

Tratamiento del *Ius Retentionis*. A favor de un mayor contenido y alcance, desde el régimen constitucional de los bienes de rendimiento económico

*Approach of the Ius Retentionis.
In favor of a greater content and
range, from the constitutional regime
of economical outpot goods.*

por

FRANCISCO DE LA TORRE OLID
*Catedrático de Derecho Civil
Universidad Católica de Murcia*

RESUMEN: El derecho de retención se aborda desde una útil relación de supuestos, asumiendo la sobretutela a favor de la persona que soporta mayor onerosidad y explicando la necesidad de un tratamiento integrador que legitime una trascendencia real, aun cuando el derecho del que traiga causa sea de carácter meramente crediticio; generalizando otros contenidos que, además y antes de un *ius distrahendi*, sean favorables a un uso ajustado a la naturaleza de la cosa y a su rendimiento económico y social.

*ABSTRACT: The retention right can be tackled from its useful roster of assumptions, assuming the overprotection in favor of the person which bears the bigger burden and explaining the need of a conciliatory treatment that legitimizes a real significance, even when this Right implied only a simply credit cause; applying indiscriminately other contents that, besides and before of the *ius distrahendi*, are in favor to an adjusted use of the issue's nature and its own economic and social yield.*

PALABRAS CLAVE: *Ius retentionis. Detención. Posesión. Garantía. Administración. Disposición.*

Key Words: *Ius retentionis. Hold. Possession. Guarantee. Management. Disposal.*

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—II. EL *IUS RETENTIONIS* DESDE UNA VISIÓN PANORÁMICA EN EL CÓDIGO CIVIL, SUPUESTOS Y ARGUMEN-TACIÓN COMPARADA.—III. RAZONAMIENTO PARA OBJETIVAR EL CRITERIO LEGITIMADOR DEL *IUS RETENTIONIS* QUE CONTRIBUYA AL TRATAMIENTO UNIFICADOR DE LA FIGURA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PREÁMBULO

Desde estas líneas se propugna la necesidad de contemplar el derecho de retención (*ius retentionis*) en su fundamentación y eficacia jurídica, yendo de su principio a su proyección. Con este fin, es conveniente localizar y relacionar las distintas situaciones jurídicas en las que se presenta este supuesto, no solo a efectos de elaborar un mero inventario sino para, lejos de resignarse ante una falta de tratamiento unitario de la figura, averiguar la naturaleza jurídica de tal titularidad y la razón que lo justifica, profundizando a la vez en su contenido y alcance. Ciertamente, ante relaciones contractuales, hay que asumir la necesaria compensación o sobretutela a favor de la persona que soporta una mayor onerosidad; por otra parte, en materia de derechos reales, se debe valorar la posesión de la cosa ajena y, frente al titular real dominical o preferente, entender esa garantía de cobro que merece el tenedor, en un particular derecho de prenda o en un general derecho de posesión, para que tenga garantizada la compensación por los costes de la tenencia. Sin embargo, la temática no se agota en este tratamiento integrador sino que debe completarse con la solución de ciertas cuestiones dudosas relativas a la naturaleza jurídica, cuando se debate sobre su

trascendencia real desde la mera titularidad crediticia, y algunas otras referidas al contenido del derecho, si no es específico considerar algunas facultades como el *ius distrahendi*, en el que goza desde la mera titularidad crediticia de una tenencia en concepto de prenda; o si se alcanza a entender una titularidad real pero debilitada a favor del adquirente en negocio fiduciario.

El presente estudio aboga por reconocer el contenido amplio del derecho de retención, según una interpretación extensiva permitida por el Código Civil que es particularmente apropiada, incluso necesaria, en un marco constitucional y en el contexto de un mercado, que requiere una dinámica en el tráfico de los bienes de rendimiento económico para servir a su naturaleza, su función económica y, desde luego, su rentabilidad social¹, a través de actos de administración y de disposición, en la gestión fructífera y en la realización de valor.

II. EL *IUS RETENTIONIS* DESDE UNA VISIÓN PANORÁMICA EN EL CÓDIGO CIVIL, SUPUESTOS Y ARGUMENTACIÓN COMPARADA

De forma particular y advertidos de la situación de resistencia (en el hecho mismo de la retención) que esta figura inspira conviene razonar primeramente sobre lo que no debe ampararse ni entenderse como *ius retentionis*. Debe ser descartado todo abuso de derecho, al igual que se debe evitar entender que con este derecho se concede un privilegio, considerándose importante esta advertencia preliminar ya que a lo largo del estudio se va a motivar a favor de un reconocimiento amplio de facultades para servir a la confianza y eficacia de esta institución como garantía. Por ello va a resultar preciso el equilibrio entre un generoso contenido que ha de ser propio y la proscripción de un exceso que incurra en abuso. De la misma manera, hay que avisar contra el privilegio en tanto este, entendido en sentido amplio, debe ser rechazado desde el referente fundamental de la igualdad; sin embargo, a los efectos de este estudio, habrá que matizarlo puesto que es posible hablar de un crédito privilegiado, en particular en la concurrencia créditos cuando haya que entender la preferencia de los que cuentan con garantía real.

Por tanto, el que ejercita la retención no puede hacerlo incurriendo en un abuso de derecho, que acabaría siendo rechazado de plano por el Ordenamiento Jurídico (art. 7 del Código Civil), por lo que se deduce y se puede afirmar con rotundidad que decaería en su legitimidad aquel que retuviera de forma abusiva. En consecuencia, toda actuación que implicase esa prórroga en la detención de una cosa, que es lo que debe sugerir este *ius retentionis*, deberá encontrarse al amparo de una norma o con causa negocial suficiente. En caso contrario constituiría una contravención jurídica, susceptible de calificación quizás incluso de tipo penal por deslealtad en la administración o por apropiación indebida; o bien constituiría un supuesto que, sin base negocial, por carente de causa,

podría provocar un enriquecimiento injusto (prohibido de forma expresa y con carácter general en el artículo 1901 del Código Civil). Bien es verdad que una necesaria sensibilidad social ha de compadecerse, abarcando en esta visión general el tráfico inmobiliario, ante una retención forzada por un estado de necesidad y como reacción, por ejemplo, a un desalojo aunque, desde luego, debe considerarse que la resistencia a una orden judicial de desahucio no es la solución al problema y, por ende, sí pueden entenderse justas las medidas legales que han venido a favorecer a personas en riesgo de exclusión o que soportan especiales condiciones y que merecen ser mantenidas en su posesión².

Todo ello, excepción hecha de la situación posesoria (DÍEZ-PICAZO, GUILLÓN BALLESTEROS, 2005, 88)³ que se tiene incluso sin justo título ni buena fe, beneficiada además de la presunción de legitimidad —que le dispensa el artículo 448 del Código Civil— y, desde la misma, permitirá la tutela por medio de las acciones posesorias —al amparo del artículo 446 del Código Civil—, pudiendo llegar a consolidar la adquisición plena y definitiva por usucapión —según los artículos 1955 y 1959 del Código Civil—, aprovechando incluso, a propósito de la retención o prórroga de la tenencia, la posibilidad prevista en el artículo 460.4.^o del Código Civil, que admite que la posesión se pierde por la posesión de otro, siempre que hubiere durado más de un año, incluso si se produjo contra la voluntad del antiguo poseedor. Posesión que se sustenta en la mera apariencia y que desde esa apariencia, a los efectos de legitimar la prórroga de la detención, se ejerce en concepto de dueño y con vocación de usucapir siempre que no se trate de cosas sustraídas ilegalmente ni haya un tercero de mejor derecho reclamando ser repuesto en su posesión que, entonces, no podrá ser prorrogada.

Según lo expuesto, queda descartada la retención que suponga un exceso, extralimitación o contravención respecto a una titularidad, a su contenido negociado o previsto en una norma, y ello desde la proscripción del abuso de derecho, que aquí se traduciría en una prolongación de la situación posesoria sin suficiente cobertura normativa ni causa negocial. Sin embargo, en este trabajo se advertirá también contra lo que, en un principio, puede ser considerado un legítimo *ius retentionis* que, aún así, puede quedar materializado en un ejercicio antisocial de derecho (igualmente prohibido en nuestro Derecho en el mismo precepto, artículo 7 del Código Civil, del Título Preliminar antes citado). Esto puede ocurrir cuando en la detención posesoria se priva absolutamente de uso hasta evitar toda rentabilidad, lo que no se compadece con una consideración de afección de los bienes a esa rentabilidad que debe ser incesante, tal caso tampoco quedaría en Derecho bajo la figura del *ius retentionis*.

De partida, hay que insistir también en que este *ius retentionis* no se podrá basar en un privilegio, en el sentido de ventaja exclusiva por concesión discrecional —que no en el sentido más aceptado y justificado de preferencia con causa, que en expositivos siguientes llevará a invocar la Ley Concursal y, con

su articulado, la clasificación de créditos y la relación de los privilegiados—. El puro privilegio no podrá sostenerse si va a legitimar una retención que inmovilice el mercado a favor de un poseedor, como ocurría en el supuesto aceptado en el Antiguo Régimen, cuando se permitía una tenencia en el tiempo bajo la figura de «manos muertas» o «mayorazgos», tan distinto a un Derecho moderno contextualizado en su marco constitucional, reconociendo que la detención más plena y directa se da en la situación de dominio y, aún este, se subordina, desde luego por razones de interés general, a una función social como también se puede ver inmerso y culminarse en un proceso de expropiación forzosa (art. 33, en sus puntos 2 y 3 CE).

Estará descartado, en efecto, ese privilegio con base en el pronunciamiento general y argumento de justicia que es la igualdad ante la ley. Como, en fin, se ha de advertir contra el abuso de derecho en el que puede incurrir, también y de forma reprochable, el titular del mismo *ius retentionis* en tanto, amparado en su legítima tenencia, se instale en un *status quo* que perjudique los bienes, su valor y, por una falta de posesión responsable (ROCA JUAN, 1982, 238)⁴, quebrante la naturaleza de la cosa haciéndola inútil —en su rentabilidad o traducción económica— por no guardarla o usarla según la recomendación de explotación incesante que el mandato constitucional determina y que justifica la configuración constitucional de una economía de mercado y el compromiso de los poderes públicos en la defensa de la productividad, —artículo 38 CE— a fin de mantener toda riqueza al servicio del interés general (art. 128 CE), resultando por ello interesante acuñar y proclamar, antes que el tradicionalmente denominado Derecho Civil Patrimonial, el Derecho Socio Económico. Según ello, aunque hasta ahora el problema principal a resolver por el Derecho Patrimonial de Cosas, ordenando los derechos reales, era determinar la titularidad de los bienes, se ha de entender que se eleva a cuestión esencial la gestión, para garantizar cualquiera que sea la titularidad, la satisfacción del interés general —ganando eficacia jurídica estos preceptos constitucionales, tradicionalmente calificados por un carácter eminentemente programático y de difícil aplicación directa (CAZORLA PRIETO, 1985, 1877)⁵—.

En la actualidad, además, la práctica jurídica da cuenta de la frecuencia de supuestos de retención que se producen de modo indebido y que se desglosan a continuación: en primer lugar es posible referir ciertos casos de carácter más «mediático», ya antes apuntados, relativos a la resistencia al desahucio, que merecen una comprensión y sensibilidad social acorde al drama que destapan por las situaciones de necesidad provocadas y que legitiman una normativa favorable a la retención de la posesión. En segundo lugar, se muestran supuestos que generan un notable impacto debido al elevado grado de litigiosidad que suscitan, donde la retención reprochable se da en el ámbito de la gestión de negocios ajenos por el profesional, frecuentemente el abogado, aunque también por el administrador, al que se le podrá criminalizar su conducta desde la re-

tención y por deslealtad⁶. Y, en tercer lugar, se refieren supuestos en los que la retención es pactada (que no residenciada en la norma) y puede constituir un negocio fiduciario, que se tachará como nulo por falta de causa siempre que incurra en la desproporción indebida entre el medio jurídico empleado y el fin práctico que las partes pretenden alcanzar.

Hasta aquí quedarían referidos supuestos donde no hay que reconocer el *ius retentionis*, si bien lo que ocupa este estudio es la depuración positiva de esta figura para, más allá de los supuestos en los que esa retención es contraria a Derecho, atender diferentes casos de prórroga de la tenencia legítima y merecedora de tutela jurídica para razonarla en su variedad y su complejo (quizá también diverso) tratamiento. Cuanto más cuando, según el mercado, cada vez son más los intereses en juego, por los beneficios y los costes de la detención (el mayor valor económico del lado activo y pasivo: que soporta el que la ostenta y el privado de la cosa), en la mercantilización de los escenarios que, en anteriores consideraciones, se vislumbraban incluso como gratuitos (ya que desde la mera guarda se tiende a la profesionalización —sea material en logística, sea formal en la llevanza contable—). Advirtiendo, eso sí, que en especial debe preocupar ofrecer una visión conjunta del *ius retentionis* e impulsar su eficacia jurídica, sobre todo por el papel que desempeña en la garantía del crédito y, por ende, en el estímulo a la dinamización del mercado.

