

El derecho de retención en Cataluña.

Concepto y fundamento

SUMARIO: A) **EL DERECHO DE RETENCIÓN ANTES DE LA LEY DE GARANTÍAS POSESORIAS:** 1. CONCEPTO. 2. SUPUESTOS EN QUE SE CONCEDE DERECHO DE RETENCIÓN. 3. RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA JURÍDICA. 4. EL DERECHO DE RETENER EN PRENDA.—B) **EL DERECHO DE RETENCIÓN EN LA LEY 22/91:** 1. CONCEPTO. 2. NATURALEZA. 3. CARACTERES. 4. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—C) **EL FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCIÓN:** 1. EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN. 2. EL FUNDAMENTO DE LA NEGATIVA A DEVOLVER. 3. EL FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA.

A) EL DERECHO DE RETENCIÓN ANTES DE LA LEY DE GARANTÍAS POSESORIAS

La Ley catalana 22/91, de 29 de noviembre, «de garandes possessories sobre cosa moble» representa un fuerte impulso para el asentamiento definitivo del derecho de retención que hasta la entrada en vigor de esta norma se debatía entre la confusión y la ambigüedad. Antes de la Ley, el derecho de retención se presentaba como una garantía para el cumplimiento de determinadas obligaciones; sin embargo, carecía de un contenido claro, sus contornos eran difusos y las facultades que atribuía quedaban indeterminadas, por lo que era habitualmente ignorado desde amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia. Esta anárquica situación era el resultado de la falta de una regulación completa y sistemática de esta institución. En efecto, la anterior normativa simplemente concedía derecho de retención frente a algunas obligaciones, pero no establecía su concepto ni su régimen legal; nos encontrábamos con una regulación casuística en la que únicamente se designaban los supuestos en que se podía retener, pero no se concretaban las facultades y los deberes derivados de esta figura.

Esta falta de regulación se remonta al nacimiento de la retención. El origen de esta institución acostumbra a situarse en Roma (1); sin embargo, los juristas romanos no elaboraron una teoría general del derecho de retención y ni siquiera concibieron esta figura como una institución jurídica independiente. Así, la evolución posterior de esta garantía en el *ius comune* y, después, en el período codificador europeo viene marcada por la herencia del Derecho romano y está presidida por la falta de una concepción unitaria sobre el derecho de retención, lo que explica su ausencia de regulación, de ubicación sistemática y de elaboración doctrinal. La exigua tradición jurídica de esta institución ha quedado reflejada en nuestros cuerpos legales históricos, como los Usatges (2) o las Partidas (3), en los que esta figura aparece simplemente nombrada pero no desarrollada, y esta situación se ha arrastrado a la Compilación y, también, al Código Civil.

La ausencia de una regulación general de la retención propicia que los autores hayan agotado los epítetos que califican la dificultad de la materia. Los juristas que han estudiado esta figura no han disfrutado de un soporte legal sobre el que construir sus teorías. Ante esta falta de regulación legal, la aportación de la doctrina y, en menor medida, del Tribunal Supremo (por ejemplo, en su sentencia de 24 de junio de 1941), ha sido decisiva para tratar de esclarecer el concepto del derecho de retención; sin embargo, la labor hermenéutica es difícil y las posiciones doctrinales sobre el alcance, la naturaleza y las facultades que derivan de esta garantía son enormemente dispares, según los autores, proclamándose con igual soporte legal posiciones contradictorias.

(1) La mayoría de los tratadistas sitúan el origen del derecho de retención en el Derecho pretorio, como remedio del magistrado para evitar las consecuencias excesivamente rigurosas del sistema jurídico romano caracterizado por la tasación de las acciones. Esta institución se presenta como una *exceptio*, fundada en la equidad, concedida por el pretor cuando alguien intenta recuperar una cosa propia sin abonar los gastos que sobre ella había realizado el detentador material de la misma. Esta excepción, sin embargo, no es específica de la retención, sino que aparece integrada en la más amplia *exceptio doli*. Sobre este tema, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, PABLO, *El derecho de retención en el Código Civil Español*, págs 12 a 18.

(2) El Usatge sí *quins in alieno* (Libro VII, Título I, constitución única del volumen 1.º de las «Constitucions y altres drets de Catalunya»), que es un claro precedente del artículo 278 de la CDCC, dice: «Si algú en lo sol de altre de sa propia materia edifica casa, de aquell sie la casa de qui sera lo sol; pero si a bona fe haurá edificat crehent lo sol esser seu, poras reteñir la casa fins que lo preu de la materia e lo loguer dels metres li sie restituit...»

(3) L. 44, tit. XXVIII, Partida 3, en relación a la posesión; L. 9, tit. II, Partida 5, en relación al comodatario; L. 22, tit. XIII, Part. 5, en relación al acreedor pignoraticio; L. 10, tit. III, Part. 5, en relación al gestor de negocios ajenos.

1. CONCEPTO

El ordenamiento catalán, al igual que el español, ha dado un tratamiento casuístico y excepcional a esta figura, concediendo derecho de retención frente a unas obligaciones determinadas. La enumeración de supuestos que permiten retener, plantea la duda de si tratamos con una única institución o, por el contrario, se trata de diferentes casos inconexos ante los que es imposible hacer una construcción unitaria. Personalmente, considero necesario hablar de un único derecho de retención: porque parece difícil afirmar que cada vez que el legislador concede derecho de retención esté pensando en una institución diferente y porque los casos relacionados permiten extraer una estructura básica común a todos los derechos de retención (4). Estos presupuestos, que admite gran parte de la doctrina (5), son:

1. Posesión de la cosa. El que pretende retener la cosa ha de poseerla, se trata de una posesión inmediata, ya que sólo puede retener quien ostenta la tenencia material de la cosa. Salvo casos particulares, como el artículo 278 y el 301 CDCC, pueden ser objeto de retención, tanto los bienes muebles como los inmuebles, y siempre se tratará de una cosa ajena.

2. Existencia de un derecho de crédito. El retentor puede negar la entrega de la cosa porque existe un crédito a su favor. Quien ostenta la posesión

(4) DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, *El derecho de retener en prenda del depositario*, elabora el trabajo que más seriamente defiende la inviabilidad de realizar una construcción unitaria de esta institución y asevera la existencia de una pluralidad de derechos de retención. La base de su teoría se sustenta en que, entre los diversos supuestos que conceden derecho de retención, pueden inferirse palpables diferencias que Del Pozo esquematiza en su obra (págs. 24-26): variando la función, el fundamento y el contenido del derecho de retención en cada caso. Para este autor esta heterogeneidad tiene su justificación en que tratamos derechos de retención diversos. En cambio, JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *Comentario a la sentencia de 7 de julio de 1987*, pág. 4781, a pesar de reconocer que existe heterogeneidad, señala que los límites de esta heterogeneidad son, claramente, los institucionales de la figura.

En mi opinión, el derecho de retención es una única institución jurídica, no son seis o siete figuras distintas, sin ninguna conexión entre sí, con una regulación diferente y con total independencia de unos casos con otros. Debemos hablar de una única institución ya que, a pesar de las diferencias, no varía la esencia del derecho de retención caracterizado por la prórroga en la posesión de la cosa. El derecho de retención es una facultad concedida en garantía de determinados derechos de crédito; por ello, las diferencias entre los supuestos de retención tienen su origen en la configuración propia de los derechos subjetivos en que se engarza, no en la existencia de diferentes garantías.

(5) Recogen estos presupuestos, entre otros: ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, *Significación procesal del derecho de retención*, pág. 116 y sigs., que apunta la posibilidad de otro presupuesto que sería el reconocimiento expreso legal; VIÑAS MEY, JOSÉ, *El derecho de retención*, pág. 110; BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 71 y sigs.; LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL M., *Retención y mandato*, pág. 21 y sigs., y GÓMEZ CALERO, *El derecho de retener en prenda del artículo 1.600 del Código Civil y su problemática respecto de los vehículos de motor*, pág. 1077.

de la cosa debe ser el acreedor del crédito y deudor aquel a quien la cosa se debe restituir. En garantía de la satisfacción de esta obligación se posibilita que el retentor no devuelva la cosa hasta el completo pago de lo debido.

3. Conexión entre crédito y cosa. El crédito del retentor debe tener su origen en la cosa retenida o por razón de ella y no es posible retener por deudas extrañas a la cosa (6). Este requisito presenta una excepción en el artículo 1.866.2 del Código Civil, que parte de la doctrina esquiva, afirmando: bien que la conexión no es esencial en la estructura del derecho de retención, bien que este precepto regula un supuesto de prenda (7). Por último, para aquellos autores que defienden la posibilidad de aplicar el derecho de retención a supuestos no regulados por la Ley, la conexión entre el crédito y la cosa es el elemento distintivo de los créditos a los que se puede extender esta garantía (8).

Los presupuestos del derecho de retención (9) nos aproximan al concepto de esta garantía (10) de origen legal. Su definición es relativamente semejan-

(6) Por contra, LÓPEZ DE HARO, CARLOS, *El derecho de retención*, pág. 10, considera que el *ius retentionis* no es taxativo a los casos en que la obligación sea exclusivamente por causa o razón de la cosa retenible; en página 34 afirma que es absurdo que quien tiene un derecho contra una persona y además una cosa de ella, si esta cosa le puede asegurar la realización de aquel derecho, se la entregue, quedándose o pudiendo quedarse burlado; en páginas 38 y 39 sostiene que tanto hay enriquecimiento injusto del deudor si hay relación entre la cosa y el crédito como si no la hay. SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *La facultad de retención posesoria*, pág. 247, tampoco lo considera como un presupuesto de esta figura, ya que unas veces el crédito está relacionado con la cosa y otras veces no hay más relación que la preexistente posesión de la cosa por el acreedor.

(7) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La retención de cosa ajena*, pág. 51.

