

El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán

SUMARIO: 1. PREVIO: CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION: 1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 1.2. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. 2. LAS HIPOTESIS DE RETENCION CONTEMPLADAS EN LA COMPILACION. LA PROMULGACION DE LA LEY 22/1991, DE 29 DE NOVIEMBRE, SOBRE GARANTIAS POSESORIAS DE COSA MUEBLE. 3. PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETENCION. 4. LA EFICACIA DEL DERECHO DE RETENCION. 5. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE RETENCION.

1. PREVIO: CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La posibilidad de rehusar la entrega del bien por parte del deudor de restitución, con motivo de las **impensas** realizadas en la cosa o con base en los daños producidos por su tenencia, se configuró en el derecho romano prejustiniano como un equivalente de la acción. Esto es, la retención constituía el único mecanismo (judicial) al alcance del deudor con el que poder exigir el resarcimiento de los daños o gastos conexos a la cosa. De ahí que, en ese contexto, la retención presentase una notable diferencia con la situación actual, por cuanto operaba como medio legítimo y judicial de obtención del resarcimiento. Por consiguiente, no podía ser considerada todavía una garantía del crédito, sino solamente un equivalente de la acción (1).

(1) Con el advenimiento del proceso formulario, se abre una vía por la que va a discurrir la retención: las excepciones. De ese modo, embebida en la *exceptio doli*, la retención se introducirá como medida de equidad. No obstante, hay que advertir que la citada excepción no es el único medio judicial por el cual se instrumenta la posibilidad

Con el derecho justiniano, la *exceptio doli* se generaliza como mecanismo a través del cual se expresa la situación del deudor de restitución que ha llevado a cabo gastos en la cosa o ha sufrido daños con ocasión de su tenencia (2). Sin embargo, en muchos de los supuestos de retención comienza a aparecer una acción para tutelar ese derecho de crédito. De esa forma, conviven dos retenciones diferenciadas en cuanto a su fundamento y finalidad. La primera proviene del derecho prejustiniano y ubica su fundamento en la equidad, al radicar su función en permitir el ejercicio de un derecho de crédito, desprovisto de acción. La segunda, en la que la retención deja de ser el único mecanismo de defensa para convertirse en una garantía accesoria del crédito, la de encerrar este último en su contenido una acción. En ese sentido, el fundamento de la retención se desplaza de la equidad a la protección del equilibrio patrimonial. Por consiguiente, se independiza ejercicio del crédito y posesión de la cosa.

Por lo que se refiere a los supuestos en que la retención operó en Derecho romano, más que efectuar aquí un elenco de casos e hipótesis que abarcan tanto el derecho sucesorio y familiar, como el patrimonial (3), es más adecuado examinar cuáles fueron los requisitos exigidos para posibilitar la retención. Tras el análisis de los pasajes romanos, se constata que, en todo caso, se precisa la concurrencia de dos notas: una, la realización de unas impensas en la cosa o bien la causación de daños con motivo de su posesión (4), y dos, la exigencia, más o menos intensa, de un vínculo o conexión entre los gastos y los daños que originan el derecho de crédito y la cosa ajena que se posee (5).

A lo largo de la Baja Edad Media se generaliza la acción para el ejercicio del crédito en aquellas situaciones en las que el derecho romano había admitido la retención. Por ello, la retención dejó de ser conceptuada como una medida de reclamación del crédito para comenzar a considerarse como una garantía de éste. Ello va a permitir comprender por qué la expresión *retentio* es sustituida por la de *ius retentionis*.

de retener y, en consecuencia, ha de rechazarse, por errónea, la afirmación que limita a la *exceptio doli* el cauce del ejercicio de la retención.

(2) Excepción de dolo que, en derecho justiniano, posee una eficacia real. Este carácter va a permitir a JULIANO resaltar la mayor utilidad de la retención que de la acción contraria: «*si impensas in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere...*» (D.47,2,60).

(3) El elenco puede verse en E. NARDI (VOZ «Ritenzione» (Diritto Romano) en *Enciclopedia del Diritto*, XL, Varese, 1989, págs. 1368 y 1369.

(4) La doctrina romanista se ha ocupado de demostrar cómo las primeras hipótesis de retención se refieren a los daños causados en la cosa que se posee y que debe entregarse o restituirse (E. NARDI: «Profilo evolutivo della ritenzione romana», en *Rivista di Diritto Civile*, Anno III, 1957, Parte Prima, pág. 747).

(5) J. VIÑAS MEY: «Más sobre el derecho de retención», en *RDP*, 1923, pág. 4.

Son dos las notas definitorias que van a marcar la retención en esta época. La primera consiste en la confusión que media entre la retención y la compensación. Reflejo de ese erróneo proceder lo demuestra la exigencia de ciertos requisitos extraños a la retención, pero propios de la compensación: «*Retentio ut habeat locum, creditum debet esse liquidum*». Asimismo, en los textos hispanos, fundamentalmente en Fuero Real y en Partidas, se aprecia la existencia de una retención *como en razón de prenda o por razón de prenda*, que no se acierta a deslindar de la compensación como modo de extinción. La segunda consiste en el abandono de la impronta episódica del *ius retentionis* y su conceptualización como mecanismo de alcance general.

Estas dos notas definitorias de la retención se mantendrán a lo largo de la Edad moderna. No obstante, para comprender la suerte de la retención en la codificación liberal, es oportuno referirse al derecho francés del antiguo régimen.

En el derecho consuetudinario francés y en los Estatutos de algunas de sus ciudades se admitía con gran amplitud el derecho de retención. Esa proliferación de la retención originó una actuación por parte del poder real para, por una parte, evitar abusos (6) y, por otra, facilitar el tráfico de los bienes (7).

Tras el Código Civil (y el mercantil) francés, el derecho de retención aparece esporádicamente, sin que exista en los citados códigos ningún precepto que, a modo de norma general, regule los presupuestos, exigencias, caracteres o eficacia de la citada garantía. Ese rechazo por parte del Code a la retención se explica no sólo por los abusos que podía ocasionar el derecho de retención, sino además porque obstaculizaba uno de los derechos más queridos en la codificación liberal: el derecho de propiedad. Por tanto, el derecho de retención fue mirado con recelo y contemplado únicamente al paso de las liquidaciones de ciertos estados posesorios (8).

(6) La descripción de los abusos que podía ocasionar el derecho de retención puede verse en C. A. PRET (*Le droit de rétention dans les législations anciennes et modernes française et étrangères*, París, s.f., pág. 185).

(7) Confróntese en ese sentido el artículo 44 de la Ordenanza de Montils-les-Tours, acerca de la reforma de la justicia, promulgada por Carlos VII en 1453, el artículo 97 de la Ordenanza de Villers-Cotierets, promulgada por Francisco I en 1539, el artículo 52 de la Ordenanza de Moulins y el artículo 9 del Título VII de la Ordenanza de 1667, promulgada por Luis XIV.

(8) De ahí que se haya podido afirmar que, tras la codificación, «toute la théorie du droit de rétention est à taire» (DUBOIS: «DU droit de rétention», en *Rev. prat. de Droit français*, XIII, 1862, 1, pág. 52). De hecho, el Code únicamente contempla un verdadero derecho de retención en los artículos 545, 570, 867, 1885 y 1948.

1.2. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

La misma evolución que en el Derecho francés se mantuvo en el derecho civil español hasta el Proyecto isabelino. En ese orden de ideas, el Proyecto de 1836 instauró un derecho de retención excepcional (9). El cisma a esa evolución lo constituye la disciplina que el Proyecto de 1851 atribuye a la retención. En éste el derecho de retención deja de regularse esporádicamente y de forma deslabazada, al disciplinarse una norma, de carácter general, tendente a establecer los presupuestos de hecho de la retención en las liquidaciones de los estados posesorios (art. 432). Por otra parte, al margen de esa norma general acerca de la retención, el Proyecto diseña otra especie de retención que denomina «retención en prenda» y que se caracteriza por recaer sobre bienes muebles y surgir en virtud de créditos que presentan una conexión jurídica con el bien poseído (cfr. arts. 1.541, 1.620 y 1.685).

Este régimen dispuesto para la retención, pergeñado por el Proyecto de 1851 y debido a la pluma de GARCÍA GOYENA, que diferencia entre el derecho de retener en prenda y el simple derecho de retención, va a perpetuarse hasta nuestro actual Código Civil, con el solo añadido de la *retención* contemplada en los vigentes artículos 502 y 522, introducidos por el Anteproyecto de 1888 (cfr. arts. 504 y 523).

El Código Civil de 1889 sigue los postulados del Proyecto isabelino y, en consecuencia, admite en su articulado dos distintas formas de la citada garantía. El análisis del Código permite aseverar que en su seno coexisten diversas retenciones (10), todas con un claro carácter garantístico, pero con una diferente intensidad en cuanto a la protección y prerrogativas concedidas al retentor.

El artículo 453 del Código consagra un derecho de retención en garantía de los créditos que surgen para el poseedor vencido, como consecuencia de la liquidación de un estado posesorio. Los presupuestos necesarios para que nazca ese derecho de retención consisten, en primer lugar, en la realización de gastos necesarios y/o útiles en el bien poseído por parte del poseedor vencido. El empleo de la diferenciación entre gastos necesarios, útiles o de puro lujo o recreo (cfr. arts. 453 a 455, 1.063, 1.518 y 1.893 CC) frente a la de gastos ordinarios o extraordinarios (cfr. arts. 500, 501, 502, 527, 1.743, 1.746 y 1.751 CC) no responde al albur legislativo, sino que

(9) Pueden examinarse en el sentido propuesto los artículos 1.126, 1.390, 1.362 y 1.705 a 1.707 del Proyecto. No obstante, en los tres últimos preceptos citados, más que un genuino derecho de retención, lo que el Proyecto contempla es la facultad de retener la cosa por parte del acreedor pignoraticio hasta el pago de la deuda.

(10) En ese sentido, consúltense las afirmaciones vertidas en los Considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941.

tiene una clara razón de ser. La diferenciación entre gastos ordinarios y extraordinarios presupone que el propietario o titular de un derecho real ha concedido el uso al poseedor. Por ello, los gastos ordinarios no son reembolsables, por cuanto constituyen la contrapartida de ese uso. En cambio, la distinción entre gastos necesarios, útiles y de lujo o recreo, como acontece en el supuesto del derecho de retención, es utilizada por el legislador, precisamente, cuando entre el poseedor vencido que ha realizado esos gastos y el vencedor en la posesión no media ninguna relación jurídica (11).

En segundo lugar se exige la concurrencia en la situación posesoria de la buena fe. Así pues, a diferencia de su antecedente de 1851 (art. 432) el derecho de retención se alinea como una de las ventajas de que goza el poseedor de buena fe (cfr. art. 451, respecto de la adquisición de los frutos, art. 453, en relación al abono del aumento de valor de la cosa o el pago de los gastos útiles, arts. 1.940, 1.955 y 1.957, acerca del régimen de prescripción adquisitiva, y el art. 464, por cuanto se refiere al régimen de legitimación). Por consiguiente, es obligada la referencia a la buena fe tal y como la contempla el artículo 433 del Código. En nuestra opinión, la ignorancia de los vicios, modalizada con la necesaria ética en el actuar, ha de venir referida a la posesión en cuanto fenómeno posesorio (cfr. art. 438 CC) (12).

Por último, es preciso que, junto a esa existencia de un crédito vencido y exigible y al mantenimiento de la posesión de buena fe de un bien ajeno, no fungible y corporal, medie una conexión entre el crédito del cual el poseedor es titular y la cosa que mantiene en su poder. De las dos formas posibles de conexión: material, que opera al margen de toda relación entre el titular del crédito y el vencedor en la posesión y vincula un bien con un derecho de crédito, con ocasión de los gastos efectuados en la cosa o por los daños causados por ésta, o jurídica, que vincula el bien y el derecho de

(11) P. DEL POZO CARRASCOSA: *El derecho de retener en prenda del depositario*, Barcelona, 1989, págs. 57 a 61.

(12) Sin embargo, el Tribunal Supremo ha restringido el ámbito de aplicación del artículo 453, al ceñir la expresión «título o modo de adquirir» a la adquisición de los derechos reales y exigir, para retener, la posesión con título (confróntense, entre otras, las Sentencias de 4 de diciembre de 1933, 17 de mayo de 1948, 7 de octubre de 1949, 9 de julio de 1984, 11 de junio de 1985 y 17 de julio de 1985).

A mi entender, la delimitación del ámbito de aplicación de la garantía retentoria prevista en el artículo 453 exige la compenetración entre el presupuesto objetivo y el subjetivo. De ese modo, al prever el artículo 453 una sucesión en la posesión y una liquidación posesoria donde el poseedor vencido no tiene concedido el uso por el propietario de la cosa o poseedor legítimo (de ahí la tripartición entre gastos necesarios, útiles y voluntarios), no se aplica a las hipótesis de arrendamiento, uso y habitación, usufructo, enfiteusis o precario. Afirmación que se ve corroborada por los preceptos que contemplan esas situaciones posesorias (cfr. arts. 487, 528, 1.573, 1.652 y 1.656.8 CC y arts. 1.604 y 1.605 LEC).

crédito debido a que la posesión del primero y la titularidad del segundo derivan de una misma relación jurídica, es claro que el 453 opta por la primera.

Junto al artículo 453, que previene la garantía retentoria en la liquidación de estados posesorios en los que falta toda relación jurídica entre el poseedor vencido y el vencedor en la posesión, el Código emplea en los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 la expresión «retener en prenda». El citado giro lingüístico ha generado opiniones diversas acerca de su alcance.