Efectivamente, el estudio no se puede limitar a la elaboración de una mera relación de supuestos en los que puede acontecer este *ius retentionis*, a pesar de que el Código Civil haya dado ese tratamiento casuístico a la figura, a diferencia de otras legislaciones que si han construido un tratamiento unitario (SABATER BAYLE, 1992, 77)⁷. Y ello porque, ciertamente, un tratamiento casuístico y excepcional respondería en (su) buena lógica a considerar que, según los supuestos en los que se reconozca, tendrá naturaleza distinta y que, en tanto implica una privación de la posesión autorizando una prórroga en la detención, expresa una interinidad frente a una anomalía que es la mora de la deuda. Sin embargo, lo que se va a buscar es la raíz, fundamento y explicación de una figura (única por unificada) para que haya coherencia en el origen y para que se comprenda la utilidad o finalidad a la que sirve.

Por ello, de partida cabe actuar practicando esa útil compilación, que ha de servir para ganar visión panorámica, tomar conciencia de los diferentes casos y, con ella, la frecuencia con la que el legislador recurre a esta figura, pudiendo entonces comprender mejor la razón objetiva y argumentos de justicia que explican esta solución en Derecho positivo; así, según la sistemática propuesta, se podrá insistir en ulterior epígrafe, en un fundamento inspirado en argumentos variados que vayan desde la extensión del principio de responsabilidad patrimonial universal, la garantía del crédito, al argumento de la equidad, la evitación del enriquecimiento injusto, los límites a una onerosidad extraordinaria; y que contribuya a la construcción unitaria de la figura.

Para adelantar las bases de una visión unitaria puede resultar práctico buscar un concepto del *ius retentionis*, que permita luego clarificar la naturaleza, los elementos constitutivos, el contenido, el fundamento y la función de esta figura. Con este fin se recurre primeramente a un referente jurisprudencial, que se verá completado con una construcción doctrinal.

Según expone la STS de 4 de octubre de 1989⁸: «El *ius retentionis*, discutida y poco estudiada figura en nuestro ámbito jurídico y sobre cuya naturaleza jurídica las posiciones no son precisamente pacíficas, viene a constituir, en términos generales y un tanto abstractos, a manera de un especial derecho de garantía dirigido principalmente a potenciar en cierta medida la protección de aquellos acreedores que tengan en su poder la cosa o el bien de su deudor, autorizándole a dilatar en orden al tiempo su devolución o entrega». En la misma línea de apostar por un tratamiento unitario, doctrina solvente lo define como «la facultad que ostenta el legítimo poseedor de un bien ajeno para, llegado el momento en que debe restituirlo a quien corresponda, retenerlo en su poder en tanto no se le satisfaga el crédito del que es titular por razón del bien poseído» (GÓMEZ CALLE, 2011, 5)⁹. En todo caso, separándose, por tanto, del supuesto en que se hable de retención en un sentido impropio por ser relativo a apropiación y no a garantía —como, por ejemplo, en el artículo 186 del Código Civil que, en su párrafo segundo, refiere la retención que puede practicar el representante del ausente—.

Y si aquellos términos, de entrada, han de parecer suficientes a modo de definición general, es seguramente porque existe repetida jurisprudencia que entiende difícil llegar más allá y elaborar con términos más precisos una definición, al constatar y proclamar que no hay una regulación unitaria y que habrá que acudir siempre a los distintos supuestos en los que se concede este *ius retentionis* (ROCA JUAN, 1982, 289)¹⁰. En efecto, en esta primera fase es necesario asumir que se parte de un concepto generalista y básico ya que también está aceptada la existencia de un tratamiento disperso que, a su vez, es diverso. Pese a ello, en este estudio (y este es objetivo principal) se acomete una labor de concreción, guiados por la idea de que lo disperso no conlleve diversidad, y un esfuerzo por construir un régimen común del *ius retentionis* acorde con las exigencia de unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico, con el llamamiento a encontrar argumentos de justicia comunes y, por ende, delimitar la función de la figura y el contenido necesario del derecho para servir a esta.

Por este motivo, a efectos del presente estudio, se toma como referencia la acepción básica del derecho de retención, aunque comprometiendo la motivación y razonamiento de desarrollo con la necesidad de concretar todos los rasgos relativos a la figura que se aborda. La premisa de partida consiste en saber que los puntos oscuros o confusos que puede plantear el *ius retentionis* se enraízan en un prejuicio contrario a la unificación y que, por culpa de ese recelo, se está perdiendo significación y eficacia jurídica en la protección del crédito y en el

rendimiento económico de los bienes, afectando negativamente a la seguridad del tráfico y a la dinamización del mercado.

Una primera cuestión, que es dificultad a superar, puede venir dada por la duda de si se está ante un derecho o una facultad. Ciertamente, los referentes doctrinales autorizados (SABATER BAYLE, 1992, 75-101)¹¹ hablan de facultad (de mera facultad) de retención posesoria. Sin embargo, también cabe apostar por una consideración de verdadero y autónomo derecho subjetivo (en el sentido de verdadera y propia situación de poder, aunque sea accesorio de una obligación válidamente constituida a la que le da garantía) si se razona comprendiendo que existe una realidad material o posesoria que se mantiene en el tiempo (que en efecto el acreedor ya ostentaba una tenencia y que se autoriza que esta situación se prorrogue), sin que esto impida entender que el título que daba causa a la tenencia en su primera fase pudo luego decaer y que ahora existe un derecho (nuevo) de retención. Pues bien, acogiendo esta última posibilidad se sirve mejor al fin práctico de reconocer transcendencia o, directamente, naturaleza real a esta garantía del crédito que es el *ius retentionis*, sin necesidad de forzar que desde una titularidad meramente crediticia se tenga que reconocer una transcendencia real. Y es que confiando en la categoría del derecho subjetivo (DE CASTRO BRAVO, 1984, 573)¹² se abre la posibilidad práctica de reconocer un haz de facultades relativas a un poder del titular que, más allá de un mero gestor, adquiera un sólido poder también de disposición. Y es que el poder de disposición es lo que también confiere la potestad para colaborar y actuar en interés propio y de otro (lo que se compadece con la defensa de una tenencia efectiva para satisfacer el interés del retenedor y no dejar de servir al interés general). Construyendo la categoría jurídica como derecho subjetivo se hace viable integrar un contenido amplio de facultades que de eficacia a la figura de cara a cumplir su función de garantía y satisfacción plena de los intereses que se tutelan en Derecho.

Una segunda cuestión a clarificar es la relativa a los elementos constitutivos de la relación jurídica: tanto en el plano objetivo (que, además de diferenciar los elementos propios de crédito pendiente y de garantía, también va a permitir en esta, sobre todo con el reconocimiento de la relevancia real, impulsar el poder directo e inmediato sobre la cosa; lo que, a su vez, se traducirá en un contenido más amplio posible de facultades de administración y disposición); como en el plano subjetivo, entendiendo que se tiene derecho a retener frente a un deudor ya que, como garantía del crédito, la retención habría de operar contra un deudor, autorizando la posesión del acreedor que se prorrogará aprovechando que ya tiene una relación con la cosa. Resultando que, no entran en el ámbito de aplicación de esta figura situaciones de retención diferentes como es el supuesto en el que puede prorrogarse la detención en un intervalo, en el caso del albaceazgo, a expensas de una adjudicación definitiva que deba realizar el albacea a favor de los herederos —que no son deudores y que, por demás, sea

conveniente una prórroga en la detención porque llegue incluso a alargarse en el tiempo la gestión del albacea por causa de litigio— (cfr. arts. 904 a 907 del Código Civil). Otro caso sería el de la doble venta en el que se reconoce la posesión del que está sometido al debate para determinar la titularidad dominical y, en la litispendencia, retiene a fin de consolidar su propiedad (cfr. art. 1473 del Código Civil).

En cualquier caso, entre esos elementos ha de operar siempre una temporalidad. En verdad, ordinariamente la tenencia se sujeta a un tiempo: el que permita la ley o el fijado como término en un negocio jurídico, ya que si se constituyera de modo indefinido supondría un acto de riguroso dominio¹³ y, si se prorrogara indefinidamente se podría traducir el beneficio en carga. Es por ello que el préstamo, cuando es comodato, se define ya insertando la nota de la temporalidad (art. 1740 del Código Civil) y en el arrendamiento de cosas también se lleva el carácter temporal al concepto mismo (art. 1543 del Código Civil). La temporalidad explica que, el articulado regulador del comodato incluya que, a pesar de un plazo fijado, se pueda anticipar por necesidad la recuperación de la cosa; y que, si no se llegó a fijar plazo alguno, se sepa sujeta la duración del préstamo a la voluntad del prestamista-comodante (arts. 1749 y 1750 del Código Civil), precisamente para favorecer a quien de modo gratuito (y ahí la fuerza y la justicia de la causa) cedió la cosa. O, dicho de otro modo, que inspirado en la causa se favorezca el anticipo para tomar la posesión de la cosa o se prohíba su prórroga (cfr. art. 1748 del Código Civil) para no dispensar mayor beneficio al que ya disfrutó gratuitamente el uso de la cosa ajena ni provocarle a su titular mayor onerosidad. Precisamente, a propósito de esa limitación temporal en la tenencia y, por ende, en la retención, cabe referir también el artículo 1775 del Código Civil que manda restituir cuando lo reclame el depositante. Con todo lo cual se abunda en referentes particulares que han de servir para entender la temporalidad en el *ius retentionis*, destacando la conveniencia de salir de esa tenencia prorrogada apreciando la virtualidad del *ius distrahendi* (desde una razón práctica primera de no mantener un retención *sine die* que convierta el beneficio en carga, además de ir contra la seguridad jurídica una prorrogada retención sin término).

De este modo, todo retraso o mora es proclamado como presupuesto desencadenante de la responsabilidad civil (art. 1101 del Código Civil), por lo que un tutor no puede retener unos libros de cuentas —que ha de entregar al Juez anualmente (art. 269 del Código Civil)—; ni tampoco el albacea ha de prorrogar su tarea y eventual tenencia —en administración y en puntuales disposiciones (art. 902 del Código Civil)—, cesando en su cargo en un plazo ordinario de un año (art. 904 del Código Civil). La regla, efectivamente, es la evitación de la dilación así, en otra situación jurídica diferente, cuando se produce el *hallazgo*, es muy exigente el Código Civil, ya desde el mismo tenor literal, al exigir la restitución —artículo 615 del Código Civil— o consignación inmediata. Abundar

en los supuestos para sustentar el criterio también permite invocar lo ordenado para que en diez días el depositario de un testamento ológrafo lo presente ante Notario (art. 690 del Código Civil); y, en fin, de modo general comprender la proscripción del enriquecimiento injusto: de recibir lo que no se tiene derecho a cobrar y que ha de devolverse (art. 1901 del Código Civil).

Y una tercera cuestión para esta configuración de la institución, en lo relativo a su ámbito de aplicación, va a llevar a defender su encuadramiento en el ámbito del Derecho privado, más concretamente en las relaciones civiles, ya que su proyección en el ámbito del Derecho Administrativo respondería a otros argumentos legitimadores que derivan del *imperium*, siendo en ese marco más difícil entender toda retención, que puede venir impuesta por la sola fuerza del Derecho positivo, escapando incluso a la regla básica de equidad, al fundarse en la regla de la autotutela. Así cuando la Administración retiene en depósito hasta que se realice el pago con el que se salde la sanción; o, en un sentido contrario, cuando exige al administrado el desembolso anticipado, al amparo de los excesos del *solve et repete* que, lejos de un *retentionis* para el particular lo que provoca es su despatrimonialización anticipada y un retención a favor de la Administración ligeramente explicada desde la presunción de legitimidad, legalidad y verdad oficial, por la que la razón seguramente estará de parte del sujeto público.

De igual modo, en base al argumento del interés general, se explica en el supuesto de la expropiación forzosa que, en lugar de una resistencia del dueño o de querer acogerse este a un *ius retentionis*, haya que asistir a una posible vía de ocupación que consolida la adquisición del dominio a favor de la Administración expropiante (por lo que la prolongación del debate, si lo hay, debe de seguirse en el ámbito de los derechos de crédito sobre una fijación del *justiprecio*, separados ya del ámbito de los derechos reales).

Precisamente, en la figura de la autotutela el tratamiento es tan diferente que, mientras en Derecho Público se afirma como regla, en el Derecho privado será excepcional. En este orden de cosas, a propósito de la posición preferente de la Administración se puede concretar ese ventajoso posicionamiento con la regulación del depósito judicial (art. 1875 del Código Civil), al decretarse un embargo y, a mayor fortaleza de la Administración puede incluso materializarse un comiso¹⁴, algo que en Derecho privado queda excluido (cfr. art. 1859 del Código Civil). Todo lo cual, en este ámbito del Derecho Administrativo, se impone al amparo de la necesidad de velar por la integridad del erario público, aunque no se esconde, en la línea argumental de este estudio, la preocupación de que tal criterio opere con disfuncionalidad en tanto se adivina una importante pérdida patrimonial en esa retención, como el caso del depósito o inmovilización judicial, policial o de aduanas, que deviene a un estado antieconómico. En la línea que sostiene este estudio se ha dictado una resolución judicial en 2016 por la que salen a subasta pública los bienes embargados en la «Operación Malaya»

para hacer frente a la responsabilidad civil y por lo insostenible de los gastos que genera el depósito judicial. Esta solución debería generalizarse, así se está propugnando para las relaciones entre particulares y debería impulsarse en el ámbito del Derecho público.

