como garantía del crédito, pero no renunciarse al crédito que originó la obligación principal; en este supuesto hay una renuncia de lo accesorio que en ningún momento implica renuncia de lo principal, lo cual permite que el acreedor pruebe la existencia del crédito por otros medios diferentes y logre en cualquier caso, ejercer la facultad que le permite el artículo 2488 del C.C. , para perseguir todos los bienes del deudor-

sean presentes o futuros, muebles o inmuebles excepto los
no embargables.

VIII.-4o.- FOR ADQUIRIR EL DOMINIO DE LA
COSA.-

Finalmente existe otro modo de extinguir la
retención cuando el acreedor retencionista adquiere la pro-
piedad de la cosa. En efecto, adquirida la cosa en propiedad
mal podria hablarse de derecho de retención por cuanto las -
situaciones han cambiado notablemente ya que el retenedor --
de simple detentador de la cosa, se convierte en amo y señor
de la misma pudiendo ejercitar sobre el bien todas las facul-
tades que se estan concedidas al propietario de acuerdo al -
artículo 669 del Código Civil.

Real. de Instrucción de la Universidad Externado-
de Colombia, 1902, pag. 304.

6to. tomo de "Tratado de Derecho civil Chile"
de J. Valdivia, editado por Villal y D. Santiago de Chile,-
Irrereta, 1916, pag. 1416.

Código Civil de Chile, editado por Ortega Torres, Edición ac-
tualizada, 1916.

6to. tomo de "Curso elemental de dere-
cho civil", de la última edición francesa y con
notas sobre el derecho civil español por Demófilo de Buen,
Madrid 1925.

Carta Suprema de Justicia. Concepción, 27 de Octubre de 1938
Gaceta Judicial, 1938, pag. 51.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Aubry y Rau . "Cours de Droit Civil Francais", Edition 4, Tomo III París, 1869.
- 2.- Baudry Lacantineire. "Presis de Droit Civil Contenant dans une premiere parti Onzieme Edition avec la Collaboration de G. Cheneenz, T,II.
- 3.- Bonnecase,Julien. "Elementos de derecho civil", traducido por el Licenciado José M. Mojica, Mejico.Edit.José M.Mojica, 1.945.
- 4.- Carrejo,Simón. "Derecho civil II curso" Bienes-Derechos reales, Edit. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.E. 1.962, pag.304.
- 5.- Claro Soler, Luis."Explicaciones del Derecho civil Chile-no y Comparado".Tomos VII-VIII y IX. Santiago de Chile,- Imprenta Nascimento 1.936.
- 6.- Codigo Civil Colombiano. José Ortega Torres, Edición actualizada. Edit. Bogotá.
- 7.- Colin, Ambrosio y Capitan, Henry. "Curso elemental de derecho civil". Traducido de la última edición francesa y con notas sobre el derecho civil español por Demófilo de Buen, Madrid 1.925.
- 8.- Corte Suprema de Justicia. Casación, 27 de Octubre de 1.938 Gaceta Judicial XIIIV pag. 51.

- 9.- Corte Suprema de Justicia Casación de 26 de Mayo de 1.929. Gaceta Judicial XLIV pag. 316.
- 10.- Enneccerus, Dudwing. "Derecho de Obligaciones" Traducción de la 35ª Edición Alemana con estudio de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez G. y José Alguer V. Barcelona 1.933.
- 11.- Fabres, José Clemente. "Instituciones de Derecho Civil Chileno II Edición corregida Tomo II", Santiago de Chile, 1.902.
- 12.- Giorgi, Jorge. "Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno". Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia Italianas, Francesas y Alemanas.- Madrid 1.909.
- 13.- Gomez, José J. "Derecho Civil Curso II Bienes" Edit. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia Bogotá, 1.964.
- 14.- Hinestroza, Fernando. "Derecho Civil Obligaciones" -- reimpresión Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1.964.
- 15.- Joserand, Louis. "Derecho Civil de la propiedad y derechos reales" revisado y completado por Andrés Brum, traducción de Santiago Cunchillos y Matirolo, Buenos Aires.