(8) ALMAGRO NOSETE, pág. 118. Esta teoría, propuesta por BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 44 y sigs., considera que si no hay disposición alguna que prohíba expresa y genéricamente el derecho de retención, el concurso del principio de la equidad (que en este caso actuaría en defecto de norma) y la analogía lograrían que, ante un mismo supuesto de hecho, se aplicara una misma consecuencia jurídica. De igual opinión es LÓPEZ DE HARO, pág. 161, y CANO, pág. 47, quien añade a esta opinión la existencia de un precepto general enmarcado en el artículo 453 del Código Civil. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de junio de 1941, se muestra contrario a la extensión analógica del derecho de retención. Igual criterio sostiene VIÑAS MEY, porque considera que el derecho de retención es una excepción al principio que proscribe la autodefensa (441 del Código Civil) y se trata de un derecho personal y no absoluto. Por su parte, SANCHO REBULLIDA, pág. 251, tampoco es partidario de la aplicación analógica, ya que no encuentra un principio general-fuente aplicable a distintos supuestos (este autor considera que el fundamento del derecho de retención es el art. 1.911 del Código Civil, esto es, el principio de la responsabilidad patrimonial).

(9) A los presupuestos señalados, SABATER BAYLE, ELSA, *Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria*, pág. 1974, añade otro, que es la extinción o decadencia del título posesorio; de igual forma, aunque otros autores no incluyen este requisito como parte de la estructura del derecho de retención, también reconocen su necesidad: CANO, pág. 37, y SANCHO REBULLIDA, pág. 245.

(10) CANO, pág. 60, mantiene que en rigor no es una garantía, sino que tiene una cierta función de garantía ya que, primeramente, supone una negativa a cumplir.

te entre los autores, así para BELTRÁN DE HEREDIA (11), es «la facultad concedida a quien se encuentra en la tenencia de una cosa perteneciente a otra persona, para oponerse a su restitución, cuando el propietario la reclame hasta que no se le satisfaga el crédito que contra él tiene el tenedor por razón de la cosa misma». Por su parte, el Tribunal Supremo, en su conocida sentencia de 24 de junio de 1941, lo considera como una facultad de tener la cosa por título distinto del originario que se engendra en una disposición legal.

El objetivo del derecho de retención es mantener la posesión de la cosa: el retentor se niega a devolver el bien cuando ha concluido su título posesorio con la finalidad de forzar al deudor a pagar la obligación. Por esta razón, frente a la reclamación judicial de la cosa, la actuación típica del retentor es de defensa que se concreta en una excepción procesal. Sin embargo, es importante remarcar que la excepción no es el único medio para constituir esta garantía y también puede constituirse por otros medios diferentes, siempre que conste la voluntad de retener (12).

(11) BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 9.

(12) Tradicionalmente, el derecho de retención se constituye como una excepción procesal en el momento de contestar la demanda. Esta situación, que se remonta al Derecho romano, era utilizada por LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, págs. 273-278, para defender el carácter procesal, que no civil, de esta figura. Para este autor se trata de una excepción puramente procesal por no tener su arranque en el derecho sustantivo, como la *exceptio inadimpleti contractus*, constituida en la idea de la reciprocidad obligatoria. Para LARENZ no hay reciprocidad entre las obligaciones de reintegro de la cosa y de reembolso de los gastos hechos en ella; pero dentro del procedimiento civil —no antes— ésta se produce *ex lege* por la oposición de la excepción de retención, por lo que ésta es exclusivamente procesal. Otros autores como VIÑAS MEY, JOSÉ, *El derecho de retención*, pág. 112; LÓPEZ DE HARO, págs. 31 y 68; BELTRÁN DE HEREDIA, págs. 62 y 79, y GÓMEZ CALERO, pág. 1080, a pesar de considerar que esta institución es indiscutiblemente civil, mantienen que judicialmente únicamente se puede interponer el derecho de retención mediante excepción. ABRIL Y NAVAS, pág. 3, afirman el carácter constitutivo de la excepción de retención.

Frente a esta idea, ALMAGRO NOSETE, pág. 132 —cuya opinión comparto— defiende la posibilidad de accionar el derecho de retención. Considera que en el Derecho moderno no hay un sistema de acciones tasadas como en el Derecho romano, sino un poder general de accionar, y en base a ello quien tiene poder para excepcionar puede traducir a términos positivos su pretensión e igualmente puede accionar. El demandado tiene derecho a ejercitar en un proceso independiente aquellas pretensiones que como contenido de sus excepciones o defensas puede formular para impedir que prospere la pretensión del demandante. De esta forma, el retentor puede solicitar judicialmente que se declare su derecho de retención en supuestos de incertidumbre acerca de su naturaleza o su existencia.

El derecho de retención es una institución civil, ya que la acción judicial solamente *declara* un derecho ya existente. Parece que la jurisprudencia lo ha entendido de igual forma y, según la STS de 30 de mayo de 1969, el derecho de retención se formula en ejecución de sentencia como una *demanda* incidental.

2. SUPUESTOS EN QUE SE CONCEDE DERECHO DE RETENCIÓN

La situación anterior a la Ley 22/91 se caracteriza por la ausencia de una regulación unitaria y sistemática del derecho de retención (13), limitándose a recoger, sin desarrollar, casos específicos en que se concede esta garantía.

En el Derecho Civil catalán se concede derecho de retención en los siguientes supuestos:

- El artículo 278 CDCC confiere esta garantía en favor del que ha edificado, sembrado, plantado o roturado la tierra de otro de buena fe para el caso de que no se le satisfaga el importe de lo realizado. Se trata de un caso de retención sobre bienes inmuebles y su ejercicio corresponde a cualquier poseedor (14).
- El artículo 206 CDCC, que estaba en vigor al aparecer la Ley de Garantías Posesorias, fue derogado por el Código de Sucesiones y sustituido por los artículos 237 y 238 de dicho cuerpo legal, que lo reproducen casi literalmente, permite al fiduciario retener la herencia o el legado por razón de alguno de los créditos a que se refiere el artículo 208 CDCC (art. 240 del actual Código de Sucesiones).
- Y el artículo 301 CDCC, que ha sido derogado por la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de censos, atribuía derecho de retención al dueño del dominio útil frente al dueño del dominio directo por las mejoras realizadas sobre un bien inmueble.

Además, la ausencia de una regulación general de la retención en Derecho catalán provocaba que la legislación estatal también fuera aplicable en Cataluña. De esta forma, procedía la aplicación de las disposiciones del Código Civil (15), que conceden derecho de retención al poseedor de buena fe en garantía del pago de gastos necesarios y útiles (art. 453); al usufructuario, por las reparaciones extraordinarias realizadas (arts. 502 y 522); en el arrendamiento de obra se concede retención al que ha ejecutado una obra en garantía

(13) La STS de 24 de junio de 1941 afirma que no se ha construido una teoría del derecho de retención ni se ha cuidado de agrupar bajo una rúbrica común todos los supuestos que en el Código Civil y en el de Comercio aluden a él. En la misma línea se pronuncia O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Comentario al artículo 306 de la Compilación*, pág. 426. Sin embargo, es contrario a esta opinión MIRÓ I GIL, MÁRIUS, *El dret de retenció d'immobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació*, pág. 28, quien sostiene que «la CDCC, contrariament al CC i com al tres ordenaments jurídics, conté una regulació unitaria del dret de retenció com a institució pròpia, existent en si mateixa».

(14) MIRÓ I GIL, pág. 10 y sigs., defiende que este artículo es aplicable a cualquier poseedor.

(15) DEL POZO, pág. 26 y sigs., y VIÑAS MEY, JOSÉ, *Más sobre el derecho de retención*, pág. 1 y sigs., hacen un estudio detallado de cada uno de los supuestos recogidos en este cuerpo legal.

del pago de la misma (art. 1.600); al mandatario, por la existencia de un crédito por el anticipo de las cantidades necesarias para la ejecución del mandato y por los daños y perjuicios causados durante el cumplimiento del mismo (art. 1.730); al depositario, en garantía del completo pago de la cantidad debida por razón del depósito (art. 1.780); en la prenda se concede retención al acreedor pignoraticio si el deudor contrajese con él otra deuda antes de haber pagado la obligación garantizada (art. 1.866); de igual modo ocurre en la anticresis, ya que el artículo 1.886 remite al artículo 1.866; y, finalmente, se niega la posibilidad de retener al comodatario (art. 1.747) (16).

3. RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA

Al abordar este tema, es necesario señalar que, aunque la posición que mantengo puede considerarse mayoritaria, es fácil encontrar opiniones muy diferentes, debido a las continuas discrepancias de la doctrina en este punto.

Régimen jurídico. El aspecto más pacífico (aunque también discutido), que servirá de punto de partida para estudiar esta figura, es la declaración del carácter posesorio de la retención (17). El retentor es poseedor, pues mantiene la cosa bajo la esfera de su poder jurídico y, como tal, puede utilizar los interdictos que la Ley concede a todo poseedor (18). Otras características del derecho de retención son:

- Carece de privilegio: el retentor no tiene preferencia para el cobro del crédito.

(16) Un ejemplo de la disparidad de criterios sobre el derecho de retención es que, ante un precepto aparentemente tan claro, LÓPEZ DE HARO, CARLOS, *El derecho de retención*, pág. 150, afirma que se limita la prohibición de retener al comodatario únicamente a los casos que el artículo determina: créditos independientes de la cosa y las expensas, pudiendo retenerse por otro tipo de derechos.

(17) CANO, pág. 27, afirma que la retención constituye una posesión natural con un título propio o autónomo y que este punto es indiscutido e indiscutible, y en la página 76 afirma que aunque puede usar los interdictos, sólo podrá exigir la devolución de la cosa a alguien que tenga un título posesorio inferior al suyo. DEL POZO, pág. 31, afirma que se trata de una prórroga en la posesión de la cosa. LÓPEZ DE HARO, págs. 77 y 78, afirma que al retentor puede aplicársele el concepto de los artículos 431 y 432 del Código Civil por cuanto ejerce posesión en nombre ajeno. RAMOS GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, *El ámbito del derecho de retención. Su problemática*, pág. 959, afirma que es una modalidad posesoria y todo retinente es poseedor. SANCHO REBULLIDA, pág. 255, también comparte esta opinión.