Una vez clarificadas las tres cuestiones relativas a la naturaleza de la figura (como un derecho), a sus elementos constitutivos (objetivos, subjetivos y el factor tiempo) y su encuadramiento dentro del Derecho privado, procede continuar el estudio del *ius retentionis* atendiendo a su carácter excepcional. Esto no impide que, una vez establecido, pueda merecer un reconocimiento amplio de facultades, que no una interpretación restrictiva, según reivindica el presente trabajo. Es excepcional que se prorrogue una tenencia, a favor de un detentador que no es dueño y desde la incidencia de soportar este una mora en su crédito. Lógicamente no es ordinario sostener una tenencia a favor de quien, en teoría, no la debería ostentar y que se explica por la circunstancia negativa de que esté pendiente un abono debido que, no en vano, debe ser garantizado por la posición gravosa que ya soporta ese acreedor (al verse perjudicado por soportar el «descubierto»). El Derecho reacciona generalmente castigando la mora (art. 1101 del Código Civil) o suministrando instrumentos de prevención de la detención sin causa, articulando la consignación (art. 1776 del Código Civil) frente a la mora del acreedor, asegurando más allá de un mero ofrecimiento, la desposesión liberatoria; y el Derecho reacciona también puntualmente reconociendo el *ius retentionis* en garantía del crédito a favor del acreedor que merece en equidad el beneficio de la prórroga de la detención para reequilibrar su posición y evitar mayor onerosidad de la que ya arrastra.

Asumida su excepcionalidad y anunciando el interés en sostener un contenido amplio en este derecho, se sigue un plan de exposición reconociendo diferentes supuestos contemplados en el Código Civil, aunque este casuismo no va a impedir completar este estudio con la vocación de superar la diversidad y contribuir a un tratamiento unitario de la figura, consiguiendo su configuración definida de modo que quepa instituirla negocialmente, más allá del número tasado que arroja la relación de supuestos legales y, por tanto, en cuanto quede afirmada la dimensión real, aportando un argumento más a favor del *numeros apertus*.

Continuar con ese reconocimiento particular de los diferentes supuestos legalmente previstos lleva a constatar que el *ius retentionis* puede traer causa de determinados derechos subjetivos de carácter patrimonial, crediticio o real, dignos de esa tutela especial y reforzada que otorga la retención en la garantía del crédito y donde ya quedara legitimada una primera fase de detención. Aunque cabe incluso la prórroga de la posesión por el que la ostenta y mantiene sin justo título, es decir, que provenga del hecho posesorio y que la misma permita la consolidación del dominio por usucapión (arts. 1955 y 1959 del Código Civil, consintiéndolo desde ese hecho posesorio prorrogado en el tiempo y recargado

por el tiempo que compense la falta de condiciones legitimadoras), si bien el Derecho, tal como ya ha quedado dicho, ordinariamente reacciona con dureza haciendo responsable a ese detentador material que ha decaído en su derecho, prorrogando su posesión en el tiempo más allá de su término, hasta hacerle responsable de la pérdida de la cosa, incluso aunque tal desaparición acontezca por caso fortuito (así lo sanciona el artículo 1744 del Código Civil, que constituye un referente ejemplar de responsabilidad —junto a otros preceptos como el artículo 1891 del Código Civil—, ya que exige la responsabilidad civil, a pesar de la concurrencia de esa general causa de exclusión de la misma, que es el caso fortuito, cuando el comodatario pierde la cosa en un tiempo excedido del convenido).

Por tanto, a la hora de interpretar y fijar el contenido del *ius retentionis* hay que insistir en que siendo este excepcional, una vez establecido, puede reconocérsele el más amplio contenido que a su función sea útil y necesario. Es posible argumentar con generosidad su contenido y favorecer el reconocimiento de su naturaleza real, siguiendo doctrina autorizada que se apoya en la evolución seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SABATER BAYLE, 1992, 81)¹⁵. Se predica un reconocimiento generoso en su contenido que es proporcional a la dureza con la que la retención indebida y contraria a Derecho es castigada, tal como se ha ido comprobando. Esta defensa del contenido amplio en la que se va seguir abundando, también se predicará respecto a la fuente misma de su establecimiento para que pueda serlo confiando en la figura y en su función, por la vía legal y por la vía negocial (con la oportunidad de haber superado oscuridades, haber ganado eficacia jurídica y conseguir de verdad una garantía del crédito que sirva a la seguridad del tráfico y, por ende, a la dinámica positiva del mercado).

De este modo, respecto al contenido, podría mostrarse un criterio favorable a integrar un *ius distrahendi*, evolucionado desde el argumento histórico que se sustenta en la significación de una «posesión diferenciada», para entender mejor que, con el hecho que la mantiene e incluso desde un título legitimador primero, se pueda concebir la posesión «gradual o escalonada», permitiendo el desenvolvimiento de la tenencia con la conquista de facultades o derechos a favor de un uso apropiado al rendimiento económico y social, y también a favor de una realización de valor. Además, hay que considerar que antes que la realización de valor, como facultad propia de disposición, se pueda contemplar la facultad de uso, más débil en cuanto es reconocida en la mera gestión pero muy útil para garantizar la gestión, rendimiento y productividad, puesto que la función social de los bienes requiere su gestión y explotación, no en vano ahí radica la razón principal para dispensar la tutela posesoria (MARTÍN PÉREZ, 1993, 9-13)¹⁶.

A parte del contenido, la posibilidad de la figura, según su fuente, se comprende tanto en los casos en los que queda establecida legalmente como cuando

se instaura negocialmente, por la fuerza de la autonomía privada y desde un escrupuloso respeto a la causa negocial que sirva a la razón de la equidad; pudiendo concretarse en un negocio fiduciario, siempre que se evite la desproporción del medio y resultado que lo invalidaría. Por todo lo cual, insistiendo en la fuente negocial, habrá que considerar bastante estricta la doctrina que evita un *ius retentionis* fuera del supuesto típico previsto en la norma civil porque ópticamente sirva a la excepción de la autotutela. Más aún, salir de los estrictos supuestos típicos previstos en la legislación para apostar por un *ius retentionis* con fuente negocial es posible porque esta es especialmente oportuna para servir a la garantía del crédito o para evitar una mayor onerosidad de quien ya soporta una posición gravosa permitiendo, con el desarrollo de la voluntad negocial y la fijación de un contenido obligacional, clarificar y concretar un haz de facultades necesarias para la finalidad práctica social que se busca.

Resultará pues que, en cuanto el *ius retentionis* venga dispuesto por ley hay que atender a la relación de los diferentes supuestos previstos en la norma, sobre todo en el Código Civil, aunque siempre comprometidos con el tratamiento unificador por el que se aboga en estas líneas, abarcando también la posible construcción negocial que exigirá, por fidelidad al tratamiento unitario de la figura y si se acaba afirmando la trascendencia real (por su eficacia *erga omnes* y/o por su facultad de realización de valor), compartir tal trascendencia real; o permitiendo esta fuente negocial argumentar, si se afirma no un mero efecto o trascendencia real sino una auténtica naturaleza de derecho subjetivo real pleno, a favor de la doctrina del *numerus apertus* en materia de derechos reales. En todo caso, hay que insistir en que esa fuente negocial es muy apropiada para fijar de modo indubitable facultades de uso, gestión, administración y disposición que hagan rentable o garanticen el contenido activo del derecho, evitando que se convierta en una carga o en una situación antieconómica (GÓMEZ CALLE, 2011, 13)¹⁷. Carga que ya se soporta desde la tenencia misma, en tanto queda sujeta al contenido obligacional accesorio de la obligación principal de entrega: el deber de guardar la cosa, conforme al artículo 1094 del Código Civil, exigible al que ha de devolverla a su dueño. Carga, además, evidenciada en tanto ese deber accesorio de cuidado exige ser prestado de modo diligente, conforme a la naturaleza de la cosa (para que esta no sufra pérdida, ni tampoco deterioro ni quebranto alguno, en su configuración y en su funcionalidad).

Resulta tan importante conservar la cosa para que pueda seguir en rendimiento que, antes de que el propio texto constitucional insistiera en la nuclear función social (art. 33 CE) y en la sujeción a la satisfacción del interés general (art. 128 CE), numerosos preceptos del Código Civil velaban por la preservación de la cosa, desbordando el interés de un particular o la voluntad misma de un contratante. Por todos, se puede invocar el contenido del artículo 1764 del Código Civil, que impone la obligación de guarda al depositario, aunque la causa de la entrega descance en la voluntad de un incapaz, teniendo por he-

cho el contrato y por obligado al depositario para evitar que la cosa quede sin guardador responsable y en peligro de quebranto. Es aconsejable destacar este referente normativo en ese afán de reconocer la función social de los bienes y el interés por conservar su rendimiento o su idónea explotación. Precepto este que puede ser completado con otras disposiciones también informadas por esta preocupación de conservación de la integridad objetiva y funcional de la cosa: es el caso de la norma reguladora del retracto de colindantes (por encima de un acto de riguroso dominio que consiente la libertad de transmisión), de aquella que permite la transmisión en bloque de la empresa familiar (para que con su indivisibilidad quede garantizada la configuración como unidad de explotación más rentable), de la que recoge la excepción a la siempre incentivada ruptura del condominio (cuando la división perjudique la cosa al uso al que se destina) —ejemplos varios que se localizan en el Código Civil, artículos 1523, 1056, 401, ...—, además de disposiciones de legislación especial como la relativa a la explotación agraria y a la propiedad urbana, que han generado figuras nuevas en Derecho, tales como las «unidades mínimas de cultivo» o las «parcelas netas lucrativas».

Conforme al casuismo anunciado, que es característico del tratamiento de la figura en nuestro Ordenamiento, el derecho de retención se establece (según la expresión literal de diferentes preceptos, en concepto de prenda) en el contrato de mandato (art. 1730 del Código Civil), en el contrato de obra (art. 1600 del Código Civil)¹⁸ y en el de depósito (art. 1780 del Código Civil). Esta repetición invita a interpretar que lejos de un lapsus del legislador existe una determinación en el rango con el que se configura este derecho en la relación de supuestos contractuales citados. La afirmación del *ius retentionis* en concepto de prenda es proclamada bajo el argumento de justicia material de la vocación por reequilibrar la posición de las partes contratantes y evitar mayor onerosidad. En efecto, en todos estos contratos el *ius retentionis* opera como una herramienta de reequilibrio por lo que, desde el referente de la causa negocial y en evitación de una mayor onerosidad, se posibilita esa tenencia con la ventaja añadida de poder convertir un derecho de crédito en un derecho real (aunque de entrada quepa albergar la duda sobre si este poder directo sobre la cosa confiere un derecho real tan pleno como el que otorga la prenda, que incluye el derecho a la realización de valor —además de un cierto uso, según se va a defender—). Completando el reconocimiento más variado que realiza el texto legal principal, el Código Civil, el *ius retentionis* se recoge también en el Código de comercio, que puntualmente lo dispone en el contrato de transporte y a favor del capitán de buque (arts. 375 y 7054 Cco), y se prevé además en alguna normativa mercantil especial como la reguladora del contrato de aparcamiento, ley 40/2002.

De igual modo, sirviendo al referido argumento de justicia, cabe rechazar el *ius retentionis* en el comodato (art. 1748 del Código Civil) puesto que en su seno el prestatario disfrutó ya de la cosa ajena y la pendencia de una li-

quidación no ha de legitimar la retención a mayor privación del prestamista. Incluso el artículo 1749 del Código Civil contempla que, en base a la causa gratuita, el comodante pueda reclamar anticipadamente la devolución en caso de urgente necesidad. La causa negocial es tan decisiva que es comprensible que se califique de miserable el exigir el cumplimiento del contrato desde la mera y anterior promesa ya que no existe relevancia jurídica hasta la efectiva entrega, por lo que también toda retención posterior debe ser repudiada debido a que no se puede poseer sin cobertura de contrato y dentro de su término, ni antes ni después, según informa la gratuidad que lo homologa en Derecho (VIVAS TESÓN, 2002)¹⁹.

Si bien, a propósito del préstamo y de la facultad de tener o de retener, hay que matizar en varios sentidos. Primeramente, en relación con el crédito refaccionario (en particular para el que tenga su fuente en un contrato de préstamo, ya que puede provenir de otras distintas modalidades contractuales; y, en cualquier caso, reconociendo la facultad de realización de valor a favor del acreedor). Y en segundo lugar, en el supuesto de que el préstamo se integrase en un negocio complejo fiduciario con atribución patrimonial para dar garantía al prestamista que como fiduciario recibirá unas facultades de trascendencia o relevancia real; entonces sí cabrá el *ius retentionis*²⁰ (prolongación —con causa— de la detención con origen en la atribución patrimonial con la que se concretó el negocio fiduciario), siempre que no enmascare un fraude de ley (y las partes quieran, abusivamente, la efectiva y desproporcionada transmisión del pleno dominio ocultando condiciones relativas a la causa del préstamo y con perjuicio a terceros).