No obstante, no ser el objeto del presente estudio el análisis del derecho de retención en el Código Civil, considero conveniente establecer algunas reflexiones al respecto. Si bien es cierto que tanto en las fuentes romanas como en Las Partidas se utiliza una expresión similar (D.47,2,15,2 *quasi pignoris loco ea res fuit* por razón de prenda en P.5,2,9 y P.5,3,5 y 10), con ello únicamente se persigue obtener una finalidad explicativa o didáctica, esto es, dar a entender que el acreedor por los créditos conexos a la cosa puede retener ésta como si se tratase de la facultad de retención que el derecho de prenda confiere al acreedor pignoraticio. En cambio, el Código Civil de 1889 acoge el citado giro lingüístico en tres artículos (cfr. arts. 1.600, 1.730 y 1.780), a la vez que con ello se desembaraza de los ordenamientos coetáneos en los que solamente se emplea la expresión «retener» o «retención», y sigue, de esa forma, los dictados del Proyecto de 1851 y, fundamentalmente, la concepción de la retención de su principal autor.

A la vista de todo ello, se trata de averiguar qué entiende el legislador por «retener en prenda». Para la resolución de la citada cuestión, la interpretación histórica, junto a otros cánones hermenéuticos, tiene una acusada trascendencia, precisamente, por dos motivos. En primer lugar, porque el texto legal en vigor tuvo que seguir, como así lo hizo en los actuales artículos 1.600, 1.730 y 1.780, al Proyecto de 1851, puesto que tal era el mandato encerrado en la Base primera de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. En segundo lugar, porque gozamos de unas Concordancias, motivos y comentarios al propio Proyecto llevadas a cabo por su principal autor, con lo que éste nos desvela el por qué y la relación que esos preceptos están llamados a desempeñar en cuanto constituyen garantías para ciertos créditos (13).

El paso previo a la exposición de nuestra opinión sobre este delicado problema, exige el análisis de las opiniones doctrinales y de las sentencias del Tribunal Supremo.

La doctrina ha apuntado diversas respuestas, las cuales pueden sintetizarse en tres. La primera posición entiende que la expresión «retener en prenda» no constituye más que un vulgarismo o una incorrección del legis-

(13) Acerca de ello, véase P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 118 a 126.

lador, o bien una vez más una imprecisión terminológica atribuible al Código Civil de 1889, puesto que en los preceptos en que se emplea dicho giro (cfr. arts. 1.600, 1.730 y 1.780) no se consagra más que un puro derecho de retención (14). La segunda opinión doctrinal reconduce la expresión «retener en prenda» al hecho de que con ella se quiere atribuir al retentor únicamente una de las facultades de todas aquellas que integran el derecho de prenda: la retención, el efecto anticrético y el *ius distrahendi* (15). Por último, existe una tercera tesis que sostiene que el Código

(14) Se incardina en esta postura la inmensa mayoría de la doctrina. Entre otros, y sin pretensión de exhaustividad, pueden traerse a colación los nombres de A. LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 121 «... dichas palabras no son más que una defectuosa expresión (un vulgarismo) de nuestro Código, con intención de recalcar la idea base de "retener"» y en «El derecho de retención del mandatario. ¿Un derecho de prenda?», en *AC*, 1988, págs. 158 y sigs. Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, XXIV, Madrid, 1915, comentario al art. 1.600, págs. 163 y sigs. J. GÓMEZ CALERO: «El derecho de "retener en prenda" del artículo 1.600 del Código Civil y su problemática respecto de los vehículos de motor», en *RDP*, 1966, pág. 1075. A. GORDILLO CAÑAS: *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, comentario al art. 1.730, pág. 1576 «la equivocidad de la expresión utilizada por la ley no ha sido obstáculo a la unánime calificación doctrinal de la figura: no se consagrada en ella un derecho real de prenda, sino un simple derecho de retención». L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS: «Sistema de Derecho Civil», II, Madrid, 1985, pág. 507. J. L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho Civil II*, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 339. J. R. LEÓN ALONSO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, págs. 446 y 447, «La misma expresión usada en el texto legal, que a tan partidarias consideraciones ha conducido con frecuencia a doctrina y jurisprudencia, no puede ser entendida más allá de lo que es una errónea transcripción de la superior idea que, probablemente, latiera en la mente del legislador».

(15) F. BADOSA COLL: *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, comentario al art. 1.780, págs. 1.690 y 1.691, «Prescindiendo de la interpretación literal, la frase "retener en prenda" puede entenderse como una frase hecha en que "prenda" se utiliza en sentido vulgar. Es más, aún si se admite que "prenda" se utiliza en sentido jurídico como derecho real de garantía, la frase es susceptible de una interpretación que no hace necesario aceptar el *ius distrahendi*; basta tener en cuenta que la "retención" es una noción que también se presenta como derecho real de garantía. En efecto, ésta tiene una triple eficacia: la "retención" de la cosa hasta que no se cumpla la obligación garantizada (arts. 1.863, 1.866 y 1.871), el efecto anticrético (art. 1.868) y finalmente la facultad de promover la enajenación de la cosa (art. 1.872). Pues bien, la "retención en prenda" del art. 1.780 (y de los arts. 1.600 y 1.730) puede entenderse como que el depositario tendrá la "misma retención que tiene el acreedor pignoraticio", es decir, la primera de sus tres facultades; la alusión a la "prenda" se justificaría así en que ésta es el paradigma de la garantía mobiliaria, sin necesidad de extenderla a su naturaleza real y dispositiva. Esta interpretación que lleva la retención a sólo el primero de los efectos del derecho real de prenda, se justifica en que ambas tienen en común la posesión inmediata de la cosa por parte del acreedor y supone que la garantía se limita a esta

configura en los artículos 1.600, 1.730 y 1.780 verdaderos derechos de prenda que encuentran su diferencia con la prenda convencional, precisamente, en su origen, esto es, en el hecho de que es la ley quien otorga al deudor de la entrega la posibilidad de constituir **unilateralmente** un derecho de prenda (16).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado desde antiguo por entender la frase «retener en prenda» en su sentido literal. Por ello ha deducido, en primer lugar, que la retención en prenda únicamente es aplicable a los bienes muebles (SSTS de 29 de diciembre de 1903, de 20 de diciembre de 1915 y de 16 de junio de 1970) y, en segundo lugar, que lo que dichos preceptos acogen (17) es una garantía legal pignoratícia (SSTS de 16 de junio de 1970 y de 7 de julio de 1987).

Aunque, como se acaba de ver, la doctrina mayoritaria se inclina por estimar que en los preceptos citados existe simplemente un derecho de retención, en mi opinión, ello no es así. Considero que el Código Civil, junto al derecho de retención previsto en el artículo 453, contempla en ciertas relaciones contractuales que originan la posesión de un bien mueble una garantía legal pignoratícia, cuyo nacimiento y utilización se somete a la voluntad de aquél a quien la ley, en atención a su situación jurídica, ha deseado otorgar dicha garantía por si tiene a bien utilizarla.

Los argumentos o motivos que conducen a esta interpretación no son

posesión sin extenderse sobre la cosa ya sea en sus frutos (efecto anticrético) y menos en ella misma (*ius distrahendi*)).

I. MIRALLES GONZÁLEZ: «Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, 2, pág. 713, nota 4.

(16) J. M. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil Español*, IV, Madrid, 1985, págs. 282 y ss. Sin embargo, este autor opina que en todos los supuestos de retención que prevé el Código (arts. 453, 502, 522, 1.600, 1.730, 1.780, 1.866 y 1.886) si el objeto de ésta lo constituye un bien mueble se trata de un derecho legal de prenda, mientras que si es un inmueble de un derecho de anticresis. J. SANTOS BRIZ: «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», en *RDP*, LVI, 1972, pág. 406 y *Derecho Civil*, IV, Madrid, 1975, pág. 450. No obstante, la afirmación de este autor en la primera de sus obras citadas (pág. 406, nota 52) que la configuración de la retención como derecho pignoraticio es el criterio doctrinal predominante, dista, como hemos visto, de ser cierta. J. CASTÁN TOBENAS: *Derecho Civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1961, págs. 459 y sigs. J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1956, II, vol. II, pág. 394. Estos dos últimos autores abandonaron su posicionamiento y pasaron en ediciones sucesivas de sus obras a mantener que en los artículos examinados tan sólo se encierra un derecho de retención. F. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, III, págs. 847 y sigs. B. PÉREZ GONZÁLEZ, y J. ALGUER en sus anotaciones al *Derecho de Obligaciones* de L. ENNECCERUS, Barcelona, 1935, t. II, vol. II, págs. 291 y sigs.

(17) Aunque las afirmaciones del TS se limitan al art. 1.730 para el contrato de mandato, no vemos ningún obstáculo para extenderlas asimismo al 1.600 y 1.780, puesto que el tenor literal («retener en prenda») es idéntico en todos ellos.

otros que los que se desprenden del empleo y conjunción de los criterios interpretativos, que para averiguar el sentido de los preceptos, y tras la reforma del Título Preliminar, encuentran cabida en el actual artículo 3 del citado texto legal.

En primer lugar, es preciso examinar el argumento literal. En contra de él se ha argüido que no es posible configurar un derecho legal de prenda sólo por la utilización de la frase «retener en prenda», máxime si se tienen en consideración las múltiples imprecisiones terminológicas de que hace gala nuestro decimonónico Código Civil. Ante ello es necesario replicar y advertir, en primer término, que resulta en extremo casualidad que el legislador cometa una misma imprecisión en tres preceptos diferentes que regulan precisamente el derecho de retención originado en una conexión jurídica. En segundo término, que no se sustenta la admisión de la prenda legal solamente en el criterio literal, sino que al deberse la introducción de este giro en el Código a la obra de GARCÍA GOYENA, la interpretación histórica permite aseverar que la utilización de la citada expresión es de todo punto consciente, puesto que así lo demuestra, como en seguida tendremos ocasión de comprobar, el propio autor del Proyecto en sus concordancias, motivos y comentarios a éste. En ese sentido, el legislador de 1889 no hace más que mantener una expresión introducida en 1851, cumpliendo así con el mandato legal de la Base primera de la Ley de Bases de 1888, y dar carta de naturaleza en nuestro derecho al derecho de retención como derecho pignoraticio legal (18).

En segundo lugar, y de enorme trascendencia, resulta ser la interpretación histórica. El precedente inmediato de los actuales artículos 1.600, 1.730 y 1.780 del vigente texto legal no es otro que el Proyecto *isabelino* (cfr. arts. 1.541, 1.620 y 1.685). La virtualidad de éste radica en avanzarse a su tiempo; es decir, consciente de la previsión esporádica y deslabazada de un derecho de retención en el Code, lleva a cabo un intento de sistematización de la retención como garantía. Así establece un artículo en sede de posesión (art. 432), que regula la retención como garantía del poseedor vencido en la liquidación de los estados posesorios, y, junto a éste, una garantía legal pignoraticia que se atribuye a una de las partes de ciertas relaciones jurídicas (contrato de obra, mandato y depósito). El estudio de los comentarios de GARCÍA GOYENA a los tres artículos del Proyecto de 1851 evidencia esa realidad.

El primer comentario que el autor de las Concordancias efectúa al primero de los preceptos en que aparece el giro «retener en prenda» podría

(18) Recuérdese que en pro de la interpretación literal de la expresión «retener en prenda» se ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo. Cfr. las sentencias aducidas en el epígrafe anterior.

calificarse, a simple vista, de desconsolador para la tesis que sostenemos, o lo que es lo mismo, un fuerte argumento en contra de ella. En particular, la glosa de GARCÍA GOYENA al artículo 1.541 («El que ha ejecutado una obra sobre cosa mueble tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague»), sólo establece: «Ve el 432 y el número 1 del 1926» (19). De ahí que se haya entendido que en el 1.541, antecedente del 1.600, la expresión «retener en prenda» se evidencia como imprecisa, pues la remisión al 432 (actual art. 453) y al 1.926.1 (actual art. 1.922.1 que otorga un privilegio para los créditos de construcción, reparación y conservación o precio de venta de bienes muebles) demuestra que se trata solamente de un derecho de retención (20).

En cambio, opino que la glosa de GARCÍA GOYENA al 1.541 tiene un sentido diverso del que se le pretende atribuir. A mi entender, los comentarios al 1.541 se comprenden una vez estudiadas las glosas del autor de las concordancias a los artículos relativos a la retención en prenda en el mandato y en el depósito. O sea, que es necesario comenzar por el final y examinar en primer lugar la glosa destinada a la retención en el depósito, luego la del mandato y, por último, el sucinto comentario de GARCÍA GOYENA al 1.541. Si esto se hace así, se constata como la breve glosa del 1.541 no quiere significar que el ejecutante de una obra en cosa mueble tenga exclusivamente un derecho de retención y que su crédito venga adornado de un privilegio, sino que lo que se desea advertir es que se compare la retención en prenda (entendida en el sentido en que lo hace GARCÍA GOYENA en los comentarios al mandato y depósito), en cuanto derecho legal pignoraticio, con la simple retención. Por ello: «Ve el 432 y el número 1 de 1.926».

Los comentarios al artículo 1.620 («El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante cumpla con la indemnización de que tratan los dos artículos anteriores») ponen de manifiesto cómo el mismo derecho de retención que se concede al mandatario es el atribuido al depositario, por lo que se hace preciso, en aras de avanzar en nuestro análisis, el examen de la glosa al 1.685 (21).