(18) ALMAGRO NOSETTE, pág. 149 y sigs., además de afirmar la protección interdictal del retentor manifiesta que, debido a que las sentencias recaídas en este tipo de juicios no producen eficacia de cosa juzgada material, el retentor que no hubiera podido defenderse adecuadamente en el interdicto podrá instar frente al propietario un proceso declarativo en el que se decida cuál es la persona a que corresponde la posesión definitiva de la cosa.

- Carece de reipersecutoriedad: como retentor no puede recuperar la cosa perdida, aunque sí puede hacerlo como poseedor a través de interdictos (19).
- Tiene eficacia *erga omnes*: una interpretación literal de esta figura indica que se puede retener la cosa hasta el pago de lo debido, con independencia de quien la reclame y, por tanto, con eficacia frente a terceros. Otro dato que avala esta opinión es el origen legal de la garantía, el retentor puede haber recibido la cosa de persona distinta del propietario y, a pesar de ello, puede retener frente al propietario, por tanto, es lógico pensar que también pueda retener frente a terceros.

La doctrina mayoritaria también defiende la eficacia *erga omnes* del derecho de retención, incluso por autores que afirman la naturaleza personal de esta garantía (20).

(19) ROGER, MARIANO, *Enciclopedia Jurídica Española*, pág. 106, advierte que cuando la cosa retenida ha pasado a poder de terceros por voluntad del retentor, carece éste de derecho para su reintegración; sin embargo, cuando ha pasado a poder ajeno por actos de despojo, tiene el acreedor el derecho de perseguir la cosa retenida en manos de los terceros.

(20) JORDANO FRAGA, págs. 4773-4775, señala que aunque no exista un pronunciamiento legal expreso sobre la cuestión, los argumentos que se adopten deben tener apoyo legal. Así, este autor sustenta la oponibilidad frente a terceros de la *exceptio retentionis*, basándose principalmente en la interpretación finalista de las leyes (art. 3.1 del Código Civil), de este modo, si la *ratio* de dichas normas es otorgar una garantía a quien está obligado a restituir las cosas, lo más conforme con dicho fundamento garantístico es entender que se garantiza el cobro de su crédito en abstracto, entender otra cosa es vanificar la garantía del retentor. Este autor considera además, entre otros argumentos, que si el artículo 1.771 del Código Civil establece que el depositario no puede exigir al depositante que pruebe ser propietario de la cosa depositada, en conexión con el artículo 1.780 del Código Civil, el legislador presupone que la retención del depositario funciona también frente al *dominus* extraño al contrato de depósito.

GÓMEZ CALERO, págs. 1079 y 1080, en su estudio sobre el artículo 1.600 del Código Civil, también afirma la oponibilidad a terceros de este artículo en base a que se faculta la retención hasta «que se le pague», sin determinar quién debe ser este alguien (expresiones parecidas se utilizan en los arts. 453 y 1.780, en cambio, el art. 1.730 señala «hasta que el mandante», y el 522 «compete al usufructuario o sus herederos»); BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 85, basándose en que si no la garantía del retentor sería ilusoria y que el propietario no puede transmitir más derechos de los que tiene sobre la cosa retenida, igual opinión sostienen ALMAGRO NOSETTE, pág. 121, FELÍU REY, MANUEL IGNACIO, *Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991) y unidad de mercado*, pág. 14; DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, *El derecho de retención del mandatario. ¿Un derecho de prenda?*, pág. 159, y CANO, pág. 64.

Se manifiesta contrario a esta opinión, LÓPEZ LÓPEZ, pág. 50, atendiendo a que las leyes no conceden en ningún momento eficacia *erga omnes* al derecho de retención, y un tercero que adquiera la cosa de buena fe no estará vinculado por el derecho de retención que sólo es oponible *inter partes*. La excepción de retención será para el tercer actor *res inter alios acta*.

- Carece de *Ius distrahendi*. Esta característica revela la fragilidad de esta figura, ya que carece del principal argumento de una garantía eficaz: la posibilidad de vender el bien retenido para satisfacer el crédito.

El derecho de retención no permite la venta de la cosa, ya que no es una forma de extinción del crédito, sino que únicamente pretende compeler a su satisfacción. El contenido de esta garantía acaba con la facultad de retener como medio de conminar al pago de la deuda; para ello el retentor se opone a la restitución de la cosa hasta que se satisfaga el crédito garantizado (21). Entre los autores que defienden la posibilidad de vender la cosa se encuentra MANRESA (22).

Naturaleza jurídica. Se ha discutido extensamente sobre el carácter real o personal del derecho de retención; sin embargo, esta discusión no era la única, y paralelamente algunos autores han sostenido que el derecho de retención tenía una naturaleza mixta, otros se han decantado por considerarlo de naturaleza especial e, incluso, se ha señalado que esta institución pone en tela de juicio la diferencia entre derechos reales o personales al no encajar claramente en ninguno de ellos (23).

BELTRÁN DE HEREDIA realizó una completa recopilación de las opiniones vertidas en torno a la naturaleza del derecho de retención para centrarse en el debate entre naturaleza real o personal (24) y acabar afirmando el carácter personal del derecho de retención en base a que su origen histórico se encuentra en la *exceptio doli generalis*, como una excepción de carácter personal concedida por el pretor; además, en ninguna disposición de derecho positivo se declara el carácter real del derecho de retención (como hace el Código Civil en la prenda y la hipoteca, arts. 1.858 y 1.876); y, finalmente, las

(21) Comparten este criterio: GÓMEZ CALERO, pág. 1080; LÓPEZ LÓPEZ, pág. 20; BELTRÁN DE HEREDIA, págs. 41 y 64; JORDANO FRAGA, pág. 4776; DE ÁNGEL YAGÜEZ, pág. 159; LÓPEZ DE HARO, pág. 14, y COVIELLO, NICOLÁS, *Doctrina General del Derecho Civil*, pág. 574.

(22) MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, pág. 330, quien afirma que el derecho de retención es el derecho de prenda o el de anticresis constituido por la ley con independencia de la voluntad de las partes.

(23) CANO, pág. 37, en cambio, lo califica como un acto jurídico en base a que no es derecho aquello que no tiene acción y la retención no tiene acción, solamente tiene excepción (ver nota 12). Para este autor, la naturaleza del derecho de retención se consigue atendiendo a su situación jurídica, esto es, la de una posesión natural con un título específico, el de retentor. Tal posesión es un acto de voluntad de mantenerse en la tenencia material de una cosa que se recibió por un título ya extinto, es un acto posesorio, un acto jurídico.

(24) Para repasar los argumentos respectivos entre los defensores de la naturaleza real y los defensores de la naturaleza personal de la retención, puede verse BELTRÁN DE HEREDIA, págs. 28-43.

facultades de esta figura recuerdan a un derecho personal: se trata de un derecho sin acción, no es un *ius in re*, carece de reipersecutoriedad, preferencia y de poder de realización del valor de los bienes (25).

A pesar de la controversia en torno a la calificación de esta figura como derecho real o personal, la tendencia actual de la doctrina se decanta a considerar el derecho de retención como una facultad (26). La diferencia entre derecho subjetivo y facultad no siempre ha sido clara y, por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA califica esta figura alternativamente como facultad y como derecho personal. A mi modo de ver, la principal razón para calificar el derecho de retención como facultad es que esta garantía no aparece de forma independiente, sino vinculada a determinados derechos subjetivos, a los que concede una nueva posibilidad de actuar: retener la cosa (27). El legislador no ha agrupado bajo una rúbrica común todos los supuestos que aluden a esta figura y la regulación legal del derecho de retención en las normas catalanas anteriores a la Ley 22/91 y en el Código Civil es exclusivamente casuística: existe solamente en relación a otras figuras, no de forma independiente (28).

(25) LÓPEZ LÓPEZ, pág. 43 y sigs., también sostiene el carácter personal del derecho de retención, ya que el derecho real está pensado para regular situaciones jurídicas de trascendencia social, y tiene vocación de permanencia. Solamente situaciones de poder sobre la cosa con trascendencia social tienen esa consideración. Y esta garantía carente de reipersecutoriedad, cuasi excepcional y con limitaciones jurisprudenciales y legales, no lo es. El mismo criterio comparte en la doctrina italiana, D'AVANZO, WALTER, *Ritenzione*, pág. 174, y en la francesa, CATALA-FRANJOU, NICOLE, *De la nature juridique du droit de rétention*, pág. 42 y sigs., quien considera que aunque el derecho de retención cumple una función de garantía del acreedor, este derecho debe disociarse del grupo de las garantías reales. Aunque lo incluye dentro del epígrafe «Tipos dudosos de derechos reales», un criterio similar sostiene CASTÁN, pág. 71. En contra de esta opinión, FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*, pág. 61, lo considera como un derecho real de efecto atenuado, ya que no permite la venta de la cosa, aunque para este autor esta característica no es definidora de las garantías reales.

(26) Por ejemplo, CASTÁN, págs. 71 y 72, o LACRUZ, pág. 270.

(27) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, págs. 575-577 y 601-602, señala que el derecho subjetivo es un centro de unificación de facultades que satisface la necesidad de dar asiento a los distintos haces de facultades, con una sustantividad tal que le permite subsistir al separarse de su titular y que se manifiesta al exterior como una situación jurídica unitaria y defendible por el juego de las acciones; y la facultad es la posibilidad de actuar concedida a una persona por formar parte del contenido de una situación jurídica, que carece de independencia y está unida a una situación jurídica principal.

(28) El Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de junio de 1941, considera que no es propiamente un derecho autónomo con naturaleza propia, sino una facultad que en ciertos casos la ley concede al acreedor.

4. EL DERECHO DE RETENER «EN PRENDA»

Las referencias y relaciones entre el derecho de retención y la prenda siempre han sido objeto de discusión por la doctrina. Incluso se ha pretendido que, en los bienes muebles, el derecho de retención tenga la misma regulación que la prenda. Esta teoría, defendida ya por MANRESA (29), no ha sido acogida por la doctrina; en cambio, la ambigua expresión «retener en prenda», utilizada en los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 del Código Civil, ha permitido abrir la posibilidad de que estos supuestos se regulen como la prenda o que se califiquen directamente como un derecho de prenda legal (30).