De modo especial el *ius retentionis* es reconocido en el arrendamiento (desde el art. 1573 del Código Civil, que remite a su vez al art. 453 del Código Civil), en cuyo seno se da una relación crediticia con serias aspiraciones de derecho real (no solo por el derecho de tanteo y retracto que contempla) puesto que si contra el pago se presta y asegura el goce pacífico en el trácto sucesivo de necesario desenvolvimiento, también es cierto que la detención no posesiva (originada con la entrega de mera cesión que no traslativa de titularidad real alguna) se prorroga, a efectos de liquidación y garantía del reembolso de gastos necesarios y también útiles, con el derecho de retener, el mismo que tiene el poseedor (titular real). Así es posible entender que un derecho personal (que incluye la facultad de detentar para usar) se convierta en un derecho real, ya que en tal concepto y titularidad se muda el derecho del arrendatario hasta que se le abonen sus gastos. Ante este reconocimiento tiene sentido reflexionar sobre si el arrendatario es merecedor de tal sobreprotección, en tanto su posición no se viene caracterizando por ser particularmente gravosa (a diferencia de la del depositario, la del mandatario o la del comisionado de la obra). Quizá el argumento de justicia se residencia en la consideración general de ser el arrendatario parte débil contratante.

En el mismo escenario contractual arrendatario puede merecer mención particular, a propósito de la prórroga de la detención, que esta se produzca después de vencido el término del contrato, si bien en tales circunstancias, caso de que se cuente con la aquiescencia del propietario por razón de la tácita reconducción, puede permitirse que la detención prorrogada se convierta en la prórroga del contrato (art. 1566 del Código Civil).

Se presenta por tanto una cuestión de necesaria clarificación en tanto, en este escenario de derechos de crédito, pueden plantearse en virtud del *ius retentio-nis* unos posibles supuestos de conversión de derechos de crédito en derechos reales (LÓPEZ SANTANA, 2002, 355-360)²¹, si se asume el pronunciamiento normativo que en concepto de prenda permite, entre otros, al depositario prorrogar su detención²²; mientras que, en el caso del arrendamiento, se atribuye una posición de trascendencia real al arrendatario en concepto de poseedor. Sin embargo, en el primer caso, cabe dudar si se trata de un verdadero derecho de prenda o si sus efectos reales son más limitados al entender que puede ser restada la facultad del *ius distrahendi*; y, en el segundo caso, puede ponerse en tela de juicio si cabe entender que, sin ser una conversión tan clara como la que se define que lo es en concepto de prenda, llega a ser más definitiva al asimilarla a la del poseedor general. Quizá no hay mayor debate sobre una traumática conversión, según se va a insistir y es posible entender desde una argumentación relativa a la naturaleza del derecho, en tanto pueda determinarse que desde la realidad posesoria se da una prórroga que, siendo igual como hecho en su apariencia material, se legitima con distinta titularidad al ser un derecho nuevo ya que el anterior se agotó con su título (resultando entonces más fácil superar la prohibición del artículo 1767 del Código Civil, puesto que la privación de todo uso se daría en la detención crediticia que no en la que se mantiene como realidad posesoria pero pasa a titularse como prenda).

En todo caso, cuestionar la plenitud real y, por ende, una posible realización de valor, no tendría cabida si, a fuerza de mantener la retención, en lugar de una garantía para el cobro se avoca a una situación permanente, sufriendo el mismo impago y prorrogando el retener ya como una carga, frustrada la expectativa de abono; por ello no debe repeler, no desde luego en el largo plazo, aceptar de pleno el *ius distrahendi*.

Ciertamente, abordando un escenario «bisagra» entre el campo de los derechos de crédito y la esfera de los derechos reales, el Código Civil al regular la liquidación del estado posesorio (art. 453 del Código Civil) también reconoce el *ius retentionis* para asegurar el cobro de los gastos necesarios y útiles por parte del poseedor de buena fe. Es verdad que en este caso se está ante un *ius retentionis* de carácter real puro, en tanto que así nace y se desarrolla, ya que del mismo derecho arranca y desde el mismo derecho se prorroga, aunque es posible dudar si ahora, puesto que no queda especificado, se confiere esa retención en concepto de prenda.

En el campo de los derechos reales, dentro de la misma regulación codificada de la posesión, con ocasión de reconocer la reivindicación de bienes muebles, se concede un derecho de retener al poseedor que adquirió de buena fe en venta pública hasta que se le abone el precio que pagó (art. 464 del Código Civil). Será después de esa consideración general a favor del poseedor cuando se reconozca este derecho de retención en varias figuras particulares: en el usufructo (a favor del propietario, antes de entrar en el goce de los bienes y mientras no preste fianza el usufructuario —art. 494 del Código Civil—; y a favor del usufructuario, por los gastos particulares que haya realizado y tenga derecho al reembolso —art. 522 del Código Civil—) y en los derechos reales de garantía que son la prenda y la anticresis (arts. 1866 y 1886 del Código Civil). La solución de equidad que se ofrece en el usufructo con el derecho de retención es comprensible en tanto, en el caso del nudo propietario, se está pendiente de recibir la fianza y, en el caso del usufructuario, se está pendiente de liquidación y, al seguir desposeído de lo dado en concepto de fianza, es mercedor del favor que otorga el *ius retentionis*.

El derecho de retener está regulado de modo especial en el derecho de prenda ya que en la prenda mobiliaria existe un traspaso posesorio lógico que permite la virtualidad y eficacia de la garantía que luego hará posible una realización de valor (excluyendo el pacto comisorio). En medio, además, se da una posibilidad de prórroga de posesión, antes que de ejecución, después de poseer en garantía del débito por el que se constituyó y alargando esa tenencia, aunque ahora no por el débito primero sino convirtiendo la retención en la garantía de otro crédito segundo y ulterior que ni siquiera precisó constituirse con garantía real (art. 1866, párrafo 2.º del Código Civil). Todo lo cual permite afirmar que será en el desenvolvimiento del derecho real de prenda en el que mayor alcance obtenga el derecho de retención en tanto, por definición, es conocida su naturaleza real y también es indubitable un *ius distrahendi*, incluso, antes de este, es posible la prórroga de la retención en garantía de un segundo crédito, además de contar con un reconocimiento de crédito privilegiado, el del acreedor pignoraticio (según el art. 90.1 LC²³).

Por lo expuesto, el supuesto de la prenda sirve de referencia para desarrollar con más pleno desenvolvimiento la figura del *ius retentionis*. Con todo, tras el generoso despliegue del derecho de retención en la prenda, la dificultad se presenta en relación a la facultad de uso y la posible contradicción entre los artículos 1870 y 1868 del Código Civil ya que, si bien el primero de los preceptos parece prohibir con rotundidad el uso, el segundo de ellos lo ordena, quizá porque el fundamento esté en evitar el uso que deteriore la cosa ya que, en caso de que no sea así, se tendrá que contemplar, precisamente como contenido de la buena tenencia, el derecho-deber de usar. Será la naturaleza de la cosa y, desde luego lo pactado por las partes, lo que permita interpretar y equilibrar esas soluciones positivas (BUSTO LAGO, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, MORALEJO IMBERNÓN, COLAS ESCANDÓN, 2010)²⁴.

En lo relativo al objeto, a partir de ese plural reconocimiento entre los derechos de crédito y los derechos reales, se hace preciso identificar la prestación o la cosa sobre la que se proyecta el *ius retentionis* en tanto, según se reconozca a favor de un derecho crediticio o de un derecho real (o así se fije su naturaleza), se tendrá que diferenciar que la detención sea una pura posesión o sea un tenencia mediata. Bien es verdad que, aunque sea una relación crediticia, el reconocimiento del *ius retentionis* en concepto de prenda, al menos en los supuestos en los que así se proclama en la norma de forma expresa (concretamente en los artículos 1600, 1730 y 1780 del Código Civil), puede facilitar, a partir de la prórroga de la detención, el reconocimiento del poder sobre la cosa, un poder directo e inmediato, (aunque se confíe la detención a un tercero —que poseerá en nombre del titular real—). Y es que la naturaleza real del *ius retentionis* supera ese debate y fija el objeto en la cosa misma, confiriendo ese poder directo e inmediato y permitiendo por tanto reconocer un mayor haz de facultades, tal como este trabajo defiende. Finalmente, en cuanto al objeto, añadir que puede serlo un conjunto patrimonial, integrado de activos crediticios y reales, a favor del acreedor del heredero y por el remanente al que pueda tener este derecho sobre la herencia que aceptó a beneficio de inventario (art. 1034 del Código Civil).

Como categoría especial, además de esos supuestos particulares y nítidos reconocidos en el ámbito de los derechos de crédito y también entre las clases de derechos reales, ya se aludió a los negocios fiduciarios donde cabe contemplar el derecho de retener, siempre salvando toda legitimidad en tanto se constate la proporción y no haya simulación fraudulenta. En los negocios fiduciarios con base en la *fiducia cum creditorem* o realizados en provecho del fiduciario cabe apreciar una causa lícita (de acuerdo con las reglas de la transparencia y la proporción) cuando se provoque una transmisión de la propiedad, con finalidad de garantía, a un acreedor (fiduciario). Se puede, en efecto, materializar esa tenencia con causa lícita cuando no se disimuló y se quiso realmente el negocio —la compraventa aunque fuera solo para garantizar el préstamo, si bien facultando al fiduciario para usar desde la atribución patrimonial que le hace el fiduciante—; y se reconoció y asumió como causa no la transmisión del dominio sino la mera garantía, completada, eso sí, con facultades concedidas al adquirente según lo que ambos pactaron. Quedaría legitimado un *ius retentionis* a favor del adquirente ya que este no es un mero prestamista sino un contratante con relevancia mayor que la meramente crediticia, con efectos reales.

Según lo anterior, el pleno dominio de una cosa tomada por un prestamista que garantiza el reembolso de la misma, adquiriendo la propiedad y contemplando con el prestatario su derecho de recobrar la propiedad (supuesto del fiduciante que reserva privadamente con el adquirente el pacto de retro pagando una cantidad que fuera el importe prestado y los intereses acumulados), permitirá a ese prestamista retener la cosa que figura comprada hasta el abono

del préstamo. Será posible, en todo caso, hablar de causa ilícita cuando quede evidenciada la desproporción en la que incurra el negocio fiduciario, de manera que no habría derecho de tener (en concepto de propietario) ni de retener. Sin embargo, si la causa se fija en la garantía, que no en la transmisión del dominio, y se completa con la atribución patrimonial para que el fiduciario utilice la cosa (cesión de uso con trascendencia real, aunque no traslativa de dominio), cabría deducir la validez del negocio fiduciario, desde la causa y entendiendo la tenencia del bien no como expresión de un pleno derecho de propiedad sino como una titularidad fiduciaria o «dominio impropio» con finalidad lícita que es la garantía de la obligación y que no admite la finalidad ilícita que pudiera predicar la consolidación del dominio a favor del fiduciario —contra la prohibición del pacto comisorio— (la retención sería tan contraria a traspasar los límites de garantía que si incurre en apropiación trasgrede una prohibición civil, de pacto comisorio, o puede incluso suponer la comisión del ilícito penal de apropiación indebida).

Al completar este punto segundo del sumario del trabajo con el recorrido realizado por la diversidad de supuestos, se camina hacia el siguiente expositivo donde se abordará el tratamiento unificador de la figura reconociendo en la variedad de escenarios crediticios y reales la consideración del *ius retentionis* plural. El derecho de retener se configura como una garantía del crédito y como un mecanismo propio de la tutela inspirado en el principio de responsabilidad patrimonial universal, un instrumento de reequilibrio favorable a la parte débil, una medida de evitación de la onerosidad extraordinaria; o, sencillamente como una solución negociada, ajustada a los intereses de las partes y, por tanto, una manifestación más de la autonomía privada y la libertad de pacto; una herencia de la tradición romana, propia del amplio contenido con el que se dota la tutela de la posesión (como exteriorización de la propiedad y apariencia de otros derechos y que, además, representa un compromiso con la función social de los bienes).

La terminación de este expositivo segundo del estudio, una vez acometida la pretendida visión panorámica que contribuye a la explicación de la figura desde la variedad de supuestos, puede completarse dejando apuntada la complejidad que presenta el que un derecho de crédito se fortalezca hasta convertirse en un derecho real; o, por el contrario, que se constituya una tenencia con trascendencia real y sin embargo se aligere su valor posesorio hasta sujetarlo a los meros efectos crediticios de la garantía del crédito (allí se trataría del derecho del depositario —art. 1780 del Código Civil— y aquí del negocio y derecho del fiduciario). Constituye entonces el *ius retentionis* un referente para evitar la compartimentación rígida en aquellos casos en que la realidad jurídica, y por tanto el Derecho que para la misma se acaba construyendo (a base de figuras mixtas, matizadas o reformuladas), manifiesta una complejidad por la abundancia de zonas fronterizas, de manera que habrá que acudir a la razón práctica para alcanzar su significado y eficacia.

No hay que debatir sobre una más traumática y forzada conversión de un derecho de crédito en un derecho real, según anteriormente quedó expresado, al considerar el *ius retentionis* como un derecho nuevo y autónomo ya que, en aquel caso del derecho de crédito antecedente, la tenencia que permitía se agota con su título y, aunque el hecho posesorio o de mera detentación se mantenga con prórroga en virtud del *ius retentionis*, al haber nuevo derecho se le puede acabar reconociendo y atribuirle la naturaleza que mereza y, por ende, el contenido particular que le sea propio. Así, cuando la Jurisprudencia ha evolucionado a favor del carácter real acude a la razón práctica y a la utilidad de este derecho para afirmarlo como un tipo de garantía real de las obligaciones (STS 7 de julio de 1987). Esta cuestión se complementa con la argumentación sostenida en el presente estudio sobre aquello que ordena e informa una realidad socioeconómica, el referente constitucional y la interpretación de diversos preceptos del Código Civil favorables al contenido amplio de esta categoría jurídica para conseguir que sea más eficaz y configurarla a partir del compromiso de unificación y régimen común.