Pero es en las palabras de GOYENA destina a la exégesis del artículo 1.685 donde, con meridiana claridad, se constata la naturaleza jurídica que el autor atribuye al derecho de retención allí contemplado: «El depósito es, naturalmente, y sin necesidad de pacto especial, la prenda de los créditos que él mismo ocasiona. *Quasi pignoris loco ea res fuit*, dice la ley 15,

(19) F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, III, Madrid, 1852, pág. 489.

(20) R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *LOS créditos...*, págs. 125, 130 y 131.

(21) F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, IV, Madrid, 1852, pág. 49, «Por lo demás, habiendo tan grande analogía entre los dos contratos, no puede negarse en uno lo que se concede en otro».

párrafo 2, título 2, libro 4 del Digesto, tratando de las *impensas* necesarias hechas en la cosa dada en comodato.

Las *impensas* necesarias merecen ya por su misma naturaleza una especial protección, y la tienen en todos los casos por el artículo 432; pero la merecen mayor en el depósito, contrato gratuito por parte del depositario, y beneficioso tan sólo al deponente» (22).

Por consiguiente, tres poderosos argumentos se alinean para la configuración de la retención como prenda legal, desde este análisis histórico. El primero es que el propio GARCÍA GOYENA configura el depósito, e igual debemos hacer para el mandato y el contrato de obra, como la prenda de los créditos que de la relación jurídica surgen (23). El segundo, porque GARCÍA GOYENA contrasta la protección que se dispensa al poseedor en la liquidación de los estados posesorios con la que se confiere al retentor en prenda, para concluir que la protección es mayor en este último caso. El tercero porque el autor de las Concordancias afirma: «Si el depositario ha entregado la cosa sin hacerse pagar, no conservará ya derecho alguno o privilegio sobre ella; pero sí su acción personal contra el deponente según el art. 1.926» (24). Este aserto se justifica plenamente desde el encuadramiento de la retención como prenda legal. En ese sentido, perdida la posesión se pierde el derecho de prenda y, por ende, la preferencia que el derecho real lleva aneja (25). Se trata, por tanto, de la preferencia de todo derecho de prenda, esto es, la del 1.926.2. En cambio, sí conserva el crédito garantizado con la prenda, pese a la pérdida de la posesión de la cosa (el 1.926.1 exige solamente que se mantenga en el dominio del deudor, sin requerir la posesión por parte del acreedor), éste puede llevar aparejado un privilegio *ex art.* 1.926 (26).

(22) P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 116 y sigs. Ha advertido este autor, quien sostiene la naturaleza de prenda para la retención en sede de depósito, como las palabras de GARCÍA GOYENA responden a las promovidas por Real ante el Consejo de Estado francés («... car il est *naturellement* et sans le secours d'aucune stipulation, le gage des créances dont il est la causa»), que el eminente jurista castellano altera conscientemente en el sentido de traducir la palabra «gage» (garantía) por la de prenda.

(23) P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 122 y 123, «Hemos de concluir que el "retener en prenda" tiene un significado propio, no influido por la tradición histórica ni por las legislaciones extranjeras, significado que nos es únicamente desvelado por la afirmación de que "el depósito es... la prenda de los créditos que él mismo ocasiona", en el sentido de constituir una auténtica prenda de carácter legal, pues se constituye sin necesidad de pacto especial».

(24) *Ibid.*

(25) F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, comentario al 1.926, IV, Madrid, 1852, pág. 283, «el derecho de prenda no se adquiere sino con la entrega de la cosa, ni se conserva sino con su posesión». Cfr. el vigente art. 1.191 CC.

(26) Así por ejemplo, el del 1.926.1, «Gastos de construcción o conservación de una cosa mueble, sobre esta misma, mientras no ha pasado al dominio de un tercero». En el mismo sentido, P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 124 y sigs.

El tercer criterio interpretativo que apuesta en pos de la retención en prenda como prenda legal es el sistemático. Acorde con ello, el Código responde afirmativamente a dos cuestiones. La primera estima que la prenda no se constituye sólo por contrato, usucapión o disposición de última voluntad, sino que también es posible que la ley cree derechos reales de garantía (cfr. art. 609 CC). En esa dirección, el Proyecto de 1851 y con él nuestro vigente Código Civil rechazan la prohibición legal de constitución de la prenda existente en el Proyecto de 1836 (27). Por consiguiente, tanto la prenda como la hipoteca (art. 1.875.2 CC y 158 y ss. LH) o la anticresis (cfr. arts. 502 y 522 CC) constituyen derechos reales de garantía que admiten su creación legal. La segunda cuestión se plantea si el Código Civil admite expresamente la existencia de otra hipótesis de prendas legales, a lo que la respuesta no puede dejar de ser afirmativa. En particular, el propio texto legal admite la existencia de prendas legales, algunas incluso sin desplazamiento de la posesión (28).

Por último es preciso añadir que en 1882 se introducen en el Proyecto los artículos 504 y 523 que pasarán al actual texto legal y que conceden al usufructuario un derecho de retención que lleva aneja la facultad de reintegrarse con los frutos, una vez finalizado el usufructo. Este derecho de retención así caracterizado constituye un nuevo argumento en favor de los derechos de garantía de creación legal, puesto que el artículo 504 de 1882 y el 502 actual parten de que el objeto del usufructo lo constituye un inmueble (29), finalizado el usufructo, se parece extraordinariamente a un derecho de anticresis *ex lege*.

(27) Tras el Código parece admitir esa tesis SCAEVOLA, quien afirma que la constitución de la prenda tan sólo puede ser convencional y no legal. Confróntense los arts. 1.696 y 1.697. En este último precepto se rechaza la posibilidad de la prenda legal.

(28) Compárense, para la prenda legal con desplazamiento posesorio y para aquella que no lo precisa, los artículos 1.922.3 y 1.922.7 del Código respectivamente. En el sentido indicado, véase A. GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 53, 65, 66 y 76. Asimismo es esclarecedor el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1.926.3 (actual art. 1.922.4 que extiende el privilegio treinta días después de la entrega): «La ley presume haber sido en este caso la intención de las partes, que los efectos transportados fuesen la prenda del precio de su transporte, y ha dado a esta presunción la fuerza de prenda legal. Pero cesará el derecho de prenda y el privilegio desde que los efectos salieran del poder del que los transportó, como acontece en el número anterior» (*Concordancias...*, IV, Madrid, 1852, pág. 283).

(29) En el caso del usufructo, el Código (arts. 523 de 1882 y 522 vigente) no habla de retener en prenda, lo cual es de todo punto exacto pues el usufructo puede recaer sobre muebles e inmuebles. En mi opinión, el legislador decidió dotar al usufructuario de un derecho de garantía efectivo. A tal fin, si el usufructo recae sobre una finca, el usufructuario, una vez finalizado el usufructo, puede reintegrarse de lo que se le debe con los productos de la cosa. Así diseñado el derecho de retención se asemeja a un derecho legal de anticresis. Si se trata, en cambio, de un bien mueble, parece que estaremos ante un derecho de retención que lleva añadido el efecto anticrético. La

Y por fin, cabe esgrimir también el argumento finalista o teleológico. Si la finalidad que persigue el legislador es dotar al acreedor por los créditos conexos a la cosa que está en su poder con un derecho de garantía eficaz y efectivo, es mucho más adecuado, una vez observado que no se aprecian inconvenientes en el Código actual para dicha configuración, sino todo lo contrario, la naturaleza de derecho pignoraticio, con todo lo que esa afirmación lleva consigo (*ius persecuendi, ius distrahendi, efecto anticrético y preferencia* «ex» 1.922.2 CC), que la de mero derecho de retención que únicamente confiere al retentor la coacción dirigida al cumplimiento de la obligación, sin permitirle traspasar la fase de seguridad y adentrarse en la de garantía, esto es, en la realización del valor del bien poseído.

Junto a ese derecho de retención, prevenido en el artículo 453, y a la retención en prenda de los artículos 1.600, 1.730 y 1.780, es oportuno incidir, aunque sucintamente, sobre los artículos 361 y 1.866.2 del Código.

El primero contempla un supuesto de accesión industrial (edificación, siembra o plantación en suelo ajeno) y se remite a la indemnización de los artículos 453 y 454. El problema que se origina es si la remisión a la indemnización incluye o no el derecho de retención. En mi opinión, la remisión del 361 al 453 abarcará la garantía retentoria si se dan dos condicionantes: *a)* que el edificante, plantador o sembrador sea un poseedor de buena fe (30), y *b)* que entre el edificante, plantador o sembrador y el dueño del suelo no medie ninguna relación jurídica.

En segundo lugar, el derecho de retención recaerá sobre el suelo en que se edificó, plantó o sembró, si se estima que el régimen del 361 no origina una adquisición automática del dominio. Si es esa la tesis a seguir, la edificación, plantación o siembra no pueden ser objeto de la garantía por cuanto son cosas propias.

El artículo 1.866.2 del Código encuentra su origen más remoto en una Constitución del emperador Gordiano (Codex 8,27), que otorgaba al acreedor pignoraticio la posibilidad de conservar la posesión de los bienes dados en prenda respecto de cualquier otro crédito que existiera entre acreedor pignoraticio y deudor pignorante.

El citado texto, con ciertas variaciones, hará tránsito a Las Partidas y será acogido por el Code, por el Proyecto isabelino y por nuestro Código

cuestión de si además existe la facultad de realizar el valor y el privilegio de la prenda o anticresis, así como la existencia de una acción real, va a depender del alcance que se le quiera dar a estos dos preceptos de nueva creación (arts. 502 y 522). Si se considera que con ellos el legislador deseó establecer, a similitud de las prendas legales que el Código acoge en su articulado, para el usufructuario un derecho real de garantía de creación legal —lo cual es plausible—, la respuesta no puede dejar de ser afirmativa.

(30) De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1962, se califica como tal aquel que se halle en la errónea creencia, en virtud de un error

Civil. La casi totalidad de la doctrina se ha inclinado por considerar que en él se contempla un derecho de retención y no un derecho de prenda (31).

A pesar de ello, y sin necesidad de tomar posición al respecto, existen ciertas consideraciones que permitirían discrepar de ese parecer y que tan sólo voy a exponer. En primer lugar el *pignus gordiano* ha generado la discusión entre los intérpretes acerca de su naturaleza, hasta tal punto que los doctores del *ius commune* construyeron la denominada *retentio pro alia pecunia* para identificar esta peculiar retención, a la que faltaba su principal requisito: la conexión entre crédito y cosa (32). En segundo lugar, la literalidad del precepto, la de su antecedente de 1851 y la glosa del principal autor de este último apuntan hacia la conceptualización como prenda. Y, en tercer lugar, porque, a diferencia del Code, nuestro Código Civil acoge la categoría de las prendas legales, con lo que no se enfrenta con el sistema la conceptualización del *pignus gordiano* como prenda.

Expuesto a grandes rasgos el régimen que el Código Civil destina al derecho de retención, es oportuno ahora centrarse en el objeto del presente estudio: el derecho de retención y su regulación por parte del derecho civil catalán.

2. LAS HIPOTESIS DE RETENCION CONTEMPLADAS EN LA COMPILACION. LA PROMULGACION DE LA LEY 22/1991, DE 29 DE NOVIEMBRE, SOBRE GARANTIAS POSESORIAS DE COSA MUEBLE

El Derecho Civil Catalán contempló en la Compilación de 21 de julio de 1960 diversos supuestos de retención. El primero de los citados casos se encontraba establecido en el artículo 206 de la Compilación (33), que

excusable, respecto a la propiedad del suelo, creyendo que está facultado para construir, plantar o sembrar en él.

(31) Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941. En contra, J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO: *La retención de cosa ajena*, Barcelona, 1990, págs. 52, 71 y 72.

(32) CYNUS PISTORIENSIS: *Super Codice*, 1578, folio 498. BARTOLUS A SAXOFERRATO: *In Secundam Codicis Partem Commentaria*, Augustae Taurinorum. 1589, al Codex 8,27, folios 131 y sigs. En el mismo sentido, se ha pronunciado E. BUSSI («La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune», en *Diritti reali e diritti di obbligazione*), Padova, 1937, pág. 348 (En *Studii di Diritto Privato italiano e straniero, diretti da M. Rotondi*, vol. XXVII).

(33) Artículo 206. «Deferit o transmés el fideïcomís, el fiduciari o els seus hereus lliuraran la possessió de l'herència o el llegat fideïcomesos al fideïcomissari dins els trenta dies naturals següents a aquell en qué rebin el requeriment notarial o judicial corresponent. Si no ho realitzen, tindran la consideració de mers detentors i non faran seus els fruits a partir d'aquell moment, i el fideïcomissari podrà recaptar-ne la possessió àdhuc mitjançant l'interdicte d'adquirir.

otorgaba al heredero fiduciario o a sus herederos la citada garantía para compeler al cumplimiento de los créditos exigibles que, en el momento de la delación del fideicomiso, éstos ostentaban frente al fideicomisario.

El segundo caso se prevenía en el artículo 301 del citado texto legal (34), que atribuía al dueño del dominio útil el derecho de retención *ver sus* el dueño del dominio directo, hasta que se le abonase, consignase o garantizase el reembolso de las mejoras llevadas a cabo en el bien inmueble.