La expresión «retener en prenda» ha sido omitida por muchos autores que han estudiado la retención y, además, los que la han estudiado han propuesto soluciones divergentes. Así, las posturas se dividen entre quienes niegan la existencia de una prenda de origen legal y, por tanto, no consideran posible regular el derecho de retención en prenda como una verdadera garantía pignoratícia (por ejemplo: GÓMEZ CALERO, GUILARTE ZAPATERO, VIÑAS MEY y DE ÁNGEL YAGÜEZ) (31) y quienes lo consideran posible. Los partidarios de esta última postura parten de la base de que no puede hacerse una construcción unitaria del derecho de retención o que, como mínimo, hay dos tipos de derechos de retención: simple y en prenda. Sus principales defensores son: SANTOS BRIZ, quien considera que en otro caso la garantía del mandatario sería vana y se hubiera utilizado otra terminología; DEL Pozo, que equipara el derecho de retención *en prenda* del depositario a la prenda, y ABRIL CAMPOY; además, este criterio ha sido acogido a nivel jurisprudencial por la STS de 7 de julio de 1987 (32).

(29) MANRESA NAVARRO, pág. 328 y sigs., equipara el derecho de retención a la prenda en los bienes muebles y a la anticresis en los inmuebles y afirma que el derecho de retención es el derecho de prenda constituido por la ley con independencia de la voluntad de las partes. Sin embargo, este autor no sustenta su teoría en ninguna base legal, sino que expresa su propia concepción sobre lo que debería ser el derecho de retención.

(30) SANTOS BRIZ, pág. 379, no se explica por qué se reduce el sentido de la expresión «retener-en-prenda» al término retener y no al término prenda. Para este autor no hay ningún obstáculo que impida crear un derecho de prenda legal y desecha, por ineficaz, que se trate de un derecho de retención. Sobre este tema, ver también DEL Pozo, págs. 113 a 141.

(31) GÓMEZ CALERO, pág. 1075; GUILARTE ZAPATERO, págs. 395 y 427, y VIÑAS MEY, pág. 7, quien afirma que el Código utiliza las palabras retener en prenda para estatuir casos indudables de retención. DE ÁNGEL YAGÜEZ, págs. 521 a 533, relaciona los partidarios de una y otra teoría y considera que, en la actualidad, salvo excepciones, el criterio general es el que niega que el derecho de retención en estos supuestos se regule como un derecho de prenda. Finalmente, LACRUZ, pág. 300, señala que no existen, propiamente, las prendas legales.

(32) La evolución del derecho de retención en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido estudiada por DEL Pozo, págs. 19-21, y SABATER BAYLE, *La facultad...*, págs. 79-81.

La consideración del derecho de retención en prenda como un derecho real de prenda ha tenido una rápida réplica. DE ÁNGEL YAGÜEZ (33) rebate la opinión de SANTOS BRIZ (que, según ese autor, es el inspirador de la sentencia de 7 de julio de 1987), ya que este autor utiliza como argumento —la garantía es vana—, lo que pretende demostrar —debe ser de naturaleza real—, sin que sea clara la intención del legislador de constituir una garantía real. De igual forma, DE ÁNGEL YAGÜEZ y JORDANO FRAGA consideran que la sentencia de 7 de julio de 1987 (en la que se regula el derecho de retención en prenda del mandatario como un derecho real de prenda) está motivada por la búsqueda de una solución justa al caso concreto y, así, sortear la afirmación vertida en la sentencia de 24 de junio de 1941, en la que se negó la eficacia *erga omnes* del derecho de retención y cuya aplicación al caso no sería justa (34). Incluso, el propio Tribunal Supremo parece haber rectificado su opinión y en la sentencia de 4 de octubre de 1989, relativa al mandatario (con derecho de retención en prenda), vuelve a la línea seguida en la sentencia de 1941, al afirmar que el derecho de retención es «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, autorizándose a dilatar en orden al tiempo su devolución o entrega» (considerando 8.º).

En mi opinión, la regulación del Código Civil difícilmente permite equiparar la regulación del derecho de retención en prenda a la de la prenda. La doctrina ha mantenido que esta expresión no es suficiente base legal para determinar la constitución de una prenda legal (35). Que el uso de la preposición «hasta» de los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 excluye la aplicación del *ius distrahendi* (36). Y, finalmente, que en el Código Civil parece imposible

(33) DE ÁNGEL YAGÜEZ, págs. 526 y 530-531.

(34) JORDANO FRAGA, págs. 4778-4782, funda su oposición a la STS de 7 de julio de 1987, a pesar de que el argumento del Tribunal Supremo tiene un sólido apoyo literal, porque el significado de las palabras debe buscarse en relación a las restantes del precepto interpretado: «...podrá retener... hasta que el mandante realice la indemnización y el reembolso» que reflejan el típico efecto de la *exceptio retentionis* al prolongar la posesión hasta el momento del pago y no el de un derecho real de prenda que permite proceder a la realización del valor de la garantía. La posesión prendaria tiene sentido de garantía antes del vencimiento de la obligación (con el fin de asegurar el *ius distrahendi*) y la posesión retentoria cobra sentido después del vencimiento de la obligación (para compeler al pago). Además, las expresiones de los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 son herederas de los artículos 1.541, 1.620 y 1.865 del proyecto de 1851, que GARCÍA GOYENA refería inequívocamente al *ius retentionis*.

(35) GÓMEZ CALERO, pág. 1075, y JORDANO FRAGA, pág. 4780, quien señala que el Código Civil desconoce las prendas legales y contempla sólo la constitución voluntaria de dicho derecho, además la generalidad-libertad del dominio y el principio de economía jurídica producirían conjuntamente, de existir alguna duda, el resultado de no presumir el gravamen real y optar por el efecto garantístico menos gravoso.

(36) BADOSA COLL, pág. 187.

constituir el derecho de prenda independientemente de la voluntad del deudor. De esta forma, la expresión «en prenda» sería una forma gráfica y vulgar de insistir y reafirmar el significado del derecho de retención, pero sin ninguna referencia a la garantía pignoratícia.

* * *

La lenta evolución del derecho de retención viene marcada, como se ha apuntado, por la ausencia de una pauta a seguir procedente del Derecho romano. La fragilidad de esta garantía, así como su defectuosa regulación, explican el escaso interés jurídico y práctico que ha despertado esta institución. Sin embargo, varios autores han manifestado que nos encontramos ante una institución inacabada y han intuido el futuro del derecho de retención como un verdadero derecho real de garantía (37). LÓPEZ LÓPEZ (38), tras comparar el desarrollo de esta figura en varios Códigos Civiles europeos, descubre «un derecho de retención en la aurora misma del Derecho Civil codificado, estrecho, restringido, garantía grosera e imperfecta... necesitada de que doctrina y jurisprudencia lo extiendan y adecúen a nuevos conflictos, junto a un derecho de retención más pulido y acabado, más próximo a un derecho real de garantía que otra cosa; y en el vértice de la evolución de un derecho de retención que apenas conserva otra cosa que el nombre, pues ya es un verdadero derecho real de garantía». Constatando esta afirmación, en el Derecho Civil catalán la evolución del derecho de retención culmina con la Ley de garantías posesorias sobre cosa mueble.

B) EL DERECHO DE RETENCIÓN EN LA LEY DE GARANTÍAS POSESORIAS

La Ley 22/1991, de 29 de noviembre, «de garantías possessories sobre cosa mueble» (39) ha llenado el vacío legal existente sobre esta materia reco-

(37) Por ejemplo, SABATER BAYLE, ISABEL, *La facultad de retención posesoria*, pág. 98.

(38) LÓPEZ LÓPEZ, pág. 88.

(39) Otros artículos que pueden consultarse sobre este tema son: ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL, «El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1994, septiembre-octubre, núm. 624, págs. 1885-1925. ABRIL CAMPOY, JOSÉ MANUEL y NAVAS NAVARRO, SUSANA, «El derecho de retención. Presupuestos, ejercicio y extinción», en *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 82, junio 1994, págs. 1-6. CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, «En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble», en *La Notaría*, julio-agosto 1996, págs. 93-134. FELÍU REY, MANUEL IGNACIO, «Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991) y unidad de mercado», en *Derecho de los Negocios*, año 3, núm. 20, mayo 1992,

giendo, en gran parte, las teorías más avanzadas propuestas por la doctrina. Separándose del modelo que presenta la Compilación de Derecho Civil catalán, el Código Civil español, el francés o el italiano, caracterizados por una regulación fragmentaria y casuística del derecho de retención, la Ley 22/91 continúa el modelo seguido por otros códigos como el suizo, el portugués, el argentino o el B.G.B alemán (40), entre otros, que articulan una regulación general y orgánica de esta institución. Es la primera ocasión en el ordenamiento jurídico catalán (y en el español) que una ley desarrolla de forma completa y sistemática una teoría general y unitaria sobre el derecho de retención (41).

La Ley 22/91 desarrolla dos garantías reales que utilizan la posesión como soporte de varias facultades encaminadas a garantizar el cumplimiento de una obligación: el derecho de retención y la prenda. Por aplicación de las normas sobre competencia territorial (art. 10.1 del Código Civil), esta ley será aplicable cuando la cosa mueble que se pretende retener se encuentre en Cataluña.

1. CONCEPTO

La regulación sistemática, general y unitaria que nace de la nueva ley ha acabado, en Derecho Civil catalán, con la desorientación, la confusión, la anarquía y la ambigüedad que encajonaba al derecho de retención. Las previsiones doctrinales se han cumplido y la Ley de Garantías Posesorias ha transformado esta institución en un verdadero derecho real de garantía, renovando radical y sustancialmente su regulación que, respecto a la anterior configuración legal, conserva poco más que el nombre.

págs. 12-20. MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, «Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, págs. 712-717. PUIG FERRIOL, LLUIS, y ROCA TRÍAS, ENCARNNA, «*Institucions del Dret Civil de Catalunya*». Part General: obligacions i Contractes. Drets Reals, València, 1993. LUCAS ESTEVE, ADOLFO, «El régimen jurídico del derecho de retención en la legislación catalana», en *La Notaría*, juny 1997, págs. 71-106, y LUCAS ESTEVE, ADOLFO, «Les obligacions garantides amb dret de retenció a la Llei catalana de garandes possessòries sobre cosa moble», en *Revista Jurídica de Catalunya*, año 2001, págs. 67 a 81.