III. RAZONAMIENTO PARA OBJETIVAR EL CRITERIO LEGITIMADOR DEL *IUS RETENTIONIS* QUE CONTRIBUYA AL TRATAMIENTO UNIFICADOR DE LA FIGURA

Un primer tratamiento del *ius retentionis*, que ha ser casuístico necesariamente (por razón de la solución de Derecho positivo que se concreta en una suerte de supuestos), debe desembocar en el tratamiento unitario de la figura, habiendo ya avanzado en este aspecto con la formulación de un concepto, la determinación de la naturaleza jurídica y el establecimiento de los presupuestos y elementos necesarios, así como del contenido y la fuente.

La unidad y coherencia del Ordenamiento Jurídico exigen concretar un tratamiento unitario que fundamentalmente la figura en argumentos de justicia y en los principios que sustentan el Sistema. Cuanto más, cuando la Jurisprudencia avanza a favor de una evolución común, de significación y alcance notable, que sirva a una realidad actual donde se valida la garantía con la relevancia real que merece la seguridad del tráfico, ya que este precisa de garantías sólidas y se debe al compromiso socioeconómico.

Al abordar el concepto de *ius retentionis* se ha intentado comprender la situación en la que se ostenta un derecho, que no una mera facultad, conformándose este derecho como autónomo, separado de la titularidad de la que trae causa, en tanto opera con ocasión del término del título anterior. Y ello aunque el hecho posesorio se mantenga o haya continuidad en la realidad material posesoria, si bien erigiendo un derecho de garantía, articulado con una prórroga de la posesión, según una naturaleza real.

En relación con la fuente de constitución del *ius retentionis* hay que insistir en que cuando este se fija en la norma como solución de Derecho positivo no admite mayor discusión sobre su reconocimiento y eficacia, aunque cabe la crítica si la construcción se considerase injusta. Sin embargo, no merecerá esa tacha si se constata que el legislador, permitiendo descubrir el tratamiento de la figura desde su fundamento, se ha basado (al menos así ha debido ser) en el mismo criterio que sirve para reconocer la causa negocial, es decir en la justa contraprestación, la evitación de la mayor onerosidad y la tutela a favor de la parte débil. Al exigir y constatar que se está sirviendo a esa razón de equidad, de garantía del crédito y de seguridad del tráfico no se consigue sino avanzando en la fundamentación de la figura y en su tratamiento unificado. Pues bien, todos estos argumentos de justicia han de valer e informar el pacto de fijación negocial de la figura.

En cuanto a la fuente, se confirma que puede ser de rango legal o de tipo negocial, estimando que esta segunda vía supone, a nivel teórico, superar la tensión del *numerus clausus* y confiar en el *numerus apertus*; y que, a nivel práctico, es un cauce idóneo para generalizar la figura puesto que es permeable a la fijación de un contenido obligacional exhaustivo donde se autoriza la retención, ya sea en la constitución de la modalidad de depósito, de mandato o de aquella figura que accesoriamente lo incluya, con unas facultades amplias e indubitablemente para su mayor eficacia jurídica, en particular respecto a la administración o facultades de uso y de disposición. Ese es el contenido ideal que se predica: en la esfera externa, afirmando su eficacia y oponibilidad *erga omnes* y, en la esfera interna, dotando de amplias facultades a nivel de gerencia y de disposición. Finalmente, siguiendo el recorrido de la configuración del *ius retentionis*, a partir del concepto se avanza yendo hacia el contenido para determinar y servir a la función: la garantía que no se cubre en la práctica sin la facultad ejecutiva o de realización de valor.

Es cierto que la proclamación de este derecho de retención no es idéntica en todos los supuestos, aunque sí lo es su denominación. Esta denominación se toma como hilo conductor para favorecer el desarrollo del presente estudio, si bien el tenor literal no permite superar la duda sobre cuando se detenta en concepto de prenda, ya que el legislador así lo afirma repetidamente en unos casos pero en otros no lo matiza con ese rigor o especificación. Pues bien, precisamente, abstracción hecha del tenor empleado en los distintos supuestos legalmente previstos o negocialmente instaurados, el reto está tanto en la unificación de la significación y en la eficacia jurídica, como en no perder el referente que informa la causa y estar a la razón de servir, de un lado al interés particular (garantizando el crédito y compensando en equidad, previniendo una onerosidad injusta, procurando la justicia del contrato y, en general, de las relaciones jurídicas patrimoniales), y de otro al interés general (contribuyendo a la seguridad del tráfico y a la dinamización de la economía).

Conviene entender la interinidad que mantiene el poseedor cuando prorroga su situación, una vez ha decaído en el derecho que dio causa a la facultad de ulterior detentación y está pendiente de una satisfacción del crédito. Y es que el Derecho ha de procurar esa pendencia y esa satisfacción, para lo cual será preciso saber el concepto o título que le va a mantener en la posesión y el contenido que le ofrece esa detentación —si es de uso, de conservación, de guarda o, quizás, de frutos o de realización, en evitación de mayor gravosidad—.

En expositivos anteriores se ha planteado el debate en torno a la consideración del titular crediticio con derecho a retener, para interpretar que, aunque la propia norma le atribuya el *ius retentionis* en concepto de prenda, pueda entenderse que tal detentación, aún con trascendencia real —por tanto sobre-elevada respecto a la titularidad meramente crediticia de la que trae causa—, no lleve consigo la integridad de la propia prenda sino que esté desprovista del *ius distrahendi*. Sin embargo, una interpretación más ajustada a la realidad del tráfico mobiliario y a la superación del *status quo* de los bienes de contenido económico, parece recomendar la existencia de esa facultad de realización de valor que sirva, en su función social y en su rentabilidad, al interés general (*ex* artículos 33 y 128 CE) y que concuerde además con la concepción de la tenencia diligente (la propia de toda detentación destinada a restituir o a entregar, según el mandato de la teoría general de las obligaciones contenido en el artículo 1094 del Código Civil, que es la detentación exigible siempre y, por ende, también en supuestos particulares como el depósito judicial —artículo 1788 del Código Civil—, a pesar de la crítica que merece a nuestro juicio la frecuente inobservancia del referido precepto, que a la postre está demandando un cálculo de costes para remediar el extraordinario quebranto económico provocado, tanto en lucro cesante como en daño emergente).

Así pues, es recomendable una conservación de la cosa que no caiga en el apartamiento o el almacenamiento improductivo y antieconómico —quizás también antisocial y, por ello, susceptible del reproche recogido en el artículo 7 del Código Civil, tal como se refirió al explicar el artículo 1764 del Código Civil, en evitación del abandono y de toda tenencia no sujeta a la razón económica de preservación de la funcionalidad de la cosa, de su rendimiento—. Se aconseja por tanto, una tenencia de conformidad con una gerencia dinámica, no entregada al mero almacenamiento sino comprometida con la explotación responsable, lo que pasa por no cuestionar el *ius distrahendi*, ni convertir dicha tenencia, planteada como garantía, en una situación posesoria gravosa para el que ha de guardar evitando el quebranto de la cosa. Facultades que resultan especialmente oportunas en un mercado en el que las cosas, por el paso de tiempo y la producción en masa, caducan o se minusvaloran de modo extraordinario, cuando en verdad el criterio económico debe inspirar la evitación del lucro cesante y el daño emergente que un depósito gravoso con falta de producción y minusvaloración de la cosa puede generar. Es conveniente, en consecuencia, salir de

la indeterminación y la inseguridad jurídica que representa el aparente beneficio de retener un bien mientras se obtiene la satisfacción de un crédito, ya que en ciertos casos el pago puede no llegar y la retención puede representar inicial o sobrevenidamente una carga.

Es más, con la determinación negocial del *ius retentionis*, se debe impedir que el almacenamiento sirva a un mercado especulativo donde, por ejemplo, interesa retirar una producción para esperar una etapa de mayor demanda y con expectativa de beneficios comerciales superiores. Como habrá que evitar también que se divorcie la pignoración material con una realidad contable y unas previsiones según los planes de amortización. Y, en fin, habría que lamentar el coste inútil de un aseguramiento de la cosa que, siendo pagado para cubrir los riesgos de uso, se desarrolle en un periodo de mera consignación. Razones todas ellas que explican la conveniencia de completar con una negociación apropiada la determinación de la administración y la disposición del derecho de retener.

La realidad social y económica han de informar esta consideración del *ius retentionis* para satisfacer un cuadro de intereses relevantes, tanto los del retenedor que merece la salvaguarda de su derecho con función de garantía y la evitación de que se traduzca en una carga (si es que la tenencia, desde el mismo coste del lugar de depósito y guarda, se prorroga en su perjuicio), como los intereses de la sociedad misma que exige que los bienes de rendimiento económico sirvan al interés general, por lo que se habría de estar en contra de un apartamiento improductivo del tráfico. Y si en la consideración del ámbito subjetivo destacan los intereses en juego que deben ser tutelados y no sacrificados ni perjudicados; en igual sentido se puede razonar atendiendo al ámbito objetivo ya que la cosa misma, según su producción y tráfico, puede devaluarse si persiste la retención. Todo ello pasa por clarificar dos cuestiones: la primera, entender que el *ius retentionis* deberá completarse a su término abriendo una fase de liquidación del estado posesorio (que conducirá, entre otros, a preceptos clave del Código Civil que vienen a dar solución equitativa para ese momento: arts. 453, 454 del Código Civil); y la segunda, asumir que debe generalizarse la ejecución o realización de valor con el fin de evitar una dilatación antieconómica y antisocial de la detención.

Esta dotación de facultades dispositivas para salir del *ius retentionis*, evitando mayor dilación y, desde luego, que la garantía se convierta en una carga, podrían también completarse con facultades administrativas para favorecer una recomendable tenencia rentable. Ahora bien, en la situación previa, antes de convertir la titularidad causal o la que de causa a la facultad retenedora en tenencia prorrogada en concepto de prenda, hay que asumir la imposibilidad (al menos aparentemente, cuando se ostenta una pura titularidad crediticia) de alcanzar dicha amplitud de facultades (propia de la titularidad real). Es por ello que interesa concebir el derecho de retención como derecho subjetivo, y no

entenderlo como mera facultad, y a su vez pregonarlo como derecho autónomo y de función de garantía y rango real.

Para que las amplias facultades, en particular las de gestión y uso que hagan que la cosa sea productiva y rentable, no comporten una ruptura y se asista al desuso para luego reactivar la explotación, con las consecuencias antieconómicas de una parada intermedia, hace falta intentar superar la dificultad de reconocer el poder de usar, administrar y disponer que puede existir en el derecho anterior al *ius retentionis*, que también en el derecho del que trae causa el derecho de retención exista ese poder de gestión, con una facultad de uso a ese fin de explotación productiva de la cosa. Sin embargo, parece rotundo el Código Civil cuando en el depósito (a diferencia del mandato en el que, al menos, se legitiman los actos de administración —art. 1713 del Código Civil—) se entiende que se prohíbe al depositario usar la cosa sin permiso del depositante (art. 1767 del Código Civil) y, para el caso de que se diera ese permiso, convierte el contrato de depósito en un comodato (art. 1768 del Código Civil) con la consiguiente prohibición añadida, entonces, de retener (art. 1747 del Código Civil). Por tanto, en este supuesto del depósito, no parece que ni en el mismo ni luego en la retención se tenga derecho de uso²⁵ (salvo que, en la fase de la retención, ya quepa reconocer al depositario convertido en acreedor pignoraticio o titular de un *ius retentionis* en concepto de prenda (por el tenor del art. 1780 del Código Civil), pudiendo realizar los actos de gestión propios para la consecución de la realización de valor, disponiendo en ejecución como superior materialización de su garantía).

Este trabajo pretende defender que también es posible entender la facultad de uso antes de la retención, es decir en la ordinaria tenencia del depositario. Desde luego, la facultad de uso es necesaria y hay que defenderla en la retención —porque ostentarla en concepto de prenda lo va a permitir, como quedará justificado en el expositivo siguiente— pero, además, en la ordinaria tenencia del depositario, se va a sostener una facultad de uso por varias razones: una razón la avala la doctrina sostenida por ROCA JUAN, ya citada en expositivos anteriores, favorable al uso que pueda darse por parte del depositario (sin que se tenga que convertir el contrato en comodato) en interés del propio depositante y por razones de necesidad. A esta razón se pueden sumar dos más, una literal y otra sistemática: la primera se deduce del tenor del artículo 1767 del Código Civil que merece ser interpretado como prohibición de «servirse», pero no como prohibición de «usar»; y, la segunda surge al confrontar el precepto con el artículo 1770 del Código Civil que impone al depositario devolver «con todos los productos», lo que está confiriendo al depositario una tenencia de gerencia o de administración que le permita la explotación rentable.