El tercero de los supuestos (art. 278) prevé un derecho de retención que se concede al que de buena fe edifique, plante, siembre o rotore en suelo ajeno, para la obtención del abono, garantía o consignación del precio de los materiales, semillas o plantas y los jornales de los operarios. Esta norma específica desplaza la aplicación del 361 del Código y concede el derecho de retención al que edifica, planta, siembra o rotura con buena fe en suelo ajeno (35).

No obstante, entre el artículo 278 de la CDC y el 361 del Código, al margen de la nota común de que ambos contemplan la edificación, siembra o plantación (el 278 añade la roturación que, de acuerdo con el *Usatge Si quis in alieno*, prevé la hipótesis de desmonte de un bosque infructífero para

Si dins el dit termini el fiduciari o els seus hereus al·leguen algun dels drets a què fa referència l'article 208 i n'assenyalen l'import, podran retenir la dita possessió.

Subsistirà el dret de retenció que estableix el paràgraf anterior mentre la quantitat total fixada no sigui consignada, ñangada o satisfeta, a resultes de la seva posterior comprovació definitiva. La fiança podrà ésser personal, pignoratícia i hipotecària. Aquesta última podrà ésser constituïda sobre immobles del fideïcomís de substitució condicional.

El fiduciari o els seus hereus i el fideïcomissari tindran dret a obtenir, mitjançant instància i en qualsevol moment, la constància per nota marginal del dret a la trebel·liànica en la inscripció dels béns fideïcomesos en el Registre de la Propietat».

(34) Artículo 301. «Expirat el termini o complida la condició el senyor directe, llevat pacte en *contrari*, no podrà recobrar la finca sense abonament, consignació o *fiançament* de les millores exigibles fetes per l'emfiteuta, el qual vindrà obligat a fixar-ne l'import».

(35) Artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña: «El que con buena fe haya edificado, sembrado, plantado o roturado en suelo ajeno podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores. El que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe perderá en favor del dueño del suelo la edificación, plantación o cultivo.»

Los antecedentes de este precepto se sitúan en el *Usatge Si quis in alieno* (Libro VII, Título I, Constitución única del Volumen primero de «Les Constitucions i altres drets de Catalunya: «Si *algu* en lo sol de *altre* de sa propia materia edificara cosa, de aquell sia la cosa, de qui era lo sol; pero, si abona fe haura edificat, creent lo sol esser seu, poras *retenir* la cosa fins que lo preu de la materia e lo loguer *dels* mestres le sie restituit. Mas si ab mala fe, sabent que edificava en sol de altre contra voluntat del Senyor, es vist haver coratge de donar. Mes si per dret de loguer, o de conductiones, voluntariament, si sens culpa del Senyor, no *forçant-lo* alguna necessitat desampara la

situarlo en condiciones de ser utilizado) entre un no propietario del suelo y el propietario del suelo, sin que medie relación alguna entre ellos (36), median profundas diferencias.

cosa, no cobrara la preu de la materia, ni lo loguer **dels mestres**; pero si per culpa del senyor, o **forçat** per necessitat la Casa desampara, així **com** per **fam** de aquella regio, o per Guerra o per opressio de **algun** potent, lavors lo Senyor es **forçar** de retreli lo preu de la materia, compensant si alguna cosa li deu per lo loguer de la cosa; e qualsevol cosas que sien ditas de aquell qui a bone fe, e a mala fe edifica, totes sien entesas de aquell qui **sembra**, o planta e la silva infructuosa deneja»), que, según Ficher, es copia del Cap. XII, libro 3.º de las *Exceptiones legum Romanorum*. El precepto catalán silencia uno de los dos supuestos que preveía el *Usatge*, cual es la situación que ostenta el arrendatario por las edificaciones, plantaciones, siembras o roturaciones, y regula solamente los conflictos entre el propietario de la finca y el poseedor de la misma que edifica, siembra, planta o rotura terreno ajeno (así L. PUIG FERRIOL: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXX, Madrid, 1987, págs. 10 y 11). La STSJC de 1 de marzo de 1993 (FD 8) considera que la buena fe que exige el art. 278 supone: «Una persona que edifica, planta, siembra i **romp** en terreny alié perquè pensa que la seva actuació és lícita i correcta. I això és el que passa en el cas que **dóna** origen al present recurs. El **fill** fa unes construccions, plantacions i obres en finques **proprietat** del seu pare, i sap evidentment que **actua** sobre finques alienes, pero tots **els** actes que realitza son consentits i aprovats **pel** seu pare —**propietari** se les **finques**—, que fins i tot **col.labora** materialment i económicament en la realització de certes obres que fa el fill». Acerca del concepto de buena fe en la accesión, de las diversas acepciones acogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 11 y 17 de junio de 1985, 4 de julio de 1985, 23 de mayo de 1989), así como de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, puede consultarse el documentado estudio de S. NAVAS NAVARRO («Buena fe y accesión» (En torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 1993), en *La Llei de Catalunya i Balears*, any III, número 71, págs. 1 y sigs.). En el citado trabajo, la autora, tras considerar que la literalidad del 433 del Código se refiere, en sede de accesión, al mecanismo jurídico adquisitivo de la propiedad u otro derecho real que permita edificar, y que la normativa acerca de la liquidación del estado posesorio presupone un poseedor vencido en concepto de dueño y un vencedor en la posesión, considera que no reúne la cualidad de buena fe el poseedor que conozca que el suelo sobre el que levanta una edificación no es propio (*op. cit.*, pág. 6).

El momento en que la existencia de la buena o mala fe debe apreciarse es, según la Sentencia del TSJC de 29 de septiembre de 1993 (FD 2.º): «La resposta a aquesta qüestió és necessàriament negativa, ja que l'expressió de l'art. 278 esmentat es refereix explícitament a la bona fe existent en el precís **moment** que es procedeix a l'edificació i no pas a la qualitat possessòria **originària**».

(36) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 12. «Si concurren estos supuestos de que un no propietario del suelo ha edificado, sembrado, plantado o roturado el mismo, y entre el propietario del suelo y el edificante —**en general**— no media relación jurídica alguna que legitime su actuación sobre fundo ajeno, se presenta un conflicto de intereses, que en esencia se traduce en delimitar si la edificación, plantación, siembra o roturación ceden en beneficio del dueño del terreno o si, por el contrario, el dueño de los materiales, plantas o semillas sigue ostentando un derecho de propiedad sobre los mismos, pese a que se ha incorporado a una finca ajena». En la misma dirección, S. NAVAS NAVARRO («Posesión, accesión y derecho de retención» [A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de marzo de 1993], en *La Llei de Catalunya i Balears*, any III, núm. 70, pág. 3) sustenta, y cita en su favor el parecer

La primera estriba en que el 361 enfoca el problema planteándose los derechos que corresponden al propietario del suelo, mientras que el artículo 278 se sitúa en el polo contrario, al delimitar qué derechos ostenta el que edificó, plantó, sembró o roturó suelo ajeno (37).

La segunda en que el 278, conforme con el *Usatge Si quis in alieno* y la doctrina jurídica catalana que lo interpretó, atribuye un derecho de retención, con lo que obviamente se requiere en el edificante, plantador, sembrador o roturador la condición de poseedor, a diferencia de lo que acontece en el 361 del Código, y además parte de la premisa, al seguir la opinión de ROCA SASTRE, que la propiedad de lo edificado, plantado, sembrado o roturado se transmite *ipso iure* al dueño del terreno (38). De ahí que con acierto el precepto establezca como objeto de la retención la edificación, plantación o cultivo, pues, a diferencia de lo que acontece bajo el supuesto del 361 en los casos en que proceda la retención, aquí el edificante, plantador, sembrador o roturador tan sólo ostenta la posesión y no la propiedad, con lo que se evidencia la función garantística de la retención (39), al recaer sobre cosa ajena.

La tercera diferencia estriba en el importe de la indemnización que se concede al que edifica, planta, siembra o rotura. El artículo 278 lo limita

de J. CÁNCER, que el artículo 278 CDC tan sólo se aplica en aquellos supuestos de inexistencia de relación jurídica entre edificante, roturador, etc. y *dominus soli*. Asimismo, la STS de 14 de junio de 1956, 27 de febrero de 1979 y 15 de abril de 1991. En contra, M. MIRÓ GIL («El dret de retenció d'inmobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació», en *RJC*, 1992, 4, págs. 897 y sigs.) opina que el artículo 278 de la Compilación, por sí solo, ofrece una regulación unitaria y completa de la retención y que su ámbito de aplicación alcanza también aquellas hipótesis en las que el que edifica, planta, siembra o rotura se encuentra ligado por una relación jurídica con el dueño del suelo («La CDCC, contràriament al CC i com altres ordenaments jurídics, conté una regulació unitària del dret de retenció com a institució pròpia, existent en sí mateixa... Per tant, la CDCC no sols no exclou, sinó que abasta i compren literalment totes les situacions que entren en el supòsit de fet de l'article 278, conforme a la interpretació històrica, encara que neixin de relacions obligacional o d'altres vincles jurídics distints del *memorament* possessori entre amo (actual o passat) i retenidor, sense distincions *ubi art. 278 non distinguet*», pág. 916).

(37) Así también W. CUSI ESCOFET: «Accesión industrial. Derecho de retención». Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969, en *RJC*, 1971, pág. 329. FAUS Y CONDOMINES: *Compilación del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1960, pág. 321.

(38) En esa dirección, W. CUSI ESCOFET, *op. cit.*, pág. 332, y L. PUIG FERRIOL: *op. cit.*, pág. 14.

(39) En el mismo sentido, L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 14. «Creo que debe acogerse la primera de estas posibles soluciones no sólo porque así se deriva de la declaración general del artículo 358 del Código Civil, que como se sabe establece la accesión a favor del suelo de todo lo edificado, sembrado o plantado en él; sino también porque el referido artículo 278 de la Compilación otorga en este caso al constructor, o al que sembró, plantó o roturó el derecho de retención, que por su propia naturaleza implica que el titular de este derecho no es propietario de la cosa objeto de la retención».

al pago de los materiales, semillas, plantas y jornales de los operarios, mientras que el 453, por remisión del 361, concede al propietario la facultad de indemnizar el importe de los gastos o el aumento de valor que se haya originado en la finca (40).

Por último, el artículo 278 concede la iniciativa de la liquidación del precio y de los jornales al retentor, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores, mientras que el 453 nada establece al respecto, siendo en la mayoría de ocasiones ejercitado el derecho de retención como excepción a la demanda en que se reivindica el bien poseído.

Sin embargo, esta norma puede ocasionar abusos, puesto que permite que el retentor eleve sin razón el importe de los gastos y obligue al propietario a seguir un juicio declarativo para establecer la liquidación real de los citados gastos. Si ello acontece, el retentor que obra con abuso de su derecho de retención incurrirá en la responsabilidad que determina la ley (art. 7.2 CC). Por otra parte, con la citada norma, que deja la iniciativa de la liquidación al retentor, se evita que la retención como garantía se volatilice, por cuanto como afirma Cusur: «A pesar de estos inconvenientes, son mayores todavía los que pueden producirse de atribuir la iniciativa al deudor, dueño del terreno sobre el que se ha edificado de buena fe, a pesar de que éste goza de un derecho más antiguo y preferente debido a las reglas por las que se rige la accesión, ya que en este caso le basta al dueño del predio con fijar un precio inferior al real para que inmediatamente lo pague, afiance o incluso lo consigne, enervando inmediatamente el derecho de retención del edificante, desvirtuando con ello la finalidad de la retención, a pesar de las acciones legales que pudiese ejercitar el vencido en la posesión» (41).

Los rasgos comunes a estas tres hipótesis en que la Compilación prevenía la existencia de un derecho de retención consisten, en primer lugar, en que la fijación del importe, que con la retención se pretende obtener, queda a la decisión del retentor, sin perjuicio, claro está, de las comprobaciones posteriores, y, en segundo lugar, en que, a diferencia del régimen del Código Civil, en el Derecho Catalán se contempla expresamente la posibilidad de que el deudor pueda recuperar el bien retenido no sólo por medio del pago de lo que adeuda, sino también si consigna o garantiza el pago (42).

(40) L. PUIG FERRIOL (*op. cit.*, pág. 16) apunta la conveniencia de relacionar el 278 con el 453 para mitigar las consecuencias poco equitativas a que puede conducir la aplicación práctica del 278.

(41) *Op. cit.*, pág. 330.

(42) Aunque los citados preceptos se refieran a «afianzar» el pago, parece que con ello se quiere designar no sólo la fianza en cuanto garantía personal, sino además las garantías reales. En ese sentido, resultaba esclarecedor el artículo 206 de la Compilación.

Por lo demás, en lo que se refiere a los bienes objeto de la retención, mientras el artículo 278 y 301 de la Compilación preveían hipótesis de retención recayentes sobre bienes inmuebles, el artículo 206 confería una retención especial, pues ésta se extendía a la retención de la posesión de la herencia o del legado fideicomitido, esto es, en el primer caso, se trataba de retención de una universalidad de derecho.

Sin embargo, con el ulterior desarrollo y evolución del Derecho civil catalán el panorama ha cambiado considerablemente. El Parlamento Catalán ha aprobado la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, sobre garantías posesorias de cosa mueble, con la que se pretende, al decir del propio Preámbulo de la citada disposición, crear garantías ágiles y flexibles sobre bienes muebles. Con ese fin, la ley catalana disciplina el régimen normativo de dos derechos reales de garantía (43) que implican desplazamiento de la posesión: el derecho de retención y la prenda. Por otro lado, con anterioridad, la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos, en su Disposición Final primera deroga el artículo 301 de la Compilación y elimina, en consecuencia, el derecho que éste acogía. Por último, el Código de Sucesiones (Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña) sustituye el artículo 206 (DF 1.^a CS) por los artículos 237 y 238 del Código, el primero de los cuales se remite en cuanto a la constitución del derecho de retención a lo establecido en la Ley de Garantías Posesorias (44).