(40) El BGB alemán ha acostumbrado a presentarse como el paradigma de la regulación unitaria del derecho de retención (parágrafo 273 de dicho cuerpo legal).

(41) La promulgación de una ley que regula de forma general el derecho de retención no debería calificarse de chocante y paradójico, como hace FELÍU REY, pág. 13. El legislador catalán no está vinculado, ni tampoco olvida los antecedentes históricos de esta figura al articular la Ley 22/91, como considera este autor, pág. 14; simplemente se aparta de ellos, ya que el desarrollo de esta garantía pasa por una Ley sistemática y unificadora que acabe con el caos imperante en los anteriores textos legales que, en materia de derecho de retención, de ninguna forma representan un modelo a repetir. Así, con esta Ley, el Derecho Civil catalán se alinea con las legislaciones consideradas progresistas.

La Ley 22/91 ha innovado el derecho de retención transformándolo en mucho más que un simple *derecho a retener* la cosa. La retención del bien ha dejado de ser el único argumento de esta institución (solamente eficaz para compeler al pago de la obligación) (42) y se ha convertido en una más de las facultades que aglutina esta figura. La retención en la actual regulación tiene un doble significado: por una parte, continúa siendo una conminación al deudor para que pague si quiere recuperar la cosa y, por otra parte, asegura que el acreedor tendrá la cosa en su poder para cobrarse con sus frutos o para instar la realización del valor del bien.

La ley no define el derecho de retención, sin embargo perfila su contenido al analizar su constitución, desarrollo y extinción. Sobre esta base, podemos definir el derecho de retención como un derecho real de garantía otorgado por la ley al poseedor de buena fe de cosa mueble ajena, acreedor de su titular, para el cobro de las deudas previstas expresamente por la ley y con facultad para retener la cosa hasta el pago de la obligación, cobrarse con sus frutos y enajenarla. Así, el derecho de retención deja de ser simplemente un medio para vencer la voluntad rebelde del deudor y se convierte en una institución con finalidad de garantía y protección del crédito.

La aparición de la Ley de Garantías Posesorias permite defender que se han alterado ligeramente los presupuestos básicos del derecho de retención apuntados por la doctrina, al añadir un nuevo elemento. Por tanto, los presupuestos del derecho de retención en la Ley 22/91, serán los siguientes:

- a) Posesión de la cosa: para constituir el derecho de retención se requiere posesión de buena fe de cosa ajena (art. 3 LGP).
- b) Existencia de un crédito: en el artículo 4 LGP se relacionan las obligaciones que originan el derecho de retención.
- c) Conexión entre el crédito y la cosa. Las deudas reseñadas en el artículo 4.1 LGP tienen una evidente relación con la cosa: el apartado a) se origina «per a la conservació i la gestió de la cosa», los apartados b) y c) «per raó de la cosa», y el apartado d) deriva de las restantes obligaciones. De este modo, en tanto que el desarrollo del apartado e) de este artículo no modifique este criterio, se trata de un presupuesto plenamente vigente.
- d) Reconocimiento legal expreso. Este elemento, que ya había sido apuntado por algunos autores (43), es reafirmado con la aparición de esta norma, que en el artículo 4.1.e) exige que la deuda esté expresamente

(42) El contenido del derecho de retención se resumía en expresiones como: prolongar la situación posesoria, conservar en su poder las cosas, prolongar la tenencia de una cosa, demorar su entrega, conservar la cosa del deudor, dilatar la entrega de una cosa, conservar o retener la posesión o detentación, no restituir una cosa que tiene en su poder...

(43) SABATER BAYLE, ELSA, *Presupuestos...*, pág. 1974.

recogida en la ley, por tanto, debe rechazarse la opinión que defendía la aplicación analógica de esta garantía.

Por último, la aplicación de la Ley ha ocasionado confusiones con otras figuras jurídicas, incluso de Derecho Penal (44). Se trata de discusiones puntuales producidas por el desconocimiento, más o menos general, del derecho de retención. Por ello, es interesante tomar conciencia de la diferencia entre la tenencia de una persona que sin derecho mantiene una posesión ilícita de la cosa y el ejercicio unilateral de un derecho autorizado por Ley. En ambos casos podemos decir vulgarmente que se retiene, pero el primero realiza un acto de abuso que cederá ante una acción judicial, en cambio, el segundo actúa conforme a Derecho y puede oponerse judicialmente a la restitución de la cosa.

2. NATURALEZA

La regulación de la Compilación y del Código Civil vinculaba el derecho de retención a algunos derechos subjetivos a los que se concedía la facultad de retener la cosa. Ahora, en cambio, la Ley de Garantías Posesorias ha acabado esta vinculación a otros derechos y ha conferido autonomía propia a esta institución. La retención ha dejado de ser una simple facultad, ha adquirido independencia y se ha convertido en un derecho subjetivo que se manifiesta al exterior como una situación jurídica unitaria y defendible (45). Es un derecho subjetivo *per se* que unifica diferentes facultades. Estas facultades son:

1. La posesión o tenencia de la cosa y su retención frente a cualquier reclamación de la misma: es la facultad característica de esta institución y permite al retentor mantener la cosa en su poder (art. 2.1.a LGP).

2. La imputación de los frutos de la cosa a los intereses o al capital. Está establecida, en común con la prenda, en el artículo 2.1.b) LGP.

3. *Ius distrahendi*. La posibilidad de venta de la cosa es el principal argumento que concede la Ley para vencer la voluntad rebelde del deudor. Esta facultad se apoya en un procedimiento especial que permite la subasta notarial de la cosa y pretende evitar la lentitud de un procedimiento judicial. Artículos 2.1.c) y 6 LGP.

(44) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de 21 de enero de 1993, revoca una sentencia del Juzgado de Instrucción en el que se condenaba como autora de una falta de coacciones a una poseedora de buena fe por negarse a devolver un perro por los gastos realizados en él y remitió el asunto a la jurisdicción civil por tratarse de un derecho de retención.

(45) CANO, pág. 26, afirma que las facultades son poderes jurídicos no autónomos que cuando pierden la dependencia del derecho subjetivo, al cual pertenecen, dejan de ser facultades e integran un derecho distinto.

4. El deudor, por su parte, puede sustituir la cosa retenida por una garantía real o una fianza solidaria de entidad de crédito (art. 7 LGP).

A la vista de estas facultades, la discusión sobre el carácter real o personal del derecho de retención ha quedado resuelta y podemos afirmar, sin duda, que se trata de un derecho de naturaleza real. No sólo porque las facultades y los caracteres de esta figura están configurando un derecho real, sino porque así lo afirma expresamente el Preámbulo de la Ley al establecer «el dret de retenció passa a configurar-se com un dret real de garantia» (46).

La declaración de la naturaleza real del derecho de retención es un acontecimiento fundamental en la historia de esta garantía en Cataluña; sin embargo, esta institución presenta un rasgo excepcional respecto a las características típicas de los derechos reales de garantía: el retentor carece de preferencia para el cobro de su crédito. El punto de partida para llegar a esta conclusión es el artículo 2.2 LGP.

El artículo 2.2 LGP establece que el crédito «se somet a les regles generáis sobre prelació de crèdits». Así, este precepto remite a la legislación vigente sobre prelación de créditos que, en ausencia de una normativa catalana, viene establecida por la legislación estatal (art. 1.921 a 1.929 del Código Civil, entre otros). De esta forma, cada una de las instituciones reguladas en la Ley de Garantías Posesorias seguirá un régimen diferente según las normas generales que prevé el ordenamiento jurídico, en este caso, el Código Civil: la prenda tendrá prelación en el cobro de sus créditos, tal como establecen los artículos 1.922.2 y 1.926.1 del Código Civil, y como reconoce el propio Preámbulo de la Ley al decir que «es manté l'eficàcia d'aquesta tradicional figura de garantia». Por el contrario, el derecho de retención carece de preferencia para el cobro de los créditos garantizados, ya que el ordenamiento jurídico vigente no le reconoce ningún tipo de prelación; por ello, el retentor concurrirá al cobro de su débito como un acreedor quirografario.

En contra de esta conclusión se han manifestado algunos autores en base a que el derecho de retención y la prenda se configuran como garantías con un contenido idéntico y por tanto la retención también *gozaría* de preferen-

(46) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 416, comparten el mismo criterio. La calificación de la retención como un derecho real también tiene precedentes en el Derecho comparado: el Code Civil suisse confiere carácter real a esta figura e, incluso, le otorga facultad para vender la cosa (art. 898). Se encuentra regulado en el Libro IV: «De los derechos reales», segunda parte: «Otros derechos reales», Título 23: «De la prenda mobiliaria», artículo 895, que establece: «Le créancier qui, du consentement du débiteur, se trouve en possession de choses mobilières ou de papiers-valeurs appartenant à ce dernier, a le droit de les reteñir jusqu'au paiement, à la condition que sa créance soit exigible et qu'il y ait un rapport naturel de connexité entre elle et l'objet retenu...».

cia (47). Sin embargo, la Ley catalana no concede expresamente ninguna nueva preferencia al derecho de retención y si ésta hubiese sido la voluntad del legislador el precepto podría haber sido mucho más preciso, ya que en su redacción actual lo único que queda claro es una remisión a las normas generales de prelación de créditos, sin que, desde esta remisión, pueda encontrarse ningún precepto que conceda preferencia a la retención (48).

La falta de preferencia en el derecho de retención no es una novedad, sin embargo es una noticia importante que la Ley configure una garantía real sin privilegio en el reintegro de las obligaciones aseguradas. La primacía en el cobro depende del crédito, no de la garantía. Esta falta de preferencia disminuye la eficacia de la retención ya que, en buena parte, deja de asegurar el cobro de lo debido. El acreedor puede emplear tiempo y dinero en realizar el valor de la cosa para ver como todo su empeño acaba en manos de un tercero, quedando en una ilusión la garantía concedida por el derecho de retención. Esta decisión legislativa se debe a la voluntad de no alterar el orden general de concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, pero cuestiona (quizá de un modo extremo) la eficacia de este derecho real (49).