Para reforzar el razonamiento anterior, y en igual sentido, conviene realizar una aproximación al artículo 1765 del Código Civil que reconoce eficacia al depósito incluso entre personas incapaces (como ya se viera anteriormente al

recordar el contenido del artículo 1764 del Código Civil que pretende garantizar una guarda y evitar el abandono en perjuicio o quebranto de la integridad de la cosa que está llamada a seguir produciendo y a rentabilizarse económica y, por ende, socialmente). En este artículo 1765 del Código Civil la eficacia del depósito cuando hay entrega a una persona que carecía de capacidad se dispone con previsión de productividad y en evitación del enriquecimiento injusto, legitimando al depositante para reivindicar la cosa con todo el provecho que el depositario hubiere obtenido. Esto demuestra que el legislador no desea penalizar el uso sino que, además de instaurar la regla por la cual se proscribe el uso para provecho propio y enriquecimiento del depositario, contempla la eventual productividad y la legitimidad del depositante (en ejercicio de acción directa y propia del depósito, al haber gozado este de eficacia jurídica, sin entender que haya acción reivindicatoria en sentido estricto) para instar la restitución de la cosa (mientras esta se encuentre en poder del depositario) con esa productividad acrecentada.

Quedaría por salvar la dificultad para reconocer el uso en la fase de prórroga. En el ejercicio del derecho de retención propiamente cabría defender dicha facultad aprovechando la generosa literalidad de la normativa (art. 1780 del Código Civil) que confirma que la posesión lo es en concepto de prenda, aunque presentaría la dificultad de la prohibición del artículo 1870 del Código Civil («El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda...»). No obstante, este obstáculo podría ser superado con la interpretación que sugiere el artículo 1868 del Código Civil, según la cual el acreedor queda obligado a cuidar activamente, desplegando la diligencia debida —como ya mandaba el precepto inmediatamente anterior, el artículo 1867 del Código Civil—, invitándole a acometer una intervención en la cosa para una guarda apropiada (profesional, quizá²⁶) que pueda también ser productiva, pudiendo usar (no necesariamente servirse) para obtener intereses («Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben...»). Entonces, además de que ese acreedor (retenedor) cuente, eventualmente, con autorización del deudor (al amparo del citado artículo 1870 del Código Civil, según añade su tenor a continuación y salvando la prohibición inicial), cabe afirmar una autorización legal. Aún así, es razonable pensar que, en lugar de debatir sobre la interpretación de la norma aprovechando su referente, convenga completar el régimen ordenador con la autorización expresa y exhaustiva que concrete un pliego de condiciones y un régimen de facultades y obligacional detallado. Razón añadida para apostar por la vía negocial en la constitución de la modalidad del contrato de depósito, del contrato de obra, etc., previa a la constitución del derecho real, por la inclusión del pacto de autorización de uso, con un clausulado minucioso, y para concluir también a favor del *ius distrahendi* en evitación de una mayor dilación y una posible carga para su titular.

Bien es verdad que, incluso en el desarrollo ordinario de la prenda, antes o con independencia de la autorización del uso, se prevé una necesaria adminis-

tración cuando la cosa produce intereses (ya en el depósito, antes de considerar la prórroga en garantía y en concepto de prenda, se dispone que el depositario devuelva con todos los productos —art. 1770 del Código Civil—), afectándola a ese rendimiento y, en su consecuencia, practicando una compensación con lo producido —cfr. art. 1868 del Código Civil—). Por tanto, hay que afirmar que el contenido ordinario de este derecho real incluye un uso y administración de la cosa ya que la obtención de frutos civiles, si es posible, es lícito procurarla (y, según se viene razonando, es lo económica y socialmente obligado, conforme entonces un derecho-deber), para luego compensarlos (autopago que es constitutivo de un acto de mayor relevancia en tanto supera la mera gestión y camina hacia la disposición puesto que se produce un trasvase de patrimonios).

En consecuencia, desde la inmersión en el mercado en el que por su afición al uso rentable e incluso a una cierta especulación la cosa va a producir intereses a favor del acreedor pignoraticio (titular de este *ius fruendi*), es posible reconocer un referente normativo y de consolidada tradición que ampara esta tenencia rentable por la que se aboga. A lo que se suma una guarda diligente que en ocasiones puede ser gravosa y exigir una gestión de uso para ubicar la cosa en un lugar de guarda idóneo donde no se deteriore, según el artículo 1867 del Código Civil (deterioro que, si es por naturaleza de la cosa, no le será en rigor exigible al mero guardador y si es por administración se le exigirá que la despliegue de modo diligente y, por ende, que sea cualificada, dentro de los actos de administración). Se insiste en este sentido para conformar y entender la custodia del acreedor pignoraticio (o de tercero), conforme mantiene GUILARTE ZAPATERO, comenzando por evocar el precepto general contenido en el artículo 1094 del Código Civil (ya citado en este estudio como referente necesario dispuesto en la teoría general de las obligaciones), para continuar afirmando la necesidad de que el acreedor guarde evitando cualquier menoscabo, hasta precisar que este debe desplegar toda actuación necesaria para impedir cualquier desvalorización de la cosa (GUILARTE ZAPATERO, 1990, 531)²⁷.

Actos de administración y de disposición, de uso y de venta, de gestión y de realización que no deben ser entendidos separadamente sino que hay que conjugarlos estratégicamente hasta determinar en qué fase se alcanza la rentabilidad según el mercado (contemplando un necesario análisis económico para medir una posible caducidad por deterioro previsto por el fabricante —la denominada «obsolescencia programada»— o la devaluación del paso del tiempo). Habrá que considerar que la más cualificada disposición puede estar desaconsejada si el mercado está «a la baja» o incluso inmovilizado, disuadiendo del *ius distrahendi* y recomendado mantener la gestión, por lo que criterios económicos, de oportunidad y, de nuevo, según la naturaleza de la cosa, informarán la actuación sobre la misma.

Se advierte pues del contenido interesante y quizás no suficientemente destacado de los dos preceptos de nuestro Código Civil mencionados (lo que de-

muestra, una vez más y con argumento añadido, la actualidad y eficacia del texto codificado): los artículos 1867 y 1868 del Código Civil que exigen, el primero, un cuidado diligente, de modo que hace responsable al tenedor del deterioro; y, el segundo, una inmersión de la cosa en el mercado para que produzca los intereses que, potencialmente, han de rentar, obligando a continuación al acreedor a una compensación. Merece destacar ese hecho de que, con anterioridad a una autorización negocial de cara a posibilitar el uso de la cosa, se pueda entender determinada una autorización legal para avalar tal uso. Sostener esta interpretación más flexible y favorable, además de ser lo propio de los tiempos actuales, marcados por una incesante productividad, es lo que se deduce del análisis del Código Civil y de una lectura confrontada de los preceptos que lo componen: además de ese artículo 1868 del Código Civil, conectado con el artículo 1870 del Código Civil relativo a la prenda, se ha de confrontar también, en la regulación codificada del depósito, el artículo 1767 del Código Civil —que parece prohibir el uso al depositario— con el artículo 1770 del Código Civil, que le obliga a devolver la cosa con sus productos, haciendo eco de nuevo de una labor de explotación o de gerencia de empresa por tenencia diligente y rentable. En suma, es posible reconocer un uso que, a mayor posibilidad, se sostiene también con la interpretación generosa que se propone del mismo artículo 1767 del Código Civil, para que pueda parecer que lo que sanciona es el mal uso, no el buen uso. Autorización legal para usar que, en fin, pueda ser entendida incluso no solo como el permiso sino como la obligación de recaudar unos intereses, sumergiendo la cosa en el mercado en el que se posibilita la obtención de los mismos, completando tal rendimiento con la tarea de imputarlos a un pago.

Encontrando acomodo en tal lectura del Código Civil, este trabajo predica una tenencia responsable, con una guarda apropiada y con la garantía de no quebranto ni deterioro, que implica necesariamente una labor de administración o de gerencia diligente. A esto se une una afección en la obtención de rentabilidad que, lejos de un apartamiento del mercado para el solo almacenamiento, comporta una inmersión en el escenario productivo para, desde luego, asegurar los frutos civiles en forma de intereses. Cuanto más, en un escenario ordenado por la Constitución en la que poseen eficacia directa los preceptos que conforman la llamada «Constitución económica», los artículos 33, 38, 128 CE ya referidos con anterioridad.

Por todo lo cual, antes de una autorización de dueño para mayor uso, es la eficacia misma de la norma (arts. 1867 y 1868 del Código Civil) la que permite al acreedor pignoraticio un uso. De esta manera, la prohibición expresa del artículo 1870 del Código Civil (como también la prohibición rotunda del art. 1767 del Código Civil, cuando se confronta con la productividad que contempla el art. 1770 del Código Civil para que la obtenga el depositario y que deberá acumular en su entrega al depositante) deberá ser interpretada respecto

a la prevención o represión del abuso, o restringida al supuesto en el que la cosa, efectivamente, se deteriore por el uso y, aún dentro de este, ponderando entre una caducidad calculada —«obsolescencia programada», que enfrenta a todo desuso— y una pérdida de oportunidad de cara a la rentabilidad que puede ofrecer el mercado: habrá que sopesar el deterioro calculado por el fabricante y el efecto de un mercado devaluador para saber cuando se pierde más por el desuso (y procurar entonces evitarlo).

Uso del retenedor que se está defendiendo en este estudio y que parece ser lo más justo en la actualidad, encontrando sendos referentes normativos, además de los más concretos al caso que puedan darse por vía negocial (y así se recomienda desde el análisis económico de la situación), para explicar y extender, en igual sentido, la interpretación literal más sencilla pero que es acorde con la interpretación favorable al uso. En esa línea hay que comprender las previsiones del artículo 1882 del Código Civil para el acreedor anticrítico y lo regulado en otros derechos reales donde no debe haber mayor debate: en el usufructo, cuando por definición se ha de contar con la facultad de uso a fin de obtener el rendimiento o frutos (con el refuerzo que presta al artículo 467 del Código Civil el art. 479 del Código Civil —al conferir las servidumbres y, por ende, lo necesario para el uso—); y en la posesión misma, cuando se tiene propiamente o, lo que es lo mismo, en concepto de dueño, por lo que, si en actos de riguroso dominio se sabe la disposición, cuanto más cabe legitimar la gestión de uso o administración (es ilustrativo, por demás, el artículo 457 del Código Civil que dispone que el poseedor de buena fe no responde de los deterioros o pérdidas de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo).

Después de todas estas posibilidades legales, en la determinación de las amplias facultades del derecho de retener que se predicen, lo conveniente es impulsar la negociación para que, con ocasión de constituir la garantía, queden fijadas las condiciones más apropiadas, según el análisis económico y la oportunidad de mercado en equilibrio con el referente social, para concretar el tratamiento más óptimo de la garantía, es decir, para contemplar la retención desde la más sencilla y suficiente guarda a la más activa dispensación de cuidados, hasta la más precisa y necesaria explotación; así como también, con el refuerzo del clausulado, acordar los costes de la detención (GUILARTE ZAPATERO, 1990, 532)²⁸ y fijar el momento y condiciones de una conveniente realización de valor para terminar la detención ante la resistencia del impago y la evidencia de dejar de operar el beneficio y soportarse en la prórroga una carga (evitando siempre que la vía negocial incurra en un ejercicio abusivo o antisocial —según se ha advertido desde el principio de este estudio— si es que a través de la retención se pretende, por ejemplo, un almacenamiento especulativo, reservando o aplazando la inmersión en el mercado de los bienes retirados a una oportunidad de mayor demanda y rentabilidad comercial, lo

que puede llegar a constituir un fraude de ley por utilizar la retención para una pignoración puramente especulativa o incluso ser reprochable a tenor la regulación de la competencia).

IV. CONCLUSIONES

I. La conveniencia de una delimitación de la figura. Corresponde abordar la delimitación de la figura para concluir lo que no es el *ius retentionis* (una manifestación de abuso de derecho, un privilegio, una retención sin tenerla frente a un deudor) y para saber el campo en el que opera (como una institución propia del Derecho Privado).

El *ius retentionis* es una figura que demanda un tratamiento que contribuya a clarificar su legitimidad, fundamentación y eficacia o alcance, una vez descartado que se trate de un privilegio y una vez asumido que se proscribe todo recurso al ejercicio abusivo de la prolongación de la posesión. De igual modo, hay que rechazar la tenencia que, aunque manifieste la misma apariencia posesoria que la posesión legítima y de esa forma busque la tutela jurídica, se sustente en la sustracción. Por todo ello, en este trabajo se ha constatado una mala praxis en aquellas modalidades de retención ausentes de causa que están provocando abundante litigiosidad.

Con el referente de la igualdad ante la ley, de la justa causa negocial, de la precisa preservación de la igualdad entre partes y de la proscripción del abuso de derecho quedaría bien informado el recurso a esta figura. Escapa además a esta institución la retención que se ejerce sin consideración a un deudor (algunos supuestos localizados y puntualmente relacionados en los antecedentes del estudio —por todos el supuesto del albaceazgo—) así como la retención negociada con fines fraudulentos (aparentando mejor derecho frente a un acreedor o apartando un bien del tráfico por pura especulación), de manera que todos esos supuestos extraños deben ser separados del régimen propio acotado.