La Ley 22/1991 de garantías posesorias sobre cosa mueble, además de ampliar el ámbito de aplicación del derecho de prenda y determinar nuevas modalidades de ésta (cfr. en esa dirección los arts. 9 y 12 de la Ley), muestra una regulación homogénea del derecho de retención. Por lo que aquí nos interesa, esa regulación participa de tres caracteres relevantes.

En primer lugar, la ley acaba con la disputa doctrinal conocida y examinada acerca de la naturaleza del derecho de retención. El trato que la doctrina ha brindado a la cuestión de la naturaleza jurídica de la retención ha estado frecuentemente comprometido con la eficacia que se ha pretendido predicar de esta garantía. De ese modo, ha sido habitual mantener la naturaleza de derecho personal cuando se deseaba limitar la eficacia *inter partes*, mientras que cuando la intención se encaminaba al establecimiento de unos efectos *erga omnes* se sostenía, con anterioridad, la naturaleza real del instituto.

(43) Esa es la configuración que la ley catalana adopta para el derecho de retención en su Preámbulo y que se desprende asimismo del resto del articulado (cfr. arts. 1 a 8): Preámbulo II, «El dret de retenció passa a **configurar-se com** un dret real de garantia...».

(44) Artículo 237. «Deferit el fideïcomís, el fiduciari o els seus hereus han de lliurar la possessió de l'herència o el llegat fideïcomesos al fideïcomissari dins el trenta dies naturals següents a aquell en què rebin el requeriment notarial o judicial correspo-

En este punto, la doctrina se ha caracterizado por cubrir todo el abanico de posibilidades. Para aquellos que la retención constituye un *derecho subjetivo*, las diversas posturas han oscilado desde su concepción como derecho real o como derecho personal, sin faltar quienes han admitido que estamos ante un derecho *sui generis*. Por su condición de derecho personal se han decantado, entre otros, TROPLONG, LAURENT, PLANIOL, CATALÁ-FRANJOU, BELTRÁN DE HEREDIA, LÓPEZ Y LÓPEZ Y DE ANGEL, quienes aducen, fundamentalmente, que se trata de una manifestación de la *exceptio doli*, que en Roma constituía una *exceptio in personam*, y que no se puede estar ante un derecho real, por cuanto el derecho de retención no proporciona a su titular acción real, y sin ésta no existe tal derecho. Dentro de esta postura, a su vez, sus partidarios se escinden entre los que sostienen la eficacia general del derecho de retención y los que la niegan, por entender estos últimos que ese, precisamente, es un trazo más que lo identifica como derecho personal.

Frente a esta tesis se ha sostenido (MAGRI, DUMOULIN, VIÑAS MEY, MANRESA) que la retención se incluye en los derechos reales y para ello se ha indicado, en primer lugar, que existe entre el retentor y el titular de un derecho real una clara similitud, cual es el poder directo e inmediato sobre la cosa. En segundo lugar, se destaca la oponibilidad *erga omnes* como corolario de su naturaleza real. En tercer lugar, se señala que si la posesión es un derecho real, al ser el retentor un poseedor, la retención debe ser un derecho real. Por último, es frecuente aducir que el derecho de retención es una causa de preferencia.

Además de estas dos posiciones enfrentadas que han polarizado a la mayoría de los autores, existen quienes califican al derecho de retención como un cuasicontrato (LÓPEZ DE HARO y MAZZONI) y quienes, convencidos de no poder reducir la naturaleza de la retención al esquema dual del derecho real o personal, y tras advertir la relatividad de la distinción entre derechos personales o reales (45), consideran que se trata de un *derecho sui generis* o mixto (46).

nent. Si no ho realitzen, **tenen** la consideradó de **mors detentors** i no fan seus els fruits a partir d'aquel **moment**, i el fideïcomissari en pot recaptar la possessió **adhuc** mitjançant l'**interdicte d'adquirir**.

Si dins el dit **termini** el fiduciari o els seus hereus requereixen **notarialment** al fideïcomissari la constitució d'un dret de **retenció** de conformitat amb la Llei per a **algun dels crèdits** a què fa referència l'article 240, i n'assenyalen l'import, poden **retenir** la dita possessió.»

Artículo 238. «Subsisteix el dret de retenció que estableix l'article anterior **mentre** la quantitat total fixada no ha estat consignada, **fiançada** o satisfeta, de resultes de la seva posterior comprovació definitiva. La garantia pot ésser personal, pignoratícia o **hipotecària**. Aquesta última pot ésser constituïda sobre immobles del fideïcomís condicional.»

(45) Confróntese la opinión de J. GIORGI, *op. cit.*, págs. 457 y sigs.

(46) Entre otros, pueden incluirse aquí los nombres de DE RUGGIERO, GUARRACINO,

En realidad, todo este amplio abanico de construcciones doctrinales no hace más que evidenciar la dificultad de aprehender la naturaleza de la retención. Más aún, hay quien niega que la retención sea un derecho subjetivo autónomo e independiente, y prefiere conceptuarlo como una facultad conferida al acreedor y que se inserta en la compleja situación jurídica en la que el titular del crédito se halla (47).

Esa ligazón entre naturaleza personal o real y eficacia *inter partes* o *erga omnes* se observa asimismo en las dos principales sentencias en que el Tribunal Supremo se ha ocupado del tema. En la primera (STS de 24 de junio de 1941), el supuesto de hecho consistía en el concierto entre una sociedad y el Banco de España de un contrato de apertura de crédito, garantizándose el saldo deudor con una prenda de valores mobiliarios. Posteriormente, la citada sociedad, en virtud de nuevas operaciones con el Banco de España, contrajo nuevas deudas frente a aquél. La sociedad presentó suspensión de pagos. Ante ello, el Banco de España pretendía ejercitar el derecho de abstención no sólo por el saldo deudor de la cuenta, sino también por los nuevos créditos contraídos por la sociedad y extender consecuentemente la garantía pignoratícia al cobro de dichos créditos.

El precepto en juego no era otro que el apartado segundo del artículo 1.866. El Banco sostenía que se trataba de una garantía real, una prenda tácita, y de ahí se derivaba su eficacia real, mientras que el Tribunal Supremo, tras afirmar que «su trascendencia respecto de terceros depende de la naturaleza que dentro del sistema legislativo se asigne al derecho de

LÓPEZ DE HARO, DE BUEN, BONELLI, GÓMEZ CALERO, GIORGI y MUCIUS SCAEVOLA. En particular, J. GÓMEZ CALERO («El derecho de "retener en prenda" del art. 1.600 del Código Civil y su problemática respecto de los vehículos de motor», en *RDP*, 1966, págs. 1081 y 1982 («El derecho de retención, según queda dicho, no es propiamente ni un derecho real ni un derecho de obligación. Pero, en todo caso, es un derecho subjetivo»). Q. Mucius SCAEVOLA (*op. cit.*, pág. 503) considera que «Entre el grupo de los derechos llamados personales y el de los derechos reales, existen algunos que, participando de los caracteres de uno y otro, no tienen científico acomodo en ninguno de los dos miembros capitales de la clasificación. Entre éstos se encuentra el derecho de retención, de naturaleza alternativa según el aspecto bajo el que se le considere, pero en rigor de naturaleza mixta, porque tiene caracteres peculiares de los derechos reales y de los personales».

(47) L. Díez-Picazo: *Fundamentos...*, I, pág. 592; J. Puig Brutau: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. II, Barcelona, 1956, pág. 547. «La discutida cuestión de si el derecho de retención es un derecho real, en cuyo caso sería oponible frente a terceros, o un simple derecho personal, con eficacia limitada al acreedor y al deudor, seguramente ha de resolverse de la manera que preconiza Díez-Picazo: el derecho de retención no es más que la facultad de rehusar la restitución que puede alegarse como excepción frente a la pretensión de la otra parte (*exceptio doli*)»; F. Jordano Fraga, *op. cit.*, pág. 4776. «Como ya se ha en buena parte anticipado, suscribo enteramente la opinión de que se trata de una facultad (que se puede ejercer o no), que asume el carácter de *excepción* frente al deber de restituir o entregar, en tanto no se pague el crédito garantizado.»

retención cuando se articula como institución jurídica sustantiva», concluye su naturaleza personal («aun tratándose de un derecho de naturaleza personal»). Obsérvese, por tanto, el error en que incurren tanto el recurrente como el Tribunal al resolver el recurso de casación, por cuanto nada obliga a enlazar necesariamente naturaleza y eficacia. Así, un derecho personal puede ser eficaz frente a terceros (cfr. art. 1.571 del Código y 2.5 de la LH), mientras que un derecho real puede tener limitada su eficacia (48). Es más, incluso en el caso objeto de examen podría sostenerse que se trataba de un derecho real de prenda y mantener, en cambio, su eficacia personal, por cuanto no se reunían los requisitos legales para extender su eficacia frente a terceros (49).

En la segunda resolución judicial, el supuesto de hecho que subyace a la argumentación jurídica es el siguiente: **Itel Container International**, B.V. arrendó a **Marítima Comercial Exportadora**, S. A. (MACOESA) 325 contenedores. Con posterioridad, y por falta de pago, **Itel Container** decidió resolver el contrato de arrendamiento y recuperar los contenedores. No obstante, 40 de los contenedores se encontraban en poder de **Canarias Shipping**, S. A. por haberlos entregado en depósito MACOESA.

El debate surge cuando **Itel** ejercita una acción reivindicatoria para recuperar sus 40 contenedores frente a **Canarias Shipping**, S. A. Ante esa demanda, la Sociedad depositaria formula reconvenición y reclama el abono de los gastos de conservación y almacenaje, más los intereses legales, como medida previa a la devolución de los contenedores.

De nuevo, el alto Tribunal engarza la naturaleza y la eficacia de la retención. En particular, acude al artículo 1.730 que, en sede de mandato, confiere al mandatario el derecho de retener en prenda por los gastos e indemnizaciones contempladas en los artículos 1.728 y 1.729 (para nada alude el TS al depósito, precisamente la relación constituida entre MACOESA y **Canarias Shipping**, S. A., donde el 1.780 asimismo confiere la retención) y sostiene que «el artículo 1.730 del Código Civil al disponer que "el mandatario podrá retener en prenda las cosas objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los artículos 1.728 y 1.729", reconoce a favor del mandatario una garantía legal pignoratícia con todos los efectos de este derecho real... y que ello, al propio tiempo, conlleva la consecuencia de que, como tal derecho real, sea oponible *erga omnes* y no sólo frente al mandante que entregó los

(48) En el mismo sentido, J. GIORGI, *op. cit.*, pág. 457, y F. JORDANO FRAGA: «Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 1987», en *CCJC* 14, págs. 4772 y sigs.

(49) El artículo 1.865 dispone: «No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha». Vide V. GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Madrid, 1990, comentario al artículo 1.866, pág. 431.

contenedores con el encargo de hacerlos llegar a su propietario, sino también frente a este último...».

Pues bien, consciente de ese bagaje doctrinal, el legislador catalán apuesta decididamente por la configuración del derecho de retención como un derecho real de garantía y, acorde con ello, le atribuye todos los caracteres propios de éste: poder directo e inmediato sobre la cosa (art. 3), preferencia sobre el valor del bien (art. 2.2) y eficacia frente a terceros (art. 5) (50).

En segundo lugar, la ley de garantías posesorias se limita a la regulación de éstas en cuanto recaen o se proyectan sobre bienes muebles (51). Esta limitación expresa en cuanto al ámbito de aplicación de la nueva normativa, da lugar a dos configuraciones diversas del derecho de retención. Por una parte, si el derecho de retención recae sobre un inmueble (cfr. arts. 278 CDC y 237 y 238 CS, si el fideicomiso particular tiene por objeto un inmueble o bien si en la herencia *fideicomitida* que se retiene se incluyen inmuebles) parece que no es viable aplicar la normativa de la Ley 22/1991, con lo que nos encontramos ante un derecho de garantía, cuyas notas *caracterizadoras* no se extienden ni a la posibilidad de enajenar el bien para satisfacer el crédito garantizado, ni al efecto anticrético ni a la preferencia atribuida *ex lege*. Se trata, por tanto, de un derecho de retención que queda limitado, en cuanto a su contenido se refiere, a la fase de seguridad. Esto es, es una garantía con eficacia *erga omnes*, pero que agota toda su virtualidad en rehusar el cumplimiento de la obligación de entrega, manteniendo la posesión del bien hasta la total satisfacción de lo que se adeuda al retentor. En cambio, el derecho de retención conformado por la ley catalana tiene un contenido mucho más amplio que el derecho de retención cuyo objeto es un inmueble, pues no se contenta con mantenerse en la fase de seguridad, sino que se interna en la fase de satisfacción a instancia del retentor y, además, se le dota de una preferencia sobre el valor del bien para el caso de una hipotética colisión de derechos.