A pesar de esta disposición legal es posible que, de hecho, se conceda preferencia al derecho de retención, ya que el retentor puede mantener la cosa en su poder, incluso frente a terceros, hasta el pago de su crédito. Esta circunstancia puede propiciar un acuerdo para que el retentor sea el primero en satisfacer su deuda, a fin de que libere la cosa y los demás acreedores puedan cobrar lo adeudado.

(47) ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL, *El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán*, pág. 1923, señala que el derecho de retención concede preferencia sobre el valor del bien. Su argumentación es la siguiente: tras afirmar que al ser concebidos la prenda y el derecho de retención como derechos de contenido idénticos es consecuente con ello la atribución de la misma preferencia; por tanto, la remisión a las normas generales sobre prelación de créditos se entiende efectuada a las normas que establecen la preferencia del crédito pignoraticio (arts. 1.922.2 y 1.926.1 del Código Civil). En la misma línea se pronuncian PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 430.

(48) Comparte este criterio MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, *Ley catalana 22/91, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble*, pág. 712.

(49) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil. T. III*, pág. 286, señala cuáles son las funciones de los derechos reales de garantía: a) Mantener solvente el patrimonio del deudor; b) Satisfacer el crédito sin y aún contra la voluntad del deudor; c) Anteponer el crédito garantizado, mediante su preferencia, a cualesquiera otros concurrentes; d) Potenciar la responsabilidad patrimonial del deudor y aumentarla en su caso; e) La función económica de facilitar y potenciar el crédito. Todas estas funciones, en mayor o menor medida, pueden ser discutidas en el derecho de retención debido a la falta de preferencia de esta garantía.

3. CARACTERES

Partiendo del concepto y de la naturaleza del derecho de retención, podemos señalar sus principales caracteres:

- Es un derecho real de garantía.
- El derecho de retención tiene carácter accesorio de la obligación. Se constituye para garantizar el cumplimiento de un crédito preexistente del cual depende (50).
- Es una garantía de origen legal, no precisa acuerdo previo y se constituye con total independencia de la voluntad del propietario de la cosa: no es necesaria la autorización del dueño ni tampoco del deudor, quienes pueden carecer de capacidad o de poder de disposición sobre la cosa (únicamente se solicita la intervención del propietario para fijar la valoración de la cosa para proceder a la subasta: art. 6.2 LGP). El poseedor puede ejercer el derecho de retención unilateralmente cuando concurren los requisitos exigidos en la Ley.
- Tiene eficacia *erga omnes*: la Ley de Garantías Posesorias respalda la opinión sostenida por la mayoría de la doctrina y permite al retentor mantener la posesión de la cosa hasta el pago de lo debido, incluso frente a terceros (art. 5.1 LGP) (51). La eficacia *erga omnes* implica, además, la reipersecutoriedad de la cosa, es decir, el retentor puede demandar la cosa de cualquier persona que la tenga en su poder (52).

(50) GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo V, pág. 355, señala las características de un derecho accesorio: 1.º Que no pueden nacer sin un crédito, cuya extinción por cualquier causa provoca la de la garantía. 2.º Que ésta, como derecho real, sólo corresponde al titular del crédito personal. 3.º Que la transmisión del crédito es presupuesto necesario y suficiente para la transmisión de la garantía, y 4.º Que el titular pasivo de la garantía, en el supuesto de no serlo el propio deudor personal, puede oponer al acreedor personal las mismas excepciones que aquél.

(51) MALUQUER DE MOTES, CARLOS, *Dret Civil català*, pág. 98, también comparte esta opinión.

(52) En contra de esta opinión, FELÍU REY, pág. 14, sostiene que el artículo 5 de la Ley no establece la reipersecutoriedad propia de los derechos reales, sino exclusivamente la posibilidad de oponer la retención frente a terceros. No comparto esta opinión, ya que considero pacífica la opinión de que los titulares de un derecho real están legitimados para que se les reconozca su derecho y se les reintegre en sus facultades en caso de vulneración o pérdida (por ejemplo, Díez-PICAZO, pág. 435). En la misma línea, GUILARTE ZAPATERO, pág. 446, sostiene que el acreedor pignoraticio (de quien no se discute su reipersecutoriedad) no precisa la declaración del artículo 1.869 del Código Civil para defender la integridad de su derecho frente al pignorante o frente a terceros. JORDANO FRAGA, pág. 4772, también integra el concepto de derecho real con el de reipersecutoriedad, ya que se tiene un poder directo sobre la cosa. Recientemente, ABRIL Y NAVAS, pág. 6, han ratificado esta opinión al afirmar que la realidad del derecho de retención permite entender que de él dimana una acción real; asimismo, ABRIL CAMPOY, pág. 1925,

Esta acción tiene un plazo de prescripción de seis años de acuerdo con el artículo 344 CDCC.

- A diferencia de la prenda, la retención no precisa la entrega de la cosa para su constitución. La cosa se encuentra en poder del retentor, quien solamente ha de manifestar, con los oportunos requisitos legales, su voluntad de retener.
- Es incompatible con otras garantías reales sobre el mismo crédito, ya que la buena fe impide retener la cosa si la deuda ya está suficientemente asegurada (53) y, además, el artículo 7.1 LGP señala como causa de extinción del derecho de retención su sustitución por otra garantía real.

En cambio, la retención es compatible con otras garantías sobre la misma cosa que aseguren créditos distintos (54).

- El artículo 5.1 LGP permite al retentor negarse a entregar la cosa hasta el pago *total* de las deudas que generaron la retención, por lo que se rechaza la posibilidad de que un pago parcial permita liberar proporcionalmente la cosa. De este modo, se acaba con el vacío legal sobre este tema y el retentor, como venía sosteniendo la doctrina (55), puede negarse a la restitución del bien hasta que se hayan pagado totalmente *las deudas que generaron la retención*. Esta expresión debe ser interpretada en sentido amplio (ya que estrictamente sólo genera retención una de las deudas del art. 4 LGP) y debemos admitir que el retentor pueda oponerse a la devolución de la cosa por el impago de la deuda principal, sus intereses (art. 4.1.c LGP) o los gastos necesarios ocasionados por la conservación de la cosa (art. 5.2 LGP). La razón de esta interpretación extensa radica en que el artículo 5.1 LGP (a diferencia del art. 7.2 LGP, que utiliza una expresión similar) habla de «deudas», en plural.

Los gastos derivados del procedimiento (para constituir la retención o para subastar la cosa) no generan retención; por ello, aunque son de

afirma que parece del todo punto consecuente atribuir acción real al derecho de retención que consistirá en poder ejercitar todas aquellas acciones para reclamar el bien o defenderlo de terceros.

(53) En la misma línea, BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil argentino*, pág. 297, consideraba que el derecho de retención no debe ser ejercido abusivamente; se trata de arbitrar una garantía al acreedor; pero cubierta satisfactoriamente esa garantía, el mantenimiento de la retención puede significar un verdadero chantaje. Por otra parte, LARENZ, pág. 277, señalaba que la buena fe impide que se retenga una cosa de gran valor en garantía de un crédito proporcionalmente insignificante.

(54) CANO, pág. 67, exige en este caso que las otras garantías no impidan la posesión del bien.

(55) Por ejemplo, LÓPEZ DE HARO, pág. 68; BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 60; GÓMEZ CALERO, pág. 1080; CANO, pág. 60, y DEL Pozo, pág. 84.

cargo del deudor, no es posible retener la cosa en caso de impago. Esta distinción también es recogida por la Ley, que en su artículo 6.5 diferencia claramente entre las obligaciones que generaron retención y los gastos originados por el procedimiento.

- Al establecer que los pagos parciales no permiten la liberación proporcional de la cosa estamos haciendo referencia a otra característica típica de esta garantía: la indivisibilidad (56). Esta cualidad se predica de las garantías reales en general y, por tanto, también del derecho de retención. Otras consecuencias de la indivisibilidad son: *a)* Si la cosa gravada es objeto de división, los titulares de cada una de las partes carecen de facultad frente al titular de la garantía para que se distribuya el crédito entre las distintas partes, y *b)* En el supuesto de división del crédito asegurado, cada uno de los distintos acreedores podrá actuar por la parte que le ha correspondido sobre la totalidad de la cosa dada en garantía (57) y, al revés, si ha cobrado íntegramente la parte que le corresponde no puede devolver la cosa en perjuicio de los otros acreedores.

4. LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN

La Ley de Garantías Posesorias no regula la transmisión del derecho de retención; sin embargo, todo apunta a la posibilidad de ceder esta garantía cuando se transmita el crédito que garantiza. Así, a pesar del escaso desarrollo del derecho de retención en el Código Civil español, la mayoría de la doctrina considera que es una institución transmisible (58), ya que no existe ningún motivo para excluirla de la regla general del artículo 1.528 del Código Civil; además, en el Derecho catalán, la Ley 22/91 reafirma esta posibilidad al configurar esta garantía como un derecho de naturaleza real.

(56) GIORGI, JORGE, *Teoría de las obligaciones*, vol. II, pág. 451, seguido en España por ROGER, pág. 105, también defiende la indivisibilidad del derecho de retención; con la excepción de que los créditos sean diversos y relativos a cosas separadas, en cuyo caso no podría el detentor retener una de ellas para garantía de un crédito relativo a otra cosa distinta.

(57) GUILARTE ZAPATERO, pág. 374.

(58) GÓMEZ CALERO, pág. 1081; ALMAGRO NOSETE, pág. 156; VIÑAS MEY, pág. 112; MANRESA Y NAVARRO, pág. 332; ROGER, pág. 105, y BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 61. En contra de esta opinión se manifiesta SANCHO REBULLIDA, pág. 260, quien considera que es posible que el derecho de retención sea transmisible pero dificulta su admisión el que muchos de los supuestos de cesión de crédito no requieren consentimiento del deudor, acreedor de la cosa retenida, al cual puede perjudicarle el cambio de retentor. Por ello pudiera entenderse que la retención no es cedible, pero sí conservable por el retentor, tras la cesión del crédito y hasta el pago del mismo al nuevo acreedor, transformándose así, automáticamente, la figura en la de depósito de garantía.

