

DERECHO DE RETENCION

SUMARIO.

- I. Introducción.
- II. Regulación del Derecho de Retención:
 - II.1. La Tipificación o caracterización del Derecho de Retención.
 - II.2. Derecho de Retención y Privilegio.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de retención constituye un instituto jurídico que confiere a los ingenieros durante el ejercicio profesional una herramienta eficaz a los fines de alcanzar el cobro de los montos que adeude su comitente por la realización de una obra.

Permite mantener la cosa bajo su poder, circunstancia esta que pone en funcionamiento el mecanismo previsto por la ley y que más adelante trataremos. Por otro lado este detentar la cosa bajo su orbita confiere al retentor la facultad de cobrar su acreencia como requisito previo a la devolución de la cosa.

Ahora bien, se nota en quienes pueden ser titulares de este derecho una falta de conocimientos respecto de las particularidades legales de defensa de la retención, quizás por la currícula de la carrera de ingeniería o por desconocimiento en razón de no ser su ocupación principal saber de derecho, sino, por el contrario conocer de técnicas ingenieriles o por una preocupación natural, derivada de la responsabilidad personal y profesional en sacar la obra adelante.

Esta circunstancia se ha materializado en resultados adversos toda vez que han debido ceder a una intimación judicial ante una mera orden, sin ejercitar su derecho de defensa, y así devolver la cosa retenida, sin cobrar lo que se le adeudaba perdiendo el derecho o siendo burlado el mismo ya que al acceder a la devolución está reconociendo en el comitente la validez de la argumentación por la cual el juez ha fallado..

El instituto reconoce una serie de etapa que deben conocerse, y cuyo tratamiento abordaremos a continuación:

1. Actos previos a la Retención.
2. Iniciación de la Retención.
3. Comunicaciones que deben cursarse una vez retenida la cosa.
4. Restitución de la cosa y recibos que deben extenderse probatorios de la devolución de la cosa y el cobro correlativo.
5. Posibilidad de convenir anticipadamente la retención de la cosa.
6. Cese de la Retención.
7. Acumulación del beneficio de retener la cosa con otros o con determinadas prioridades o privilegios legales.
8. Transferencia de la Retención a terceros sucesores del titular originario de la retención.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN.

II.1. La tipificación o caracterización del Derecho de Retención.

La encontramos en el Código Civil, Libro Cuarto: “De los Derechos Reales y Personales. Disposiciones comunes”. Sección Segunda: “Concurrencia de los Derechos Reales y Personales contra los bienes del deudor común.” Título 2: “Del Derecho de Retención.” Artículos 3.939 al 3.946 inclusive.

A lo largo de estos ocho artículos el codificador regula la figura de la Retención, estableciendo las situaciones que el régimen puede presentar en el ejercicio del derecho. En efecto el artículo 3.939 reza: “*El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa*”.

Es requisito esencial, de la lectura del texto normativo surge indubitable, que la deuda sea consecuencia de “esa misma cosa”. Vale decir, tenemos la cosa y una deuda que se genera por intervención de un tercero sobre la misma cosa.

En nuestro caso la cosa es una obra, la ejecución de una obra, nos encontramos frente a un contrato de locación de obra y, con motivo de los trabajos que demanda alcanzar su construcción, se genera una deuda, por diferentes razones.

Se trata de una situación particularísima, especial, toda vez que la regla que impera en cualquier otra circunstancia obedece al principio que nadie puede arrogarse per se un derecho real sobre una cosa sino median una ley previa que reconozca esta facultad u otra convención en idéntico sentido.

La nota al artículo 3.939 tercer párrafo afirma: “la retención es el ejercicio del derecho natural que nos permite mantenernos en el estado en que legítimamente nos encontramos. No basta que el poseedor de la cosa de otro tenga un crédito contra el propietario de esta cosa, para que goce del derecho de retenerla.

Es preciso, además, que su crédito se refiera a la relación existente entre él y el propietario; es decir que la obligación de este haya nacido por ocasión de la cosa: que ella sea correlativa a la obligación que tiene el poseedor de restituir la cosa que detiene.”

Si bien compartimos el sentido, la argumentación que Mourlon hace en la nota citada y que sirve al codificador para esgrimir la justificación de la inclusión de esta figura jurídica en el articulado del código, debemos diferenciarnos de este en cuanto adopta la voz posesión de la cosa, entendemos modestamente que quien detenta o pretende retener la cosa no es un poseedor en sentido estricto desde el punto de vista jurídico.

Es el mismo código quien nos aporta claridad a ello al caracterizar la posesión, artículo 2.351, cuando dice: “habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por si o por otro, tenga una cosa bajo su poder, *con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad*” .

Está claro que, para el caso de aplicación que nos interesa, el Ingeniero no posee con ánimo de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad, sino que lo hace en virtud de un contrato de locación de obra.

