



JURISPRUDENCIA

NATURALEZA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Extracto de una sentencia de fecha 19 de diciembre de 1959, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de que fue ponente el Magistrado Dr. Gustavo Fajardo Pinzón, Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Habiéndose limitado la ley a establecer para ciertos casos, como son los de los artículos 859, 970 y 1.995 del código civil y 3º (ordinal f) de la ley 100 de 1944, el derecho de retención, sin organizar sobre la materia un sistema de reglas especiales, toca a la jurisprudencia orientarse en este campo por medio de los preceptos que regulen materias semejantes, en cuanto sean compatibles con la finalidad de la retención y con el ser de los derechos a que ésta accede.

Entendida la retención como el derecho en virtud del cual, el que tiene una cosa que debe a otro, está por ley autorizado para detenerla en su poder mientras que por el acreedor a su entrega no le sea satisfecha o asegurada al primero una deuda causada en relación con la misma cosa —*creditum cum re junctum*—, es incuestionable que tal retención, como simple medida coactiva que por ministerio de la ley tiene el retenedor en procura del pago de su crédito, no puede conferirle el poder de disfrutar de la cosa, lo que implicaría un abuso.

Pero, si el derecho esencial del retenedor como tal, consiste en la facultad de rehusar la restitución de la cosa en tanto que no se le satisfaga o asegure el pago de su respectivo crédito, dadas la indivisibilidad que tal derecho ostenta y la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es entonces lógico que haya de atribuirse al retenedor el derecho de percibir los frutos

de la cosa, no para hacerlos suyos, sino para ejercer sobre ellos el mismo derecho de retención. Si así no fuera, no habría otra alternativa que la de dejar perecer los frutos, sin provecho para nadie, lo que sería contrario a la economía general, o dejar que el propietario o destinatario de la cosa éntre a percibirlos, lo que haría ilusorio el derecho de retención, pues que el dueño o destinatario, al ejercer sobre el bien las ventajas de su goce, además de estorbar al retenedor en el ejercicio de tal derecho, no tendría estímulo alguno para procurar el pago de la deuda a favor de éste. Y tales conclusiones encuentran su respaldo en la aplicación por analogía de los artículos 2.420 y 2.333 del código civil, el primero de los cuales enseña que "El acreedor no puede servirse de la prenda sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario"; y el segundo de los cuales reza en su última parte "La cosa depositada debe restituirse con todas sus accesiones y frutos". Lo cual coincide con la primera parte del artículo 2.428 ibidem sobre prenda, que dice: "El acreedor es obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo".

Pero, no sería pertinente aquí la aplicación por analogía que, según el acusante, ha debido hacerse de la última parte del mismo artículo 2.428, conforme a la cual "Si la prenda ha dado frutos podrá (el acreedor) imputarlos al pago de la deuda, dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante", porque esta facultad, dado su carácter excepcional para el caso de la prenda, no admite ser aplicada extensivamente al de retención y porque, aunque así no fuese, el pasaje legal últimamente citado apenas consagra un derecho facultativo para el acreedor prendario, como es el de poder imputar los frutos al pago de la deuda, pero no una imposición forzosa, pues el acreedor no está obligado a recibir en pago cosa distinta de la que se le debe, ni a recibir por partes la prestación (Arts. 1.627 y 1.649 ibidem); y tampoco en este debate se ha planteado el hecho de que el retenedor demandado señor Buitrago haya optado por imputar los frutos de los bienes retenidos al pago de su crédito por valor de mejoras, lo que sería un hecho nuevo en casación.

Considerando esta cuestión, hizo el Tribunal (1), entre otras afirmaciones, las siguientes: "El contrato celebrado entre los se-

(1) El Tribunal en referencia es el de Pereira, en sentencia de que fue ponente el Magistrado doctor Enrique López de la Pava.

ñores Nieto y Buitrago expiró el 19 de marzo de 1952... El régimen contractual se extinguió con el vencimiento del plazo estipulado, lo cual implica que el señor Buitrago no podía continuar teniendo las fincas ni disfrutando de ellas con base en el contrato ameritado... El juicio de lanzamiento finalizó con sentencia en que de una parte se ordena a Buitrago entregar las fincas al señor Nieto y en que de otro lado se condena a éste a pagar el valor de unas mejoras y se otorga al mismo Buitrago el derecho de retener esos predios hasta cuando se le cubra ese valor de mejoras... De acuerdo con esto, el demandado Buitrago no tiene hoy las fincas en razón del contrato celebrado con el señor Nieto, porque esa convención se extinguió y ya no existe, sino en virtud del derecho de retención que se le otorgó en la sentencia referida. El régimen vinculatorio entre Nieto y Buitrago figura establecido ahora, no por un contrato, sino por el fallo que puso fin al juicio de lanzamiento. Conforme a ese régimen, estos señores son simultáneamente acreedores y deudores el uno del otro, así: Nieto es acreedor de Buitrago por la restitución de los predios y deudor del mismo por el valor de las mejoras, y Buitrago es acreedor de Nieto por este valor de las mejoras, y Buitrago es acreedor de las mismas fincas".