La retención es un derecho accesorio que acompaña a la obligación principal: el artículo 1.528 del Código Civil establece que «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio». En este caso, el adverbio *como* denota que se trata de una relación enunciativa y no limitativa, por lo que también puede ser ampliada al derecho de retención (59). De este modo, la vinculación entre el crédito y la garantía es de tal naturaleza que para transmitir el primero, como elemento principal, sin la segunda, como elemento accesorio, es preciso la renuncia a la garantía (60). Sin embargo, para que la cesión surta efectos frente al deudor y frente a terceros, son necesarios dos requisitos:

1. Notificar la transmisión al deudor, ya que así se desprende del artículo 1.527 del Código Civil en relación a los créditos y demás derechos incorporales. Con este requisito se pretende vincular al deudor con el nuevo acreedor, de otro modo, aquél continuaría ligado con el primer acreedor y si le satisface el importe del crédito quedará liberado de la obligación.

2. La entrega de la cosa. La doctrina mayoritaria del Código Civil considera que se trata de un requisito esencial, además de la cesión del crédito, para transmitir la garantía (61), ya que en este cuerpo legal no se entiende el derecho de retención sin la posesión de la cosa. Sin embargo, en la Ley catalana no es imprescindible la entrega del bien para transmitir la garantía, ya que la posesión no es esencial para que subsista la retención y ésta puede obtenerse posteriormente a través de las acciones que prevé el ordenamiento. A pesar de ello, no es ajeno que la cosa sigue siendo un elemento fundamental en esta garantía, ya que una de las características fundamentales de la retención es la tenencia material del bien que permitirá al acreedor el ejercicio de las facultades propias de esta institución; además, no tiene sentido que la cosa continúe en poder del cedente de la retención que se convertirá en un tercero.

A mi modo de ver, la entrega de la cosa actúa como medio de publicidad frente a terceros, ya que la posesión de la cosa es el instrumento esencial de publicidad en los bienes muebles. Así, si la posesión del bien es el único medio que tienen los terceros para conocer la transmisión de esta garantía, podemos concluir que, hasta la entrega de la cosa, la cesión de la retención no puede oponerse frente a terceros de buena fe. De esta forma, la entrega del

(59) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 428, señalan que debido a que el legislador catalán configura el derecho de retención como un derecho real, debe aplicarse el artículo 1.528 del Código Civil.

(60) Así lo entienden BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 61, en relación al derecho de retención y la mayoría de los autores con referencia a los derechos reales en general; por ejemplo, ROCA SASTRE, RAMÓN M.³, *Derecho Hipotecario*, pág. 868, en relación a la hipoteca.

(61) ALMAGRO NOSETE, pág. 157; MANRESA Y NAVARRO, pág. 332; ROGER, pág. 105, y BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 61.

bien no es un requisito esencial para la cesión de la garantía, pero sí lo es para su eficacia frente a terceros.

Es interesante estudiar más detalladamente este requisito desde otro punto de vista, ya que el derecho de retención se extingue por la devolución voluntaria de la cosa (art. 5.3 LGP). Por ello es preciso determinar si el derecho de retención se extingue solamente con la entrega al propietario (o deudor) o, en cambio, si la entrega a un tercero también extingue la garantía. En caso de defenderse esta última postura sería imposible transmitir el derecho de retención porque se extinguiría al entregar la cosa. Personalmente soy partidario de la primera interpretación. Con este precepto se regula una forma de renuncia a la garantía (no a la obligación) consistente en la entrega voluntaria de la cosa al acreedor a su recepción; se presume que el retentor renuncia a la garantía si devuelve la cosa al deudor. En este sentido, el artículo 5.3 LGP utiliza el término «torna» («devuelve») que implica la entrega a quien ya poseía anteriormente; por ello, sólo la entrega voluntaria de la cosa al deudor o al propietario —no a un tercero— extinguirá el derecho de retención (62).

Para transmitir el derecho de retención se precisa la cesión del crédito y no puede transmitirse la garantía sin el crédito, ya que la finalidad de la retención es asegurar el cumplimiento de una obligación. De igual forma, si se cede la cosa sin el crédito, el derecho de retención no se transmite, su titular continúa siendo retentor y podrá recuperar la cosa posteriormente.

Por último, tampoco supone un obstáculo para la transmisión de esta garantía el requisito de que el derecho de retención deba constituirse por la persona que realizó los desembolsos, ya que no es un derecho personalísimo y, una vez constituido, se puede ceder.

C) FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCIÓN

El derecho de retención es un derecho de origen legal que se constituye al margen del acuerdo de voluntades; cuando concurren los requisitos establecidos en la Ley, el poseedor de buena fe podrá constituir la retención de forma unilateral. Esta circunstancia hace necesario analizar las razones que impulsan al legislador a conferir esta garantía al poseedor de la cosa, esto es, descubrir el fundamento del derecho de retención. El tema es interesante, ya que desde algún sector doctrinal se ha cuestionado esta institución (63).

(62) En el mismo sentido, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 431.

(63) ACUÑA, *El derecho de retención*, pág. 7, citado por ALMAGRO NOSETE, pág. 125, afirma que el derecho de retención se trata de un valor económico, patrimonial y jurídicamente negativo. Económicamente porque inmoviliza valores; patrimonialmente porque no constituye una fuente de resarcimiento, y jurídicamente porque desmembra sin utilidad dos derechos —el de propiedad y el de posesión— que se complementan y se integran

Al tratar el fundamento del derecho de retención se intenta «buscar el apoyo extrajurídico de este instituto, no el jurídico» (64). Se pretenden descubrir los principios que mueven al legislador a articular esta garantía con independencia (en la medida de lo posible) de un ordenamiento jurídico positivo concreto. No se examina una legislación determinada, sino la filosofía que impulsa la retención. Como consecuencia, el fundamento último de esta institución debe ser común a las legislaciones que regulen el derecho de retención, con independencia de su articulación específica y, por tanto, aplicable al Código Civil, a la Compilación o a la Ley de Garantías Posesorias.

La doctrina, generalmente, ha abordado este tema de una forma global, construyendo una única teoría que dé una respuesta integral al fundamento del derecho de retención (65). Sin embargo, para una mejor comprensión de los motivos que justifican la concesión de esta garantía, considero más acertado dividir su estudio en tres partes: el fundamento de la obligación, el de la negativa a devolver la cosa y el de la garantía.

sin que ni uno ni otro de los titulares pueda ejercerlo con eficacia. Por su parte, ABRIL CAMPOY, pág. 1887, explica el rechazo del Code francés al derecho de retención en base a los abusos que podía ocasionar esta figura y a que obstaculizaba uno de los derechos más queridos de la codificación liberal: el derecho de propiedad.

(64) CANO, pág. 41, señala que el apoyo jurídico de la institución es más bien presupuesto, o sea, requisito fundamental de la figura, pero de ningún modo su fundamento, que hay que buscar fuera y por debajo del derecho. En la página 44 señala que hay que buscar el fundamento del derecho de retención al menos con un pie fuera del derecho positivo, en caso contrario habríamos topado con un presupuesto, no con un fundamento. Por tanto, considero que no es posible acoger la postura de algunos autores (como BERGERIO) que sostienen que el verdadero fundamento del derecho de retención sólo cabe buscarlo en la voluntad expresa del legislador.

(65) Entre las teorías que intentan explicar el derecho de retención, globalmente destacamos:

— La justicia privada o la autotutela como justificante para inhibirse de la obligación de devolver la cosa a su legítimo propietario; defienden esta teoría LÓPEZ DE HARO, pág. 247, y D'AVANZO, págs. 169-171. En mi opinión debe rechazarse esta idea, pues no es lo mismo autotutela que el ejercicio de un derecho declarado unilateralmente, concedido por la Ley y sujeto a control jurisdiccional. De igual forma discrepa ALMAGRO NOSETE, pág. 127 y sigs.

— La ética como argumento que obliga al deudor al pago de los gastos realizados: se faltaría a este principio si el retentor carga con los gastos de la cosa (art. 3.2 del Código Civil). Es defendida por BELTRÁN DE HEREDIA, págs. 23 a 27; sin embargo, considerar la ética como fundamento de la retención no aporta nuevos elementos de juicio al análisis de esta institución, y traslada el problema a concretar la frontera entre lo ético y lo no ético.

— El principio de la responsabilidad patrimonial derivado del artículo 1.911 del Código Civil (defendido por SANCHEZ REBULLIDA, pág. 258), en mi opinión, este principio por sí solo no explica por qué se concede derecho de retención a determinadas obligaciones.

— El enriquecimiento injusto: considero que este principio únicamente indica el fundamento de la obligación del deudor, pero no es suficiente para explicar por qué la cosa retenida se convierte en garantía de la obligación.

1. EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN

El derecho de retención nace para garantizar los desembolsos que ha realizado el poseedor por razón de una cosa ajena. El poseedor no efectúa estos desembolsos en beneficio propio, no obedecen a ninguna obligación jurídica y tampoco tiene porqué soportarlos. Se trata de una situación consumada en la que el poseedor ha llevado a cabo unos dispendios que le han perjudicado y que, paralelamente, han favorecido al deudor; por ello, cuando el poseedor realiza estos gastos, el deudor está obligado a reembolsárselos.

El fundamento de esta obligación es el enriquecimiento injusto: es preciso impedir el desplazamiento patrimonial sin causa a favor del deudor y en contra del poseedor, que se produciría si no se devuelven los gastos realizados por el poseedor. Se «pretende impedir que unas personas obtengan beneficios de otras sin causa que lo justifique» (66).

El Tribunal Supremo ha enumerado los requisitos jurisprudenciales para hablar de enriquecimiento sin causa (por ejemplo, en su sentencia de 19 de mayo de 1993), que son: 1.º Un enriquecimiento del demandado que puede producirse por un aumento de patrimonio o por una no disminución del mismo; 2.º Correlativo empobrecimiento del actor, representado también por un daño positivo o un lucro frustrado; 3.º Relación de causa a efecto o conexión entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; 4.º Falta de causa que justifique el enriquecimiento; 5.º Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa (67). Por otra parte, la cantidad a satisfacer se determinará estableciendo la cuantía en que concurren enriquecimiento y empobrecimiento (68).