(50) Aunque el Preámbulo derive la eficacia real de la configuración de la retención como derecho real («El dret de retenció passa a configurar-se com un dret real de garantia, de manera que el retenidor es pot negar, no solament davant del deutor, sinó també davant de qualsevol tercer, a la restitució de la cosa retinguda fins que no li hagin estat pagats totalment els deutes que van generar la retenció»), ello sólo es así cuando se llevan a cabo las actuaciones necesarias para hacer extensiva su eficacia frente a terceros; en particular, las medidas dispuestas en el apartado segundo del artículo cuarto de la citada ley. En otro caso, seguiremos estando ante un derecho real, pero con eficacia limitada.

En cuanto derecho de garantía, la ley le confiere asimismo sus atributos, como el efecto anticrético (art. 2) o el derecho a la realización del valor (arts. 2 y 6).

(51) Preámbulo I. «Aquesta llei pretén respondre a la necessitat social de regular les garanties reals mobiliàries a Catalunya adoptant al tràfic jurídic actual les figures del dret de retenció i de la penyora».

Por último, la Ley de Garantías Posesorias diseña el derecho de retención como un derecho de prenda legal. En ese sentido, las diferencias más relevantes que existen con la prenda convencional se encuentran en su origen o forma de constitución, puesto que, de darse la conexión requerida entre el crédito y la cosa (cfr. art. 4 que agrupa supuestos de conexión material y jurídica), es el acreedor de la entrega el que unilateralmente decide la constitución de ese derecho de garantía, y en el hecho de que ésta no requiere (cfr. art. 8 para la prenda convencional), ni para su constitución ni para su eficacia, que el pignorante sea el propietario del bien pignorado (52).

3. PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETENCION

El legislador catalán disciplina en los artículos 3 y 4 los presupuestos o requisitos necesarios para el nacimiento del derecho de retención. El artículo 3 señala que «El **posseïdor** de bona fe de cosa aliena que l'hagi de lliurar a una **altra** persona pot exercir el dret de retenció en garantia del pagament **dels** deutes a qué fa referència l'article 4».

En primer lugar, se precisa que el retentor fuera antes de iniciar la retención un poseedor inmediato de la cosa mueble y que, en virtud de la retención, se le permita invertir su concepto posesorio, poseyendo desde entonces en concepto de retentor, e incumplir la obligación de restitución a la que se encuentra sujeto. Los caracteres que debe reunir la posesión apta para, con posterioridad, poder retener consisten en ser una posesión de buena fe (53). Como poseedor de buena fe habrá que considerar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 433 del Código Civil, aquel que ignora, con un error excusable, los vicios o defectos que afectan a su título o modo de adquirir (54).

(52) La regulación del derecho de retención como prenda legal la acoge la ley catalana en sus artículos 1 a 8. En el mismo sentido, I. MIRALLES GONZÁLEZ («Ley Catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de cosa mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, pág. 714. «En cambio, la Ley 22/91 ha acogido con ciertas modificaciones este sistema ya que configura el derecho de retención como una especie de "prenda legal", al atribuir al retentor la posibilidad de realizar el valor de la cosa retenida, dándose ciertas circunstancias.»

(53) Esto es, a diferencia del Código Civil en que la buena fe en la posesión tan sólo forma parte del supuesto de hecho de la norma en la hipótesis del artículo 453, no en los artículos 1.600, 1.730 o 1.780 en los que la buena fe se introduce vía art. 1.258, la retención mobiliaria prevenida en la normativa catalana va a necesitar, en todo caso, una posesión de buena fe.

(54) En idéntica dirección L. PUIG FERRIOL en L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TR IAS: «Instituci ns del Dret Civil de Catalunya», Part General, *Obligacions i contractes. Drets reals*, vol. I, Valencia, 1993, pág. 418.

Por otra parte, se requiere que la posesión que se ejercita sobre la cosa sea una posesión inmediata, que se lleva a cabo directa y materialmente sobre el bien (55).

Sin embargo, en nuestra opinión, no es **característico** de la posesión previa a la retención (56) que ésta (cfr. art. 432 CC) lo sea en concepto distinto al de propietario. Sí es cierto que en la mayoría de las ocasiones ocurrirá que la posesión del retentor será consecuencia de una previa relación jurídica en virtud de la cual posee la cosa y, en ese caso, poseerá el bien en concepto diferente al de propietario. No obstante, en ocasiones, puede acontecer que aquél que posee en concepto de dueño resulte vencido en su estado posesorio y deba entregar la cosa. En estos últimos supuestos, el reembolso de los créditos conexos al bien que posee se verán también garantizados con el derecho de retención (57).

En segundo lugar, la cosa que se retiene ha de participar de una serie de caracteres: mueble, puesto que la ley catalana se limita a regular dos derechos reales de garantía que sujetan bienes muebles; corporal, porque aun cuando es posible la posesión de los bienes incorpóreos (cfr. entre otros, los arts. 430 y 431 CC), la retención presupone una relación inmediata con la cosa y una obligación de restitución de la posesión del bien,

(55) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 418. «A més a més, i si s'admet que l'article 431 CC permet distingir en el nostre dret entre possessió mediata i la possessió immediata, que es centra en el fet de que la possessió mediata és la que es té per mitjà del posseïdor immediat, que posseeix materialment la cosa com a conseqüència de la relació jurídica que l'uneix amb el posseïdor mediat, que en un moment posterior ha de recuperar la possessió immediata, hem de concloure que la possessió a què es refereix l'article 3 és una possessió immediata, que atorga al retenidor la possessió material de la cosa fins el pagament complet del deute garantit...»

(56) Si, en cambio, de la posesión en concepto de retentor que se ejerce, en todo caso, en concepto distinto al de propietario.

(57) En contra, L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, págs. 418. «L'article 432 CC distingeix entre la possessió en concepte de propietari i la possessió en concepte de tenidor de la cosa per conservar-la i gaudir-ne, pertanyent el domini a una altra persona. La possessió de que parla l'article 3 no és una possessió en concepte de propietari, ja que el precepte parla de cosa "aliena", i aixó vol dir que ens trobem aquí davant d'una possessió en concepte distint al de propietari, que es pot fonamentar en un dret real o en un dret de crèdit.»

A mi entender, el requisito de que la cosa que se va a retener sea ajena no tiene que ver con el concepto en el cual posee el bien el futuro retentor, sino que únicamente toma en consideración la función de garantía de la retención. Por ello, se explicita que la garantía sólo es tal cuando se ejercita sobre bienes muebles *ajenos* (art. 3 LGP). Muestra de cuanto digo es el siguiente supuesto: poseedor de buena fe de un bien mueble que es vencido en su posesión por un tercero (Hipótesis prevista, por ejemplo, en los arts. 453 o 464.2 y 3). En el caso descrito es posible que el poseedor de buena fe posea en concepto de propietario y, a nuestro entender, aun así los créditos por los gastos necesarios de conservación y gestión efectuados en la cosa, o bien los daños y perjuicios sufridos con motivo de la cosa (art. 4.1.a) y b) justifican la constitución del derecho de retención.

todo lo cual apunta hacia la exigencia de la corporalidad del bien (58); no fungible, pues, a diferencia de lo que acaece para la compensación (cfr. art. 1.196), la retención presupone no la adquisición de la propiedad con la obligación de devolver el *tantundem*, sino, por contra, el mantenimiento de la posesión sobre un bien ajeno que sólo se restituirá una vez realizado o garantizado (cfr. art. 7) el pago de los créditos del retentor, y, ajena, por cuanto la ajenidad se necesita, como ya se ha avanzado, para llevar a cabo la función del derecho real; es decir, la garantía real tan sólo desempeña su función cuando a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1.911 CC) se une la sujeción directa e inmediata de un bien ajeno al acreedor que va a responder de las obligaciones del deudor.

En tercer y último lugar, para que la retención de un bien ajeno pueda tener lugar se hace necesario que el poseedor de buena fe sea titular de uno o varios créditos conexos a la cosa poseída. La vinculación existente entre el crédito y la cosa puede ser de dos tipos: material o jurídica. La primera alude a aquellos créditos derivados de los gastos efectuados en la cosa o de los daños y perjuicios irrogados por la posesión de ésta (*debitum cum re junctum*), mientras que la segunda conecta ciertos créditos que se originan con motivo de una relación jurídica, en virtud de la cual el titular de dichos créditos es además poseedor del bien.

Pues bien, el artículo 4 de la Ley 22/1991 contempla tanto los créditos que van a ser garantizados con la retención como la vinculación o conexión que los une con la cosa. En cuanto a la conexión se refiere, el artículo 4 de la LGP abraza tanto hipótesis de clara conexión material (art. 4 .1.a) «El rescabament de les despeses necessàries pers a la conservació in la gestió de la cosa»; 4.1.b) «El rescabament pels danys produïts per raó de la cosa a la persona obligada al lliurament») como jurídica (art. 4.1.c) «La retribució de l'activitat realitzada per raó de la cosa, per encàrrec del posseïdor legítim sempre que hi hagi hagut un pressupost acceptat i que l'activitat realitzada s'adeqüi a aquest»).

En cuanto a los créditos que gozan de la garantía retentoria, siempre que medie la conexión con la cosa explicitada por el artículo 4 de la Ley, es oportuno examinar tres aspectos diversos: el fundamento que conduce al legislador catalán a atribuir en los citados casos un derecho de retención,

(58) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 417. «En el context de l'article 3 l'expressió cosa equival a cosa material o corporal, perquè el precepte fa referència al deure inicial que afecta al retenidor de lliurar la cosa a una altra persona, i aquest lliurament comporta una transferència material de la possessió, que sols és possible quan es tracta de coses corporals.»

Es más, aun cuando pudiera argüirse que la retención de un crédito o derecho incorporado a un título-valor supone una hipótesis de retención de bien incorporal, ello distaría de ser cierto, porque lo que, en realidad, se retiene es el soporte material, bien corporal, de aquél.

el examen de los citados créditos, enumerados en el artículo 4.1 y 5.2 de la Ley, y, por último, las condiciones que los mentados créditos deben reunir para originar el nacimiento del derecho de retención.

El análisis del fundamento que conduce a que el legislador catalán otorgue la garantía retentoria puede ser doble. Por una parte, se trata de impedir el enriquecimiento injusto que se ocasiona cuando se entrega el bien sin la previa satisfacción de los daños o perjuicios causados por las cosas o bien por los gastos necesarios efectuados en ella (art. 4.1.a) y b). Se trata, en estos supuestos, de tutelar con la retención la satisfacción de obligaciones legales para de esa forma impedir que el obligado a la restitución se empobrezca. Con el citado fundamento se encuentran, en primer término, los gastos necesarios para la conservación y gestión de la cosa y, en segundo término, aquellos daños ocasionados por razón de la cosa al poseedor de ésta.

Por lo que afecta a los gastos efectuados en la cosa poseída, el legislador catalán únicamente prevé como gastos que dan pie al nacimiento de la retención a aquéllos que se califican como necesarios para la conservación o la gestión de la cosa. Por el primer concepto, se incluyen los gastos realizados para impedir la pérdida o menoscabo físico o económico de la cosa, mientras que con el concepto de gestión refiere el legislador catalán los desembolsos o el trabajo efectuados para la conservación jurídica del bien (59). De esa regulación se desprende que solamente los gastos necesarios para la conservación y gestión de la cosa, más los gastos necesarios resultantes de la conservación que efectúa el retentor para cumplir con su obligación de conservar el bien retenido (art. 5.2 LGP), justifican el nacimiento de un derecho de retención, mientras que los gastos necesarios de previsión o los gastos útiles no son aptos para originar el nacimiento del citado derecho, a diferencia de lo que bajo el régimen del Código Civil acontece (art. 453). Además, es preciso delimitar el concepto de gastos necesarios de conservación y gestión desde otra perspectiva, para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 4 LGP. Sabido es que el Código Civil distingue entre una clasificación tripartita de los gastos (necesarios, útiles y de puro lujo o recreo) y otra dual (ordinarios o extraordinarios). El empleo de una u otra responde a diversos parámetros. La clasificación tripartita es empleada por el Código al contemplar hipótesis donde quien efectúa los gastos no tiene atribuido el uso de la cosa por el propietario. Por contra, la

(59) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 421. «Delimitat inicialment el concepte de despeses necessàries, s'ha d'afegir ara que només originen el dret de retenció les despeses necessàries de conservació, que són les que permeten que la cosa pugui continuar prestant la mateixa utilitat, i les despeses necessàries per a la gestió de la cosa, que són les que fan referència a la seva conservació jurídica perquè eviten la pèrdua de la cosa i permeten a la vegada treure'n els aprofitaments normals de la mateixa.»

distinción dual entre gastos ordinarios y extraordinarios se acuña para referir aquellos supuestos en que el poseedor tiene atribuido el uso de la cosa por parte del propietario del bien. De ahí se desprende que sean de su cargo los gastos ordinarios efectuados en el bien. El ámbito de aplicación del artículo 4 y la amplitud mayor o menor de los supuestos garantizados con la retención va a depender de si se entiende que el ordenamiento jurídico catalán acoge o no esta distinción. Si se considera que el ordenamiento jurídico catalán no la admite quedarían incluidos en el concepto de gastos necesarios tanto aquellos que efectúan los poseedores de bienes que no tienen concedido el uso por el propietario (vgr. el depositario) como aquellos extraordinarios de conservación que llevan a término los poseedores a quienes el propietario les ha atribuido el uso del bien (no, en cambio, los ordinarios pues esos son a su cargo como contraprestación de ese uso). En este último caso tendrían derecho a retener entre otros, el usufructuario, el arrendatario o el comodatario (cfr. en contra el art. 1.747 CC) (60).