El estudio del *ius retentionis* permite clarificar también que este ha de operar en el tráfico entre particulares, es decir en el Derecho privado, en tanto la generalización de la autotutela en Derecho Administrativo extendería la manifestación retenedora que, en equidad, ha de ser extraordinaria, aunque el *imperium* pueda fundamentar alguna frecuencia retenedora, quizás excesiva, a favor de los Poderes Públicos. Como también, este estudio viene a situar la clave para abordar el derecho de retención en el tráfico entre particulares, teniendo el Código Civil como instrumento normativo de referencia, de actualidad y de gran eficacia jurídica ya que posee un articulado intemporal sobre cuyo tenor conviene volver para extraer la mayor y mejor significación.

II. La necesidad de un tratamiento unitario. El *ius retentionis* es una figura que ha de ser abordada con un tratamiento unitario, superando el casuismo

y proclamando sus fundamentos y argumentos de justicia informantes. Esta unificación pasa por superar toda radical contraposición entre derechos de crédito y derechos reales, sujetando el Derecho Patrimonial al Derecho Social y Económico Constitucional, contribuyendo a que los preceptos que conforman la llamada «Constitución Económica» ganen eficacia jurídica y así superar la opinión de quienes los califican por su valor programático más que por su aplicación directa.

En efecto, la conveniencia de la relación de supuestos reconocidos en la norma va a permitir, en lugar de evidenciar una dispersión y una diversidad, unificar su tratamiento y depurar su fundamentación, a partir del entrelazamiento, análisis, concordancia e integración de las normas reguladoras, partiendo del referente primero y común del hecho posesorio que se tutela jurídicamente como exteriorización de un derecho (desde luego del derecho de propiedad) y, además, por esperar de todo poseedor el cumplimiento de una función social que se alcanza con el rendimiento que en la tenencia o en la retención se obtiene.

La armonización del tratamiento de esta institución, desde su fundamento, se completa con la generalización de su inclusión por vía negocial, como cauce para velar por la seguridad jurídica de la figura, ajustándose siempre a la razón que en Derecho la explica: ser un mecanismo de reequilibrio entre las partes, de sobretutela de la parte débil contratante, para evitar una mayor onerosidad a favor del acreedor en garantía de su crédito y para compensar su posición gravosa, añadida con los costes de la misma tenencia y cuidado de la cosa. Por tanto, cualquiera que sea su fuente, aunque haya distinción en el supuesto particular que acoja el *ius retentionis* (ya sea un derecho crediticio o un derecho real el que le anteceda y desde el que se genere) hay que legitimarlo e interpretarlo según los criterios de la causa y la equidad —en su fundamento—; como también, según la naturaleza de la cosa, se ha de favorecer —en su proyección y contenido— la interpretación de la norma y la concreción o constitución por la libre negociación (en las modalidades de depósito, de préstamo, de obra,...) favorable al uso rentable y la oportunidad de realización de valor, siempre en correspondencia con una justa contraprestación, evitando el enriquecimiento y el empobrecimiento injusto.

En el estudio de esta figura se encuentra un argumento añadido para difuminar la rígida compartimentación entre derechos de crédito y derechos reales ya que, arrancando en una titularidad meramente crediticia, puede consolidarse la tenencia en un derecho real pleno, el *ius retentionis* que emerge a partir del concepto general de posesión o del el concepto particular de prenda; como también, desde una titularidad real cabe estimar el *ius retentionis* como un dominio debilitado en tanto una trascendencia real querida legitime un negocio fiduciario, aunque no implique una plena y definitiva consolidación del dominio. Por demás, el estudio ha servido para profundizar en ciertos contenidos de la titularidad crediticia y real, base del *ius retentionis*, y para poder explicar

(contribuyendo con ello a rebajar la rigidez en esta contraposición) un mayor contenido y unas facultades amplias de gestión y disposición.

III. La realidad de unos rasgos diferenciadores no impeditiva del tratamiento unitario. Debe entenderse que los rasgos diferenciadores reconocidos tras el recorrido por los diferentes supuestos no son esenciales ni impeditivos de un tratamiento unitario. Y es que es preciso comprender también el por qué del tratamiento separado tradicionalmente seguido, a partir de una variedad de supuestos y por razón de un prejuicio negativo para asumir la unificación. Sin embargo, la unidad y coherencia del Ordenamiento Jurídico exigen el reconocimiento de argumentos de justicia comunes para legitimar el *ius retentionis*, cuales son el mencionado reequilibrio entre las partes, la evitación de una mayor onerosidad, la justicia del contrato, el ponderar efectivamente en equidad, la causa según una justa contraprestación y la garantía del crédito.

Si bien, aquella diversidad obedece a que no es menos cierto que hay variables que permanecen y que son dignas de ser destacadas ya que en un derecho real se da la retención como expresión misma del constituyente traspaso posesorio, así ocurre en la prenda mobiliaria ordinaria, aunque con un matiz importante como es que se prorrogue la posesión en garantía de un segundo débito no constituido con garantía real; mientras que en contratos como el de depósito se reconoce la retención en concepto de prenda si bien se duda que sea una pura prenda al pensar en sustraerle el *ius distrahendi*. De otra parte, en el arrendamiento, se favorece la retención aunque no en concepto de prenda, si bien hay una trascendencia real en tanto se sujeta al régimen de la posesión; de otro lado, en supuestos nacidos de negocios fiduciarios, la relevancia real es plena en ese traspaso posesorio aunque se va a afirmar que para que sea válido y no padezca desproporción el dominio del fiduciario es debilitado.

Conforme se infiere esos rasgos diferenciadores no serán impeditivos del tratamiento unificador, sobre todo porque con este estudio se han constatado numerosas soluciones normativas notablemente confusas y su clarificación requiere una configuración unitaria para contribuir a la eficacia de la figura que, en efecto, se estima que se alcanza con esta construcción: tratamiento unificador y configuración unitaria (una vez constatado que ciertas indefiniciones y la excesiva dispersión se ha traducido en una falta de utilidad y conflictividad dilatadora y disfuncional).

Diferencias localizadas que, en efecto, no se consideran sustanciales ni impeditivas del tratamiento defendido, ya que prevalece un fundamento común y una realidad práctico-social a la que proyectarse, permitiéndonos depurar el sentido que en ciertas figuras crediticias tiene la fuerza de la letra en concepto de prenda; como también en otras categorías reales se vence la resistencia para considerar un amplio contenido de facultades, desde la general posesión, al detentarse en concepto de dueño, hasta la particular prenda con el uso permitido en el artículo 1868 del Código Civil, consiguiendo matizar la rigidez aparente

de preceptos como el artículo 1870 del Código Civil. Interpretación favorable que también posibilita el artículo 1770 del Código Civil al regular el depósito y obligar a la devolución de la cosa con los productos y accesiones. Precepto este que tan gráficamente ha servido para interpretar el artículo 1767 del Código Civil (que debe permitir un uso proclive a la eventual producción, antes que la conversión de ese depósito en préstamo, según prevé el art. 1768 del Código Civil; acorde también al contenido del artículo 1765 del Código Civil que contempla la posibilidad de haber usado e incluso dispuesto con generación de plusvalía). En definitiva no debe sostenerse una rigidez donde el legislador no la impone, cuanto más cuando la causa o finalidad práctico social desaconseja el *ius retentionis* en su *status quo* y como sola medida de presión para el cobro ya que entonces no servirá a su mayor significación y más exigente función, que pasa por garantizar la utilidad particular y general con el incesante rendimiento óptimo individual y social.

IV. La apuesta por el reconocimiento de una amplitud de facultades. La necesidad del reconocimiento de una amplitud de facultades es clave para la eficacia del *ius retentionis*. La prórroga en la posesión de una cosa ha de justificarse en su valor económico y, por ende, con sujeción a una dinámica necesaria para conseguir su rentabilidad preservando su dimensión patrimonial, en armonía a su rendimiento social. Así lo informa la naturaleza de la cosa en su desenvolvimiento afectado a la utilidad para los particulares y para no perder el valor de mercado; y, siempre, según ordena el referente constitucional que manda preservar el interés general, servido con la función social.

Eficacia jurídica, la del *ius retentionis*, que pasa por favorecer la realización de valor en tanto la titularidad de la tenencia para la garantía del crédito, si se aquiega en la mera detención, puede resultar gravosa, bien sea por los costes de guarda bien sea por la falta de rendimiento social y la pérdida de valor o deterioro. Antes de esa ejecución, expresión de un ejercicio de derecho subjetivo pleno en el que reconocer el poder de disposición, hay que atender a un poder de gestión, a materializar con un uso apropiado y necesario, favorecido (y urgido, incluso) con el referente constitucional pero ya ampliamente autorizado en el contenido codificado. En efecto, existen en el Código Civil suficientes preceptos que inspiran esa interpretación y, por tanto, hay que concluir una vez más a favor de la actualidad y virtualidad de este texto legal principal.

Todo ello justifica la necesidad de un análisis económico y, según la naturaleza de la cosa, de calibrar la oportunidad y la conveniencia de pactar la autorización para el uso así como de interpretar la cláusula contractual o la norma del supuesto particular, en caso de conflicto y para concretar y solucionar supuestos de retención, de modo favorable a un nivel, cuando menos, de uso mínimo: el preciso para una guarda activa, cualificada y de gestión rentable. También se debe favorecer el *ius distrahendi* porque, antes de asistir a situaciones en las que la tenencia y la conservación puedan ser tan antieconómicas

o gravosas como el acceso a la titularidad misma, es práctico concluir que la mayor seguridad en la función de garantía, que representa el retener, se alcanza con la ejecución forzosa de la cosa retenida para salir del *ius possidendi*.

En atención a lo expuesto es conveniente concebir la figura como un derecho subjetivo, integrado por un haz de facultades necesarias y amplias para servir a su función de garantía, con una naturaleza real. Así, como derecho real de garantía, se ha podido avanzar en su configuración invocando la prenda como figura de referencia para entender el *ius retentionis* con la aspiración de conseguir una mayor significación y eficacia en consideración a varias cuestiones: primera, se cita su concepto como el propio por el que retener, así en distintas figuras contractuales (cuando el articulado del Código repite que se retendrá en concepto de prenda); en segundo lugar, respecto a su regulación particular, se sabe de su naturaleza de derecho real; en tercer lugar, por el expreso reconocimiento que contiene la prenda de la facultad retener; en cuarto lugar, porque en dicha regulación se recoge un *ius distrahendi* de modo indubitable; en quinto lugar, puesto que esa prórroga de la retención en garantía del crédito, se hace con una extensión tal que se dispone a favor de un segundo crédito que incluso pudo contraerse sin garantía real; en sexto lugar, porque cuenta con una consideración de crédito privilegiado; y finalmente, en séptimo lugar, en relación a la facultad de uso, pudiendo superar el debate en su fuente negocial mediante el pliego obligacional y, en todo caso, interpretando el régimen legal como favorable a la misma. Y es que, en fin, lo que guía este estudio, según se concluye de la propuesta del contenido amplio del derecho de retención realizada, es reforzar la seguridad del tráfico, reforzar la función de garantía y permitir optar por una visión de la economía que trasciende al titular del *ius retentionis* para contribuir de modo incesante a un interés general desde el rendimiento —más óptimo— económico de los bienes y, por ende, social, según exige el mandato constitucional.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 29 de marzo de 1984
- STS Sala Primera de 7 de julio de 1987
- STS de 4 de octubre de 1989
- STS de 2 de diciembre de 1996
- STS Sala Primera de 27 de enero de 1998
- STS de 5 de marzo de 2001
- STS de 21 de octubre de 2002
- SAP de Ávila de 23 de noviembre de 2002
- STS de 5 de febrero de 2003
- STS de 13 de febrero de 2007

- STS de 31 de enero de 2008
- STS de 31 de diciembre de 2008
- SAP de Murcia de 10 de mayo de 2011

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTO LAGO, J.M., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., MORALEJO IMBERNÓN, N. Y COLAS ESCANDÓN, A.M. (2010). *Contratos de garantía*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CAZORLA PRIETO, L.M. (1985). *Comentarios a la Constitución Española*, artículo 128, Madrid: Civitas.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Derecho de Cosas, Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ CALLE, E. (2011). El derecho de retención sobre bienes inmuebles, *Indret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf_es_.pdf.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXIII, Edersa.
- LÓPEZ SANTANA, N. (2002). *El contrato bancario de administración de valores*, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, Serie Derecho, núm. 95.
- MARTÍN PÉREZ, A. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VI, Madrid: Edersa.
- MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M. (2003). Sinopsis artículo 128 CE. Congreso de los Diputados [En línea], disponible en <http://www.congreso.es.consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=128&tipo=2>
- ROCA JUAN, J. (1982). *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXII, Vol. 1, Madrid: Edersa.
- SABATER BAYLE, I. (1992). La facultad de retención posesoria, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 13.
- VIVAS TESÓN, I. (2002). El contrato de mandato: Tirantonline (TOL 173.298, 2002).

NOTAS

¹ Según los dictados de la «Constitución económica» o referentes principales y vinculantes informadores del desenvolvimiento de los bienes de rendimiento económico y su sujeción, en armonía con la titularidad real dominical, a una función social e interés general. Por lo que hay que hablar de «análisis económico del Derecho» para observar y garantizar la oportunidad en costes.

La Constitución, corrigiendo excesos liberales, participa de la concepción, común a las sociedades modernas, de que la economía, por su dimensión social, ostenta un protagonismo esencial para la convivencia democrática y la configuración de un orden social justo. MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M. (2003). Sinopsis artículo 128. Congreso de los Diputados [En línea], disponible en <http://www.congreso.es.consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=128&tipo=2>.