Es decir *tiene* la cosa con motivo de realizar una tarea técnica en ella, la obra. Salvo que entendamos poseer en sentido lato, amplio tal como lo sostiene el Código francés artículo 2228: La posesión es la tenencia, o goce de una cosa o de un derecho que tenemos, o que ejercemos por nosotros mismos, o por otro que lo tiene y ejerce en nuestro nombre.”

Sin dudas que adscribimos a la postura de Troplong, ver nota al 2.351 que dice: “el Código (francés) toma la posesión en el sentido más general, y en su elemento más simple, es decir, es el primer grado.” Debemos decir también que esto es reconocido por el codificador cuando reconoce que “La definición del Código Francés no es contraria...pues el define los que regularmente se llama posesión natural y, nosotros definimos la por lo común se dice posesión civil.”

Es decir que, deberemos distinguir en la posesión dos posibilidades: a. Posesión natural, amplia en significación y b. Posesión civil, estricta en caracterización.

De todos modos, correlacionando lo expresado con lo normado en el 2.373 referido a la adquisición de la posesión, sería cuando el ingeniero entra en contacto con el terreno, por ejemplo, donde debe realizar los trabajos de construcción de una obra, tampoco estaríamos frente a una posesión estrictu sensu. Efectivamente la letra del 2.373 regula: “La posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa *con la intención de tenerla como suya...*”

El texto nos exime de mayores comentarios y permite una afirmación: la redacción, caracterización del requisito poseer la cosa, para poder ejercer el derecho no resulta del todo acertado. Con las observaciones efectuadas podemos señalar ahora que tres son las condiciones que deben cumplimentarse para recién poder ejercer las facultades que se derivan del Derecho de Retención.

1. El locador, contrato de locación de obra, o sea el constructor *tiene* la cosa entregada por el titular del derecho real de propiedad, con la única finalidad de realizar trabajos que materialicen la obra para la que fue contratado. El no pago de los montos estipulados en el contrato de locación por parte del comitente, forma parte de una contingencia en la vida del mismo (del contrato) y no es lo que se tiene en mira al aceptar la ejecución de la obra.
2. La obligación de pago por parte del comitente, locatario, del precio establecido en el contrato de locación de obra respecto del locador que *tiene* la cosa en su poder al solo efecto de realizar trabajos anticipadamente establecidos. Es esta relación contractual la que genera en uno tener la cosa y en otro abonar las sumas convenidas. No es la posibilidad de cambio en la titularidad del dominio lo que hace al constructor poseedor.

3. Precisamente de ambos extremos nace el requisito de *conexión* entre la cosa retenida y la acreencia que tiene el Profesional contratado para hacer la obra. Esta es la naturaleza del crédito y no otra, si por ejemplo se diera que mientras el constructor ejecuta los items que integran la obra que debe realizar nace una acreencia de otro carácter diferente al contrato de locación, a pesar de estar realizando trabajos en la cosa al mismo tiempo o contemporáneo a esta nueva acreencia, ella no lo faculta para ejercer el Derecho de Retención sobre la cosa ya que esta, la acreencia, es ajena a la relación nacida del convenio suscrito.

De cualquier manera cabe señalar que en sustancia el Derecho de Retención se constituye sobre la cosa, esta forma instaaura o crea sobre el derecho de propiedad una restricción de tal magnitud que de ser pleno pasa a resultar menos pleno ya que deja de ser garantía de primer orden el bien, además de que si el titular de la cosa pretende enajenarla está obligado a respetar el ejercicio que la ley otorga al retentor.

La cosa en este caso de venta pasa al nuevo titular o adquirente con la carga que significa estar sometido al régimen de retención del artículo 3939. Esta carga impone como cuestión previa, una condición al nuevo propietario, la obligación de satisfacer la acreencia del anterior titular, a quien la retiene.

Este requisito esencial del régimen retentorio tiene fundamento además en el artículo 3.940 del Código Civil que establece: *“Se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda aneja a la cosa detenida, haya nacido por ocasión de un contrato, o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella.”*

El análisis del texto está imponiendo como requisitos esenciales al funcionamiento del régimen de la retención dos aspectos a ser atendidos: 1. la condición de que la deuda emerge como consecuencia de un actuar sobre la cosa y 2. que esa deuda resulte de un efecto de un contrato, aún más, no solo de un contrato, sino que el legislador amplía el criterio hasta el límite de requerir que puede nacer de un hecho, entendido este como causa productora de derechos, vale decir como generador de obligaciones.

La obra en el caso que nos ocupa, al realizarse sobre un terreno propiedad de otro y consecuencia de un contrato de locación de obra genera el derecho a retener por falta de pago del comitente toda vez que cumple los extremos del 3940, la deuda es consecuencia del contrato y nació como una derivación del mismo.

II.2. Derecho de Retención y Privilegio.