Respecto a los daños y/o perjuicios (61) que la cosa genera a su poseedor, parece que hay que considerar como tales aquellos que se ocasionan siempre que medie una relación de causalidad entre el daño y/o perjuicio causado y la situación en virtud de la cual se posee la cosa.

Los citados daños y perjuicios no son únicamente los causados antes de comenzar la restitución, sino también los que se ocasionen una vez el acreedor posee el bien en concepto de retentor (arg. analógico respecto del art. 5.2 que extiende la retención por los gastos necesarios a los efectuados para la conservación de la cosa retenida). Ahora bien, si estos daños son motivados porque el retentor infringe su deber de guarda o su facultad de usar la cosa solamente a efectos de su conservación (cfr. art. 5.2), dichos menoscabos patrimoniales no justifican el nacimiento de un derecho de retención (62). En todo caso, el incumplimiento de los deberes del retentor puede fundamentar una reclamación por los daños y perjuicios causados (arg. arts. 1.101 y 1.104 CC).

El segundo fundamento ampara con la garantía retentoria aquellos créditos cuyo origen es contractual y no legal, y que se derivan de la actividad

(60) Podría apuntar la admisión del mismo criterio en el derecho catalán la derogación del artículo 301 de la Compilación, que atribuía un derecho de retención en una hipótesis en que existía una relación jurídica entre el acreedor de restitución y el retentor. Abunda por la afirmativa el hecho de que esa tricotomía fuera empleada por los clásicos catalanes (cfr. S. NAVAS NAVARRO: «Posesión, accesión y derecho de retención» (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de marzo de 1993), en *La Llei de Catalunya i Balears*, any III, núm. 70, pág. 2).

(61) Considero que aunque el artículo 4 de la LGP se refiere literalmente a los «daños», se incluyen asimismo los «perjuicios» que la posesión por razón de la cosa ocasiona.

(62) L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 421.

realizada por razón de la cosa. Se trata, por tanto, de una garantía legal en favor de un crédito contractual. Su fundamento, pues, descansa más que en la evitación de un empobrecimiento injusto en la causa onerosa (63).

En el artículo 4.1.c) se afirma que «la retribució de l'activitat realitzada per raó de la cosa, per encàrrec del posseïdor legítim sempre que hi hagi un pressupost acceptat i que l'activitat realitzada s'adeqüi a aquest». Dos aspectos de lo en él establecido merecen un mayor comentario. En primer término, se evidencia cómo es innecesario para la constitución del derecho de retención, en cuanto prenda legal, que el que entrega la cosa sea el dueño de ésta. Es suficiente, a tales efectos, que quien encarga la actividad a realizar con motivo de la cosa sea un poseedor legítimo. Por poseedor legítimo parece que hay que entender, desde la óptica de quien recibe la posesión del bien mueble y asume la citada obligación de hacer, a aquel que posee debidamente o indebidamente, siempre que en este último supuesto ello sea ignorado con un error excusable por parte del futuro retentor (64).

En segundo término, es inevitable la comparación de lo establecido en el artículo 4.1.c) de la ley catalana con la literalidad del artículo 1.600 del Código Civil. De este parangón se extrae que el supuesto de hecho previsto en el artículo catalán es mucho más amplio que el prevenido en el precepto del Código Civil. Basta a tal efecto examinar la literalidad de ambos preceptos: «El que ha ejecutado una obra en cosa mueble» (art. 1.600) versus «... l'activitat realitzada per raó de la cosa» (art. 4.1.c). En conclusión, en el artículo 4.1.c) se garantiza con la retención la retribución de cualquier actividad realizada *por razón de la cosa*. Y es este giro lingüístico «por razón de la cosa» el que viene a indicar el ámbito de aplicación objetivo del precepto, por cuanto con él se fija o determina la conexión (jurídica) que debe existir entre el crédito y la cosa. Es suficiente, en este supuesto, con que la retribución se derive, como sostiene PUIG FERRIOL (65), de la actividad llevada a cabo como consecuencia de las obligaciones asumidas que se derivan de la misma relación jurídica que le atribuyó la posesión de la cosa. Así, por ejemplo, la retribución del mandatario o del depositario que en el Código no encuentra cabida en la garantía retentoria (66), se

(63) En contra, L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 421. Estima este autor que el fundamento de todas las hipótesis de retención previstas por la ley catalana estriba en el impedimento de un empobrecimiento injusto: «Aquestes anomenades "obligacions" que originen el dret de retenció són, més que obligacions en sentit estricte, unes situacions derivades de la relació jurídica inicial, que havia convertit el retenidor en posseïdor de la cosa, i que poden provocar un possible empobriment del retenidor, que el legislador considera injustificat».

(64) Seguimos en este punto la opinión de L. PUIG FERRIOL (*op. cit.*, pág. 422).

(65) *Op. cit.*, pág. 422.

(66) Ello se debe, en primer lugar, a que los artículos 1.730 y 1.780 provienen del Proyecto de 1851, en el que el mandato y el depósito eran contratos esencialmente

acomoda y se **subsume** perfectamente en el supuesto de hecho prevenido por el artículo 4.1.c).

Además es preciso, como condición de aplicabilidad de la norma analizada, que la actividad que se va a realizar por razón de la cosa se haga de acuerdo con un presupuesto aceptado por el poseedor legítimo y se adecúe a éste. No obstante, nada obsta, a nuestro entender, que el futuro **retentor** renuncie a las ventajas que la confección y aceptación de un presupuesto y el ajuste de la actividad a éste le puedan reportar (67).

El artículo 4.1.d) admite asimismo la retención por los intereses de las obligaciones garantizadas con la retención desde que se le notifique el derecho de retención en la forma prevista en este artículo. Esto es, la comunicación notarial que el artículo 4, en su segundo apartado, previene como requisito de eficacia del derecho de retención, tiene la virtualidad de colocar en mora al deudor (arts. 1.100 y 1.108 CC), generando la obligación de pagar los intereses convenidos y, en su defecto los intereses legales. Pues bien, a los intereses del importe mencionado en la comunicación notarial, se les hace extensible el derecho de retención.

Y, en último lugar, el artículo 4.1.e) deja abierta la puerta a otras posibles hipótesis fundamentadoras del derecho de retención. Evidenciado que los créditos conexos a la cosa enumerados en el artículo 4 no suponen un *numerus clausus*, será suficiente con que la ley establezca nuevos supuestos de conexión entre crédito y cosa, y, con base en la citada conexión, atribuya el derecho de retención. En definitiva, la exigencia de cobertura

gratuitos y, por consiguiente, la garantía **retentoria** jamás podía alcanzar a la retribución. En segundo lugar, porque la retención, tanto al paso de la regulación del mandato y del depósito, se inserta en el Capítulo III del Libro IV, Título X («De las obligaciones del mandante») y en la sección cuarta del Capítulo II del Título XI del Libro IV («De las obligaciones del depositante»), en los que se prevén cuáles son las obligaciones del mandante y del deponente respectivamente. Por ende, cumplidos los presupuestos de la existencia de las citadas obligaciones (cfr. arts. 1.728, 1.729 y 1.779 CC), el mandato y depósito se transforman en contratos bilaterales imperfectos (o *ex post facto*), puesto que es la ley (cfr. art. 1.090 CC) la que crea las obligaciones a cargo del depositario o mandatario y es exclusivamente a las obligaciones legales, y no a las contractuales, a las que se otorga la garantía retentoria. Por último, el propio fundamento de la retención prevista en los artículos 1.730 y 1.780 destierra una solución afirmativa. A diferencia de la retención como garantía de un crédito contractual (cfr. el supuesto del art. 1.600 CC), en el depósito y mandato la retención descansa en el impedimento de un enriquecimiento injusto, lo que obsta que la garantía pueda cubrir la retribución pactada. **Únicamente** sería admisible que la retención abarcara la retribución cuando ésta se pacta con la intención de cubrir los gastos de conservación y/o los perjuicios previsibles (P. DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, págs. 92 y sigs.).

(67) Por la misma solución se pronuncian L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 422, y I. MIRALLES GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 714, nota 8. En particular, el Decreto 147/87 de 31 de marzo, relativo a la reparación de automóviles, y el Decreto 166/90 de 20 de junio, sobre transporte de vehículos averiados (arts. 14 y 4 respectivamente) prevén la posible renuncia a la confección del presupuesto.

legal, o si se quiere de reserva de ley, descansa en el hecho de que el derecho de retención es una figura de creación legal. Es solamente la ley la que puede tolerar que en ciertas situaciones el deudor de la entrega rehúse ésta y mantenga la posesión de la cosa, afectada en garantía de los créditos que la propia ley determina, hasta su total satisfacción, pudiendo, en caso de no conseguirse ésta, enajenar forzosamente el bien poseído y con lo obtenido hacerse pago.

La propia ley acoge otra hipótesis de retención en su artículo 5.2, puesto que tutela con dicha garantía los gastos necesarios que se desprenden de la guarda y custodia a que se ve obligado el retentor en el ejercicio de su derecho. Sin embargo, la remisión del artículo 4 se dirige a supuestos de retención previstos en otras normas catalanas con rango de ley, de tal modo que concedida en éstas la citada garantía («Qualsevol **altra** deute al qual...»), su contenido sea el prefijado por la Ley 22/1991, a salvo, claro está, la posible voluntad contraria del legislador.

El legislador catalán, con posterioridad a la Ley 22/1991, ha contemplado una hipótesis de retención que ya existía en la Compilación de 1960, y la ha acomodado a lo dispuesto en la Ley de Garantías Posesorias. El supuesto lo regulan los artículos 237 y 238 del Código de Sucesiones, los cuales plantean una seria dificultad para compatibilizar la retención que en ellos se prevé con la disciplinada en la Ley de Garantías Posesorias.

Ya se ha analizado cómo la Ley de Garantías Posesorias reduce su ámbito de aplicación a los bienes muebles. No obstante, los artículos 237 y 238 CS facultan al heredero fiduciario o a sus herederos para retener la posesión de la herencia o del legado **fideicomitido** hasta que no se le abonen los créditos que puedan ostentar frente al fideicomisario (créditos que contempla el artículo 240 del CS). La problemática estriba en cómo compaginar la posibilidad de que tanto el objeto de la herencia como del legado fideicomitido esté integrado total o parcialmente por bienes inmuebles con la limitación expresa de la Ley 22/1991 a los bienes muebles con objetos sobre los que se proyecta la garantía. Podría intentar argumentarse en el sentido de considerar que la retención solamente tiene por objeto los bienes muebles que integren la herencia o el legado fideicomitido. Sin embargo, ello contravendría frontalmente lo dispuesto en el artículo 237 que, con claridad, señala que «poden **retenir** la dita possessió», referida ésta a «lliurar la possessió de l'herència o el llegat **fideïcomesos**». A nuestro juicio, la única vía capaz de compatibilizar lo dispuesto en ambas normativas radica en sostener que, conforme a los artículos 237 y 238 CS, la retención de la posesión se extiende a la herencia o al legado y, por ende a todo lo que ellos abarcan, pero, en cambio, la retención, como prenda legal, únicamente poseerá el contenido pergeñado por la Ley 22/1991 en la medida en que su objeto recaiga sobre los bienes muebles de la herencia o legado. De este

modo se da cumplimiento al propio mandato del artículo 237 del CS: «la constitució del dret de retenció de conformitat **amb** la **Llei** per a alguns **dels** crèdits».

Nos queda solamente por indicar que, tanto en el elenco del artículo 4 como en las hipótesis en que otras leyes han prevenido la retención (arts. 237 y 238 CS), existe un supuesto en que no cabe la retención conforme a la legislación autonómica y sí de acuerdo con el Código Civil. Se trata del derecho de retención que el artículo 464.2 y 3 del Código acoge y que no encuentra cabida en ninguna de las hipótesis del artículo 4.

La cuestión que entonces se plantea no es otra que la de saber si lo previsto en cuanto al derecho de retención en los apartados segundo y tercero del artículo 464 es o no de aplicación en Cataluña. A mi entender, la respuesta a ese interrogante obliga, en primer lugar, a afirmar que la remisión del artículo 4.1.º) de la Ley de Garantías Posesorias no abarca al Código Civil, puesto que la intención que, con esa remisión, persigue el legislador catalán es la de homogeneizar el contenido del derecho de retención en todos aquellos casos que se contemplen por la normativa catalana. Llegados a este punto, las alternativas son las siguientes: la primera es entender que el legislador catalán ha excluido voluntariamente la aplicación del derecho de retención para el supuesto que se prevé en el artículo 464.2 y 3 en Cataluña. La segunda alternativa es la contraria y consistiría en admitir que el legislador catalán no quiso rechazar el derecho de retención en los supuestos contemplados en el 464.2 y 3, sino que se trata de una laguna que hay que integrar (68). Por ello, acorde con el artículo 1.º (que no se refiere sólo a la Compilación: «per tal **d'integrar** aquesta **Compilació** i les altres normes») y la DF 4.ª de la Compilación, al no ser el supuesto en examen contrario a los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán, procederá su aplicación. En ese caso, admitido el supuesto de hecho como generador de la retención, el contenido de ésta será el disciplinado por la Ley 22/1991 para todo derecho de retención sobre bien mueble constituido eficazmente.