² Siendo oportuno traer a colación como referente normativo de arranque de esa política de justicia social y protectora de los deudores hipotecarios el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (que concedía el plazo de dos años de suspensión de los desahucios). *BOE* de 16 de noviembre de 2012. www.boe.es.

³ «En consecuencia, bajo el prisma de la función legitimadora, diríamos que la posesión es la situación jurídica que legitima a una persona en virtud de la apariencia para ejercitarse el derecho que dicha apariencia manifiesta o pública, o permite a los terceros confiar en ella». *Vid. DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). Sistema de Derecho Civil, Vol. III, Derecho de Cosas, Madrid: Tecnos (p. 88).*

⁴ Se puede ejemplificar tal detentación impropia, aún desde el justo título, en el supuesto de un depósito judicial (art. 1785 del Código Civil) con el que, desde la mera guarda o almacenamiento, se obstaculice el rendimiento económico que, sin interrupción, merece el interés social o se anule con el deterioro de la cosa por su misma falta uso o cuidado activo. Y es que ese artículo 1785 del Código Civil no puede aplicarse sin observar el contenido obligacional impuesto en el artículo 1788 del Código Civil.

Ad exemplum, se puede recordar el secuestro de un caballo de carreras que, con el trascurso del tiempo, degenera en un «jamelgo» sin posible rendimiento —baste recordar el embargo que se dispuso con ocasión del llamado caso Roca o caso Malaya, por especulación delictiva en Marbella, con el problema de embargo de la finca La Caridad que era propiedad de este imputado y de lo que se hizo eco la prensa: «El problema ahora es qué hacer y dónde alojar tanto los animales como los objetos, todos intervenidos judicialmente por el tribunal que juzga el caso Malaya. La administración judicial y el procesado, bajo la tutela del tribunal, han alcanzado un acuerdo para que se venda la cuadra, sin embargo, y por el momento, no se halla comprador» www.malagahoy.es. 19 de febrero de 2011—.

Ya previó esta situación ROCA JUAN relativizando una rigidez en la posibilidad de reconocer la facultad de uso a favor del depositario, previendo precisamente que quepa ese uso porque se autorice por el dueño de la cosa y sin que por ello deje de ser depósito y se convierta en comodato, en tanto la función principal sea la guarda y accesorio el uso que puede darse en interés del propio depositante y que se dé, en cualquier caso, por necesidad (caso del deber de conservación de un animal que debe ejercitarse). *Vid. ROCA JUAN, J. (1982). Comentarios al Código Civil, Tomo XXII, Vol. 1, Madrid: Edersa, p. 238.*

⁵ La doctrina constitucionalista, como la representada por CAZORLA PRIETO ha venido interpretando el artículo 128 CE como un precepto de rango meramente programático, de difícil aplicación directa, sin que esto implique renunciar a conseguir mayor eficacia del mismo «como manifestación de un postulado informador de todo el ordenamiento constitucional español», resultando recomendable su invocación en apoyo de otros preceptos. *CAZORLA PRIETO, L.M. (1985). Comentarios a la Constitución Española, artículo 128, Madrid: Civitas (p. 1877).*

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 918/2008 de 31 de diciembre, que a su vez se remite a otros precedentes, en la que se argumenta en contra de liquidaciones pretendidas por abogados que simplemente se apropiaron del dinero de sus clientes. Solo la existencia de un derecho de retención justificaría la conducta del letrado, prosigue afirmando la STS 918/2008: existe apropiación indebida cuando el letrado, tras realizar o no gestiones correspondientes al asunto aceptado y sin rendir cuentas de las mismas, no devuelve las cantidades percibidas en provisión de fondos, porque su minuta no es instrumento hábil para realizar la expresada compensación, ya que por sí misma y por proceder de acto unilateral de quien la libra no justifica la existencia de un crédito real y vencido, que es condición imprescindible para que opere la citada compensación (STS de 29 de marzo de 1984); pues, en definitiva, solo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación.

Cabe señalar, con la STS 92/2008 de 31 de enero, que: «Existe al respecto una consolidada doctrina de esta Sala que niega al abogado una especie de *ius retentionis* que le permitiría

hacerse “autopago” de minutas debidas con el cobro de cantidades por otros conceptos que le hubiese encargado su principal. En tal sentido, podemos citar las SSTS 1749/2002 de 21 de octubre, 150/2003 de 5 de febrero, 117/2007 de 13 de febrero. Se podrá discutir si se está en presencia de un delito de apropiación indebida, como se sancionó en la sentencia sometida al presente control casacional, o bien en el delito de deslealtad profesional del artículo 467-2.^º que sería el delito especial por la condición de sujeto activo frente al genérico de apropiación indebida, pero en todo caso, lo que es claro es que resulta claramente antijurídico el hecho de que el Abogado o Procurador haga suyo las cantidades recibidas sin entregarlas a su principal al socaire de minutas o derechos que aquel les debía».

⁷ Así lo constata y expresa I. SABATER BAYLE (1992), en el estudio titulado *La facultad de retención posesoria*, publicado en la *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 13, 77.

⁸ STS, 1.^a, 4 de octubre de 1989, Recurso núm. 679. TOL núm. 1.731.445. www.tiran-tonline.com.

⁹ GÓMEZ CALLE, E. (2011). El Derecho de retención sobre bienes muebles, *Indret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf_es_.pdf.

¹⁰ De esta conclusión se hace eco doctrina autorizada que toma este referente para fundamentar el tratamiento separado y fijar naturaleza y eficacia diferente en cada supuesto. Por todos, ROCA JUAN, J. (1982). *Op cit.*, p. 289.

¹¹ Al referente doctrinal anterior autorizado se suma, en esta cuestión primera de aportar un concepto único, el de SABATER BAYLE, I. *Op. cit.*, 75-101.

¹² Por todos, recurriendo a la doctrina clásica, se puede citar el concepto recogido en la obra de FEDERICO DE CASTRO: «El derecho subjetivo, en nuestro Derecho, puede ser considerado como 'la situación de poder concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa'... Es un poder confiado a un miembro de la comunidad... se le confiere una posición de superioridad... su esencia se manifiesta en un doble valor: como poder sobre una situación jurídica (poder de disposición) y por ser lícitos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de los lícitos)». DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas, p. 573.

¹³ Debe evitarse una vinculación perpetua (y no solo superando un Antiguo Régimen y sus figuras de manos muertas o mayorazgos, si no en el Derecho moderno evitando posesiones indefinidas separadas del dominio y, en este, rechazando la falta de dinámica en tráfico o en gestión y explotación comprometida a la naturaleza y rendimientos sociales y económicos) con la experiencia de una posibilidad de relaciones indefinidas negativas como la arrendaticia ya superada, caminando paulatinamente desde aquella primera sobreprotección a favor del inquilino que casi desnaturalizaba la figura —exigente, por definición, con una temporalidad, según el artículo 1543 del Código Civil— y que la LAU de 1964 mantenía, aunque se liberalizó a partir de 1985 y, desde luego, ya con el texto articulado de 1994.

¹⁴ Con referencia a los artículos 127 y 128, también a los artículos 301.5 y 374 CP y al artículo 385 bis relativo a la materia de seguridad vial. Otras referencias específicas al comiso en el artículo 431 respecto a los delitos de cohecho y tráfico de influencias; y, en fin, el artículo 317.3.^º en los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo.

¹⁵ Con la STS, Sala Primera, de 7 de julio de 1987, en palabras resumidas de SABATER BAYLE, se viene a considerar la naturaleza jurídica de la facultad de retención posesoria —que se aleja de lo declarado en la Sentencia de 24 de junio de 1941— afirmando que el artículo 1730 del Código Civil reconoce a favor del mandatario una garantía real pignoraticia. SABATER BAYLE, I, *op. cit.*, 81.

¹⁶ Así argumenta MARTÍN PÉREZ que aborda el fundamento de la protección posesoria fijándolo primeramente como exteriorización de la propiedad y, en general, como apariencia de los derechos (tal como lo refiere IHERING, SAVIGNY Y MESSINEO); entendiendo que este argumento debe completarse con la función social que cumple la posesión, por lo que se ha de comprender, invocando a autores como BARASSI O HERNANDEZ GIL, que la intervención productiva sobre una cosa o patrimonio es más útil económicamente que la

titularidad hueca. MARTÍN PÉREZ, A. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VI, Madrid: Edersa (pp. 9-13).

¹⁷ En esta posición favorable relaciona GÓMEZ CALLE doctrina francesa y alemana, citando además el párrafo 61 del Capítulo I de la Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, elaborada por la CNUDMI. GÓMEZ CALLE, E. (2011). «El derecho de retención sobre bienes inmuebles», *Indret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf_es_.pdf.

¹⁸ En particular, en este contrato de obra, se presenta un alto número de litigiosidad, invocando en este estudio y para resaltar la eficacia del *ius retentionis* algunos referentes de doctrina de tribunales: SAP de Ávila, núm. 267/2002, de 23 de noviembre (*JUR* 2003, 13680 Aranzadi Insignis) y SAP de Murcia (Sección 5.^a), núm. 135/2011 de 10 de mayo (*JUR* 2011, 214537), reconociéndose una eficacia civil por encima de una normativa administrativa (por ejemplo la exigente con la emisión de presupuesto) e incluso afirmando este derecho de retención por los trabajos realizados que sean, aunque no haya reparación (quizá por acontecer un desistimiento antes de la reparación completa).

¹⁹ En este sentido razona VIVAS TESÓN, cuando aborda la ineficacia del precontrato en el mandato. VIVAS TESÓN, I. (2002). «El contrato de mandato». *Tirantonline* (TOL 173.298, 2002).

²⁰ Porque es lícito el mismo negocio fiduciario que dio causa a la atribución patrimonial de fiduciante a fiduciario. Negocio fiduciario que «consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista», según la STS de 2 de diciembre de 1996 y, posteriormente, STS de 5 de marzo de 2001.

²¹ Abordar la cuestión más polémica del *ius retentionis* es debatir su naturaleza, según afirma LÓPEZ SANTANA, a propósito de estudiar la normal inclusión en las Condiciones Generales de Contratación de los contratos tipo de depósito y administración de valores, la facultad de los bancos de enajenar los valores cuando en la «cuenta de efectivo» se origine un saldo deudor. Esta autora se ocupa de la necesidad de dilucidar si participa de una naturaleza real y, en concreto, pignorática que parece que se recoge en los artículos 1730 y 1780 del Código Civil, haciendo eco de una doctrina mayoritaria que niega tal relevancia real (si acaso aceptando la oponibilidad a terceros); aunque al mostrar el debate queda plasmada la postura de autores como DEL POZO CARRASCOSA, que sí esgrimen argumentos favorables al reconocimiento de la relevancia real, tanto el literal (según el tenor de los dos preceptos y su reseña expresa a la prenda) como el finalista (al entender la utilidad y mayor tutela que con esta garantía se presta al acreedor). LÓPEZ SANTANA, N. (2002). *El contrato bancario de administración de valores*, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, Serie Derecho, núm. 95, pp. 355-360.

²² Aunque, precisamente en el depósito, un argumento en contra y para el debate es aquel en el que, reconociendo que el depósito puede constituirse por quien no es dueño de la cosa, se plantea el riesgo de ejecutar lo ajeno al deudor (cfr. art. 1771 del Código Civil).

²³ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

²⁴ Así se interpreta, según ese fundamento y esa finalidad, con ocasión de estudiar el contrato de prenda en particular, en la obra de BUSTO LAGO, J.M., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., MORALEJO IMBERNÓN, N. y COLAS ESCANDÓN, A.M. (2010). *Contratos de garantía*, Tirant Lo Blanch.

²⁵ Aunque esta rigidez para reconocer facultades de uso y administración al depositario (confirmada repetidamente y con variados argumentos, como el que puede representar la prohibición de compensación del art. 1200 del Código Civil), se puede relativizar admitiendo, antes de entrar en esa fase de retención o tenencia prorrogada y estando todavía en la tenencia ordinaria del depósito, una extracción de frutos naturales a favor del depositario —por ejemplo, las crías de un animal— o, más sencillo aún, evitando el deterioro de una máquina que precisa un funcionamiento.

²⁶ Lo que explica que el depósito se pacte con carácter oneroso (al amparo de la opción negocial que concede el art. 1760 del Código Civil) y que los Tribunales rechacen considerar como gastos los contemplados en el artículo 1779 del Código Civil puesto que, en realidad, se trata de la retribución, de modo que no es procedente imputarlo en el reembolso (STS, 1.^a, de 27 de enero de 1998, 1837-1994).

²⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXIII, Madrid: Edersa, p. 531.

²⁸ Evitando un conflicto en cuestiones confusamente ordenadas, como la relativa a si existe obligación de anticipar los gastos necesarios para la conservación de la cosa, respecto a la que se pronuncia GUILARTE ZAPATERO afirmando que del derecho de reembolso que contempla el artículo 1867 del Código Civil no se deduce la obligación del anticipo, solo el derecho de recuperar del pignorante el eventual anticipo. GUILARTE ZAPATERO, V.: *op. cit.*, p. 532.

(Trabajo recibido el 5-4-2016 y aceptado para su publicación el 5-5-2016)