(66) PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II-3.º, págs. 50 y 51, considera que «de enriquecimiento injusto se habla propiamente cuando la ley no ha previsto una situación en la que se produce un desplazamiento patrimonial que no encuentra una explicación razonable en el ordenamiento vigente», y considera como causas de enriquecimiento injusto, recogidas en la ley, algunas a las que el Código Civil concede el derecho de retención (como la posesión o el depósito) aunque este autor no se refiere a esta institución de forma expresa.

(67) MOISSET DE ESPANES, LUIS, *Notas sobre el enriquecimiento sin causa*, pág. 270, añade otros dos requisitos: en primer lugar, que haya ausencia de culpa en el empobrecido, que no sea causado por una actuación negligente; y, en segundo lugar, que el empobrecido no actúe en interés personal: si realizara una actuación en provecho e interés propios y además beneficiara a otras personas, no podría accionar por enriquecimiento sin causa.

(68) MOISSET DE ESPANES, pág. 279, afirma que la cantidad a restituir tendrá como medida el enriquecimiento del deudor y no podrá excederlo en ningún caso; pero, al mismo tiempo, tendrá también como medida el empobrecimiento del poseedor y aunque el deudor se hubiese enriquecido en una suma mayor, la acción tampoco podrá sobrepasar la cantidad en la que se empobreció el actor. Este autor considera (págs. 273-275) como formas de enriquecimiento: a) el lucro emergente, que ocurrirá cuando se acrecienta el patrimonio, bien porque aumenta el activo patrimonial o bien porque disminuye el pasivo

La Ley 22/91 recoge este fundamento, ya que garantiza obligaciones eventuales (69). Se intenta subsanar el enriquecimiento del deudor y el consiguiente empobrecimiento del poseedor producido por alguno de los desembolsos establecidos en el artículo 4.1 LGP: gastos necesarios, daños, actividad ejecutada por encargo (70) y los intereses de estas deudas. Sin embargo, la cantidad a reembolsar no se determina atendiendo al importe en que concurren enriquecimiento y empobrecimiento, sino que únicamente es preciso determinar la cuantía de los gastos, los daños, el presupuesto o los intereses, ya que el legislador presume *iuris et de iure* que representan la cantidad en que se ha empobrecido el retentor y enriquecido el deudor.

2. EL FUNDAMENTO DE LA NEGATIVA A DEVOLVER

El estudio de las razones que fundamentan la negativa a devolver la cosa debe iniciarse con la relación jurídica existente al constituir el derecho de retención: las prestaciones debidas entre ambas partes y el fundamento de cada una de ellas:

- a) Por una parte, el poseedor está obligado a la entrega de la cosa. El fundamento de esta obligación es evidente: se trata de una cosa ajena que debe ser devuelta a quien tenga derecho a poseerla.
- b) Por otra parte, el deudor debe satisfacer al poseedor los desembolsos realizados por razón de la cosa. El fundamento de esta obligación es, como hemos visto, el enriquecimiento injusto.

En esta situación, nos encontramos ante dos obligaciones confrontadas en las que ambas partes intercambian sus papeles de deudor y de acreedor. De esta forma, frente a la negativa del deudor a abonar los desembolsos, el retentor responde reteniendo la cosa y negándose a devolverla hasta el pago de lo debido. Este planteamiento recuerda enormemente a la excepción por incumplimiento contractual (71). No debemos confundir ambas figuras, ya

(pago de una obligación no debida); y *b*) el daño cesante, por una no disminución del patrimonio en los casos en que debía disminuir, evitándose la salida de valores y economizando gastos injustamente. El empobrecimiento puede ocurrir por pérdida de un bien, tanto cosas como derechos, como por la pérdida de una expectativa de ganancia o por no pagarse la justa retribución de unos servicios.

(69) BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, pág. 184 y sigs., considera que el derecho de retención es una garantía de la obligación eventual, que califica como «l'obligació legal fonamentada en el principi general de l'empobriment sense causa».

(70) Comparten esa opinión, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, pág. 421; sin embargo, ABRIL CAMPOY considera que el fundamento de la obligación señalada en el artículo 4.1.c) no es el enriquecimiento injusto sino la causa onerosa.

(71) BUTERA, *Del Diritto di ritenzione*, pág. 15, afirma que el fundamento del derecho de retención es una aplicación de la *exceptio non adimpletus contractus*, y BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 68, considera que ambas instituciones se fundamentan en la equidad.

que las diferencias entre el derecho de retención y la *exceptio inadimpleti contractus* han quedado suficientemente establecidas por la doctrina (72); sin embargo, el fundamento de ambas instituciones es esencialmente el mismo, al supeditar el cumplimiento de la obligación a la satisfacción del crédito o, dicho de otra forma, no se puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la obligación propia.

En el derecho de retención ambas obligaciones son independientes, ya que ninguna está supeditada a la otra; y no son recíprocas, ya que no se origina una en función de la otra ni se exige su cumplimiento simultáneo. La relación y la dependencia entre ambas pretensiones (que permite incumplir la obligación propia si se incumple la ajena) no surge en su origen, sino de «la conexión» entre la cosa y la deuda que encuentra su detonante en la negativa del retentor a devolver la cosa (73). De esta forma, en el derecho de retención, la relación entre ambas prestaciones puede designarse como sinalagma imperfecto o sinalagma funcional (74) y conduce a que no se puede pretender el cumplimiento de una obligación sin avenirse al cumplimiento de la otra.

3. EL FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA

En algunas legislaciones, entre las que se incluye la catalana, el derecho de retención no limita sus facultades a mantener la posesión de la cosa, sino que, además, ésta se convierte en garantía del pago de los desembolsos realizados sobre ella. Nos encontramos con un importante cambio: la cosa retenida deja de tener un papel pasivo para convertirse en garantía de las deudas contraídas. Las razones que impulsan al legislador a este cambio parten de la probada insuficiencia de limitar el derecho de retención únicamente a la negativa a devolver la cosa (75). Esta ineficacia práctica se

(72) La doctrina ha abordado, en varias ocasiones, la distinción entre ambas instituciones, por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 63 y sigs.; VIÑAS MEY, pág. 104 y sigs., y SABATER BAYLE, *Presupuestos...*, pág. 1984 y sigs. Por su parte, CANO, pág. 51 y sigs., llega a decir que «en rigor, la retención es limítrofe, exclusivamente, a la excepción de incumplimiento de contrato, de la que todo trabajo es inútil para distinguirla».

(73) Para LARENZ, pág. 273, la relación de dependencia entre ambas prestaciones queda establecida mediante la negativa a la prestación.

(74) PUIG BRUTAU, Tomo I, Vol. II, pág. 122, y Díez-PICAZO, pág. 547, distinguen entre sinalagma genético y sinalagma funcional. El primero supone que la obligación que asume una parte es para la otra su razón de ser. El segundo no se refiere al origen de la obligación sino a su ejecución o consumación.

(75) MANRESA Y NAVARRO, Tomo IV, pág. 330, afirma que la idea de retención como depósito no satisface, ya que «si el deudor o propietario no paga en muchos años, ¿tendrá el poseedor la carga perpetua de gastar, hacer producir, rendir cuentas y guardar para el

complementa con otras razones que parten de la relación jurídica creada entre ambas partes:

* Por una parte, el deudor se niega a pagar los desembolsos y además reclama la devolución de la cosa.

* Por otra parte, el retentor no niega la obligación a entregar la cosa, simplemente se opone temporalmente a ello hasta que le sean reembolsadas las cantidades invertidas por razón de la cosa y que ha satisfecho con su propio patrimonio.

Esta comparación permite hacer nuevas afirmaciones:

- El deudor actúa de mala fe: pretende recuperar la cosa sin abonar los desembolsos realizados sobre ella (76). El retentor actúa de buena fe: hizo unos gastos que no tenía ningún deber jurídico de realizar y al negarse a devolver la cosa no busca ningún beneficio personal, sino que intenta no salir perjudicado económicamente por los desembolsos realizados en provecho del deudor.
- El retentor se encuentra en una posición de debilidad, ya que como premio a su buena fe puede verse en la necesidad de iniciar un procedimiento judicial para recuperar el dinero que invirtió en su calidad de poseedor diligente y en provecho de la persona contra la que debe reclamar. Ante esta situación, el derecho de retención, entendido como la negativa a devolver la cosa, es una garantía excesivamente frágil y puede ser infructuoso si el propietario no quiere recuperar la cosa inmediatamente, ya que la retención se convierte en un depósito no retribuido y sin otra esperanza para cobrar los gastos realizados que un procedimiento judicial, excesivamente largo y costoso.
- Esta situación no queda empañada por el hecho de que ambas prestaciones puedan ser económicamente desproporcionadas, de forma que el valor de la cosa sea muy superior al valor de los gastos ocasionados, ya que el deudor recuperaría la cosa simplemente con el pago de lo debido. Tampoco es ningún obstáculo que el propietario no haya intervenido en la relación jurídica previa, ya que los gastos han sido ocasionados por razón de la cosa y el beneficiado por estos desembolsos siempre será el dueño.

otro? ¿No se ve que esto es absurdo? ¿No se ve claramente que la ley concede un derecho, y que con la explicación dada se impone una obligación?»

(76) CANO, pág. 38, afirma que si tras la notificación de la retención se insiste en la reclamación de la cosa, aparece la presunción *de iure* de dolo.

De este modo, con el derecho de retención, el legislador pretende dar respuesta a una situación sobrevenida y consumada, a consecuencia de la cual se ha producido un enriquecimiento injusto. Por ello, para garantizar el pago de lo adeudado y evitar dilaciones de mala fe que aplazarían o impedirían la satisfacción del crédito, en perjuicio de la correcta y ejemplar actuación del poseedor, la cosa se convierte en garantía del cobro de la deuda.

ADOLFO LUCAS ESTEVE