- 16.- Perez Vives, Alvaro. Teoria General de las Obligaciones". Segunda Edición V.III , parte II. Clasificación efectos, trasmisión y extinción de las obligaciones.- Edit. Temis, Bogotá 1.955.
- 17.- Planiol y Ripet. Tratado Practico de Derecho Civil Francés, Traducción española del Dr. Eduardo de Riverendt - Brusene. Edit. Cultural S.A. La Habana 1.946 Tomo VI , pag. 1.005
- 18.- Echandía Devis, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Tomo III, Segunda Edición. Edita B C. Bogotá 1.973.
- 19.- Schom ,Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado. historia y sistema 17ª Edición ,Madrid, 1.928.
- 20.- Valencia Zea, Arturo "Derecho Civil" Edit. Temis Bogotá 1.973.

I N D I C E

Introducción	1
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO

I.- NOTICIAS HISTORICAS

I.1.-	En el Derecho Romano.	3
I.2.-	En el Derecho Germánico.	6
I.3.-	En el Derecho Francés.	7
I.4.-	En la Legislación Colombiana.	10

CAPITULO SEGUNDO

II.- CONCEPTO DEL DERECHO DE RETENCION - CLASES

II.1.a.-	Concepto clásico.	12
II.2.a.-	Concepto jurídico.	13
II.3.a.-	Definiciones.	14
II.1.b.-	Derecho de Retención Legal.	16
II.2.b.-	Derecho de Retención Excepcional.	17
II.3.b.-	Derecho de Retención General.	17
II.4.b.-	Derecho de Retención Convencional.	18

CAPITULO TERCERO

III.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION

III.1.	El Derecho de Retención es derecho - real.	21
--------	---	----

III.2. -	El Derecho de Retención es un derecho personal.	23
III.3.-	El Derecho de Retención es una categoría intermedia.	25
III.4.-	Nuestro concepto.	27

CAPITULO CUARTO

IV.-	<u>CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE RETENCION</u>	
IV.1.-	La retención constituye un derecho - accesorio.	31
IV.2.-	El Derecho de Retención es indivisible.	32
IV.3.-	El Derecho de Retención no es un derecho preferente.	34
IV.4.-	El Derecho de Retención no concede - derecho de persecución.	36

CAPITULO QUINTO

V.-	<u>ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO DE RETENCION</u>	
V.1.-	Tenencia de la cosa.	39
V.2.-	Existencia de un crédito.	41

CAPITULO SEXTO

VI.-	<u>EFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION</u>	
VI.1.-	Entre el retenedor y el deudor	44

VI.1.a.-	Derechos del retenedor.	44
VI.1.b.-	Obligaciones del Retenedor.	49
VI.1.c.-	Derechos y obligaciones del Deudor.	50
VI.2.-	Efectos entre el Retenedor y los - terceros.	53
VI.2.a.-	Consideraciones respecto a la ope- nibilidad del derecho.	53
VI.2.b.-	Nuestra Opinión.	54
VI.2.c.-	A quienes es oponible.	55

CAPITULO SEPTIMO

VII.-	<u>CAMPO DE APLICACION DEL DERECHO DE RETENCION</u>	
	a.- Sistemas restrictivos.	57
VII.1.a.-	Sistema Excepcional.	57
VII.2.a.-	Sistema de convenio Sinalagnático	59
	b.- Sistemas extensivos.	61
VII.1.b.-	Sistema Mixto.	62
VII.2.b.-	Sistema Judicial.	63
VII.3.b.-	Sistema de la Generalización.	65
VII.4.b.-	Nuestro criterio.	66

CAPITULO OCTAVO

VIII.-	<u>EXTINCION DEL DERECHO DE RETENCION</u>	
VIII.1.-	Destrucción de la cosa	73

VIII.2.-	Extinción del crédito.	74
VIII.3.-	Renuncia del acreedor.	75
VIII.4.-	Por adquirir el dominio de la cosa .	76

.....

BIBLIOGRAFIA.-	77
----------------	----

AN

T

19536

D346

V761

Ej.1.

Villota Meneses, Flavio

El derecho de retención VENGE
frente a la legislación colombiana

NOMBRE

[Handwritten signature]

No. del Carnet

NOMBRE

Arley Muñoz

No. del Carnet

NOMBRE

Janeth Burbano

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

AN

T

D346

V761

Ej.1.

19536