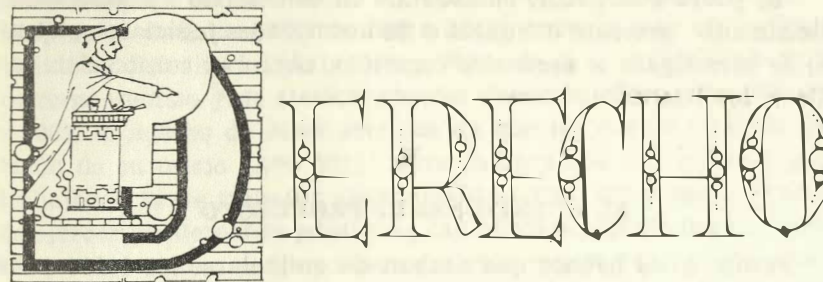
Luego de hacer un extenso análisis del derecho de retención, en que se propugnan las mismas ideas atrás consignadas, resume el sentenciador toda su disertación sobre la materia en las siguientes proposiciones:

"a) Los frutos de la cosa sujeta a un derecho de retención pertenecen al dueño de ella y no al retenedor. b) El retenedor puede percibir esos frutos y conservarlos en su poder en ejercicio del derecho de retención hasta que le sea pagado su crédito. c) El retenedor está obligado a dar cuenta de los frutos y a restituirlos con la cosa retenida al extinguirse el derecho de retención". Y luego concluye así:

"...Teniendo en cuenta los principios antes anotados, fácil es comprender que, gozando el señor Buitrago de un derecho de retención sobre los fundos dichos y extendiéndose tal derecho a los frutos producidos por los mismos, no se puede obligar a este demandado a pagar en dinero ni a restituir en especie tales frutos mientras a él no se le cubra el valor de su crédito por mejoras. El señor Buitrago está ciertamente obligado a restituir o a pagar los frutos que haya percibido y que puede percibir en las fincas

que retiene, pero el cumplimiento de esa obligación no se le puede exigir sino cuando, extinguido el derecho de retención por el pago de su crédito por mejoras, deba restituir al señor Nieto esos predios con los dichos frutos. Mientras el demandante Nieto no le cubra al señor Buitrago la deuda por mejoras, no puede exigirle a éste la restitución de las fincas ni el pago de los frutos percibidos en ellas. Esto significa que la declaración que sobre este particular se impetra en la demanda es prematura, es decir, que se ha formulado antes de tiempo, porque no hay prueba de que haya cesado el derecho de retención que se le otorgó al demandado Buitrago. . .”

Todo lo expuesto hace patente que el sentenciador no violó en ninguno de los sentidos que el recurrente indica los mencionados artículos 8º de la Ley 153 de 1887, 2.428 y 1.995 del Código Civil, por lo cual se declara improcedente el cargo.



Un grave vacío del Código Penal Colombiano

LA SUSTRACCION DE MENORES NO ES DELITO DE SECUESTRO

Por LUIS CARLOS PEREZ

Respuesta a una consulta

I

LOS HECHOS

En sentencia del 25 de julio de 1958, el Juzgado de Menores otorgó a don Antonio Fernández la “**guarda definitiva**” de Julio José Fernández, de cuatro años y medio de edad, nacido del matrimonio católico que el citado señor contrajo con la señora Mariana Estévez de Fernández. El mismo fallo señaló el día y la hora para que la madre vencida en el juicio visitara a su hijo, en la casa del padre guardador, o en el lugar que éste designara.

Desde la ejecutoria del fallo, don Antonio Fernández tenía al menor en su casa de habitación, ubicada en el barrio de Santo Domingo, hasta que el 1º de agosto del año en curso, doña Mariana, aprovechando la oportunidad de una de las visitas que periódicamente hacía a su hijo, y con la colaboración de otras personas, lo sustrajo contra la voluntad de quienes momentáneamente vigilaban al menor, y, desde luego, contra el querer de su padre. Según parece, la autora de la sustracción del niño Julio José Fernández Estévez, se encuentra fuera del país, con el citado hijo, a pesar de todas las providencias administrativas que se tomaron tratando de impedir la salida.