Por último, las condiciones que han de reunir los créditos garantizados con el derecho de retención son la de ser ciertos, vencidos y exigibles. En cuanto al requisito de la liquidez, el ordenamiento jurídico catalán ha adoptado siempre la misma postura (cfr. arts. 278, 206 y 301 de la Compilación, los dos últimos hoy derogados, 237 y 238 CS y art. 4.2 LGP), consistente en que la liquidación del crédito la efectúa *a priori* el propio retentor. En ese

(68) Esta opinión se reafirma si se constata como otras hipótesis de retención previstas en el Código Civil son rechazadas expresamente por la Ley catalana: vgr. la retención por los gastos necesarios que no sean de conservación o gestión y la retención en garantía de los gastos útiles (cfr. art. 453 CC).

caso, por tanto, más que la exigencia de que el crédito sea líquido, lo único que se precisa es que pueda efectuarse en un momento posterior (cfr. STS 30-5-1969 que admite el ejercicio de la retención en fase de ejecución de sentencia). Ahora bien, conforme a la Ley de Garantías Posesorias, si se desea gozar de toda la eficacia que la retención puede otorgar, en la comunicación notarial al deudor y/o propietario del bien (art. 4.2 LGP) deberá hacerse constar la liquidación y el importe por el cual se retiene. Mas nótese que su falta no impide la retención, la cual puede haber nacido con anterioridad, sino que la ya constituida despliegue toda su eficacia. En ese sentido, la liquidación del crédito por el acreedor es un requisito de eficacia.

4. LA EFICACIA DEL DERECHO DE RETENCION

La Ley de Garantías Posesorias sobre cosa mueble configura el derecho de retención como un derecho real de garantía. El Preámbulo de la citada norma hace derivar la eficacia real del derecho de retención de su naturaleza real («El dret de retenció passa a configurar-se com un dret real de garantia, de manera que el retenidor es pot negar, no solament davant del deutor, sinó també davant de qualsevol tercer, a la restitució de la cosa retinguda fins que no li hagin estat pagats totalment els deutes que van generar la retenció»). Esa afirmación contenida en el Preámbulo es, a nuestro juicio, discutible. La eficacia *erga omnes* del derecho de retención, así como la atribución de ciertas facultades al retentor, no depende del hecho de que estemos ante un derecho de naturaleza real, puesto que como ya hemos advertido repetidas veces naturaleza real y eficacia *erga omnes*, aunque suelen presentarse juntas, no necesariamente ha de ser consecuencia una (la eficacia real) de la otra. La extensión ante terceros de la retención se debe al cumplimiento de ciertas formalidades impuestas por la Ley (cfr. art. 4.2). Su incumplimiento provoca que el derecho de retención así constituido no sea eficaz frente a terceros ni lleve aneja la facultad de realizar el valor del bien (art. 6.1) (69).

Las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de los requisitos de eficacia se explican por cuanto, aunque la posesión del bien mueble sea un medio de publicidad, la extensión de la eficacia de una prenda legal a terceros (vgr. adquirentes del bien retenido, acreedores del propietario que traban embargo sobre el bien, etc.) exige una mayor dosis de publicidad (para posibilitar, por ejemplo, la facultad de realización del valor del bien o el efecto anticrético cuando el que entregó el bien al retentor no fuese el propietario del mismo). En este caso, mientras en la prenda convencional

(69) Así también L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 424.

es la escritura pública el medio precisado por el legislador (arg. arts. 1.218 y 1.865 CC) para extender la eficacia del derecho real frente a terceros, en la prenda legal el legislador catalán requiere una comunicación notarial dirigida al deudor y, en su caso, al propietario del bien mueble, en la que se indica la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de las obligaciones que justifican la retención (art. 4.2).

La citada comunicación notarial, en cuanto requisito de eficacia, puede dirigirla el retentor ante la demanda del deudor o propietario de la cosa en la que se le exige la restitución de la cosa, o bien, el poseedor del bien mueble ajeno puede, una vez se vea obligado a la entrega restitutoria de la cosa, suspender la entrega de ésta, justificando la constitución de un derecho de retención, la liquidación efectuada y el importe de los créditos que dan base al nacimiento de dicho derecho (70).

Esa comunicación notarial además de constituir un requisito de extensión de los efectos de la prenda legal, supone, en primer lugar, la constitución del deudor de las obligaciones que fundamentan la retención en mora (arts. 1.100 y 1.108); en segundo lugar, una hipótesis de reclamación extrajudicial del crédito o créditos que interrumpe la prescripción (arg. art. 1.973 CC), y, por último, evidencia como el poseedor de la cosa que ostenta determinados créditos contra el que demanda la entrega ha invertido su concepto posesorio. En ese sentido, desde la constitución de la retención, esa inversión posesoria provoca que el retentor posea en concepto de retentor, es decir, como reflejo de su derecho pignoraticio de origen legal, y, por consiguiente, venga sujeto a todas las obligaciones que de dicho derecho se deriven, a la vez que pueda ejercitar las facultades propias de éste ante cualquiera, siempre que la intervención posesoria se haga pública (cfr. art. 4.2).

Llevada a cabo la comunicación notarial, el deudor y, en su caso, el propietario del bien disponen de un plazo de tres meses, a contar desde la fecha de la notificación, para formular judicialmente su oposición al derecho de retención constituido, a la liquidación realizada y a la determinación del importe de las obligaciones que lo justifican. En ese caso, será la autoridad judicial la que evaluará si concurren los requisitos necesarios para el nacimiento del derecho de retención y la liquidación y determinación elaboradas por el retentor. Por consiguiente, la decisión judicial consistirá en mantener el derecho de retención en los extremos que lo comunicó el retentor, rechazar el derecho de retención por no congregarse las exigencias legales para su nacimiento o bien modificar el monto total de los créditos que lo justifican (71).

Opino que puede suceder también que el derecho de retención se cons-

(70) *Ibid.*

(71) *Op. cit.*, pág. 425.

tituya unilateralmente, mas no se lleve a cabo la comunicación notarial. Al faltar el medio que la ley requiere para dotar de publicidad a ese derecho frente a terceros, muchas de las facultades que la citada ley le confiere no le corresponderán en este caso. En primer término, omitido ese presupuesto para su eficacia real, el derecho de retención así constituido no es eficaz ante terceros que soliciten la restitución de la cosa (arg. art. 4.2 y 5), ni lleva aparejada la facultad de proceder a la ejecución forzosa del bien (arg. art. 6.1). En segundo término, cuando aquél que entregó la cosa al retentor no fuese el propietario, al no constarle a éste, por medio del mecanismo que la Ley pone al alcance del retentor, la afección de su bien en garantía de uno o varios derechos de crédito conexos a la cosa, tampoco es posible la imputación de frutos, por cuanto éstos han de revertir a la propiedad.

Por último, se hace necesario advertir que la ley catalana no toma en consideración que la retención se actúe vía judicial como excepción dilatoria. No obstante el silencio legal, creemos que excepcionada la retención y justificada judicialmente la liquidación y el importe de los créditos que originan la garantía, no existe ningún obstáculo para que el derecho así constituido goce de las mismas facultades que el derecho de retención con comunicación notarial. Para ello será necesario notificarle al propietario del bien la interposición de la demanda por si desea personarse en las actuaciones judiciales. Es más, el control judicial previsto por el artículo 4.2 para garantizar los derechos del deudor y del propietario se vuelven en esta hipótesis innecesarios, al ser la jurisdicción contenciosa la encargada de decidir la constitución de un derecho de retención y el reembolso que con él se garantiza.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE RETENCION

Una vez examinados los presupuestos del derecho de retención, tanto los necesarios para su constitución como para su eficacia, es el momento de analizar cuáles van a ser los derechos y las obligaciones que conforman el derecho de retención. El citado examen revela cómo la retención es contemplada como un verdadero derecho de prenda cuyo origen figura en la ley.

Por lo que respecta a las facultades que ostenta el retentor, el artículo 2.1 de la Ley de Garantías Posesorias enuncia que los efectos de los derechos de garantía mobiliaria son la retención de la posesión hasta el total pago de la deuda garantizada, la imputación de los frutos del bien a los intereses de la deuda y, en su caso, al capital, y la realización del valor de la cosa.

En primer lugar, como facultad del derecho de retención y de la prenda, se enuncia la retención de la posesión hasta el pago de la deuda garantizada.

Ante este aserto legal es conveniente efectuar ciertas matizaciones. Respecto al derecho de retención es totalmente exacto que el retentor puede mantener la posesión del bien hasta que se el abone el total montante de sus créditos. Sin embargo, la facultad de retención referida a la prenda exige advertir que ésta solamente es tal, en sentido estricto, cuando, una vez vencido el crédito garantizado con la prenda, el acreedor pignoraticio decide continuar con la posesión del bien para así forzar a su cumplimiento. En cambio, antes de dicho momento no existe propiamente retención, sino tan sólo posesión del bien entregado a título de garantía. La retención significa la continuación de la posesión anterior, aunque bajo un concepto posesorio distinto (retener), y no la facultad de tener la cosa que compete al acreedor pignoraticio antes del vencimiento del crédito garantizado. En ese sentido, el artículo 2 de la Ley de Garantías Posesorias incurre en la misma imprecisión que el artículo 1.866 del Código Civil (72).

La segunda facultad atribuida al retentor y común con el derecho de prenda (cfr. art. 1.868 CC) consiste en la posibilidad de imputar los frutos que el bien mueble produzca a los intereses de la deuda garantizada y, en su caso, al capital. Es de tener en cuenta, a ese efecto, que la comunicación notarial, prevista en el apartado segundo del artículo 4, constituye al deudor en situación de mora (art. 1.100) y, consecuente con ello, cuando se trata de una obligación pecuniaria (cfr. art. 4.2 en el que se exige la liquidación y la determinación del importe) el artículo 1.108 cifra la indemnización de daños y perjuicios en los intereses convenidos y, en su defecto, en el legal. Y, por otra parte, que aunque con anterioridad a la constitución de la retención, el poseedor de buena fe de cosa ajena no tuviera derecho a los frutos, puede desde la inversión posesoria que se opera con la retención imputarlos a la satisfacción de los intereses de su deuda y, en su caso, del capital. Por consiguiente, con el efecto anticrético se instrumenta una alternativa para la extinción de las obligaciones del retentor sin necesidad de acudir a la ejecución forzosa del bien retenido, que consiste en mantenerse en la posesión de la cosa fructífera hasta la total extinción de las deudas que justificaban el citado derecho. Satisfechos íntegramente los créditos y los intereses de éstos, el retentor deberá entregar el bien retenido, puesto que extinguido el derecho principal lo hace también el accesorio, en este caso, la retención.

La tercera facultad que contempla el artículo 2 de la Ley de Garantías

(72) El artículo 2.1.a) dispone: «Els efectes dels drets de garantia mobiliària són:
a) La retenció de la possessió de la cosa fins el pagament complet del deute garantit.»

En cambio, el artículo 13.1, con mayor exactitud, afirma: «El creditor pignoratíci es pot negar a la restitució de la penyora fins que no li sigui pagat totalment el crèdit garantit».

Posesorias es la posibilidad de realizar el valor de la cosa retenida y, por tanto, extender el contenido del derecho de retención a la fase de satisfacción, al igual que acontece en otras regulaciones europeas de la materia (73).

Los requisitos que exige la ley para que la enajenación de la cosa pueda llevarse a término son tres. El primero consiste en el transcurso de tres meses desde que conste fehacientemente la retención (art. 6.1); es decir, tres meses a contar desde la fecha de la notificación de la comunicación notarial dirigida al deudor y, en su caso, al propietario, en la que se explicita la decisión de retener, la liquidación practicada a tal efecto y la determinación del importe de los créditos que justifican la retención.

El segundo de los requisitos estriba en que para el acceso a la ejecución notarial debe existir una valoración del bien retenido de mutuo acuerdo. Esta exigencia se comprende si se toma en consideración el origen y nacimiento del derecho de retención. Este nace, una vez reunidos sus presupuestos, por la voluntad unilateral del retentor y, por ello, el legislador catalán arbitra una alternativa consistente en la oposición judicial para impugnar la retención y el importe de los créditos que la justifican, determinados a instancia del titular de dicho derecho. En la misma dirección, entiende la normativa catalana que el atribuir al retentor también la determinación unilateral del valor del bien podría ocasionar abusos (74). Pese a ello, habría sido oportuno que el legislador catalán hubiese previsto un mecanismo de valoración subsidiaria, puesto que en defecto de acuer-

(73) El Código suizo Federal de las Obligaciones disciplina una normativa para la retención mobiliaria en los arts. 224 a 228. En particular, el art. 228 prevé la realización de valor como una de las facultades que integran el contenido del derecho de retención (art. 228. «Cuando el acreedor no haya recibido el pago ni garantía suficiente, podrá perseguir, mediante aviso previo al deudor, la realización de su derecho de retención, como un acreedor pignoraticio. También podrá darse el aviso aun después de la declaración de quiebra del deudor. Equivaldrá al aviso la notificación del derecho de retención o la mora.»).

El BGB diseña también una disciplina propia y completa para la retención. A ella dedica los párrafos 175, 202, 270, 772, 972, 1000. Destacable de la citada regulación es la atribución del derecho de realización de valor (§ 772). «Si el acreedor tuviese un derecho de prenda o de retención sobre una cosa mueble del deudor principal, deberá hacerse pago de esta cosa») y la expresa declaración que el ejercicio de la retención no es causa de suspensión de la prescripción (§ 202. «La prescripción —de derechos— quedará en suspenso durante el tiempo que tarde en expirar el término de la prestación o que el obligado esté autorizado a rehusarla por otros motivos. Esta disposición no será aplicable a la excepción que se deriva del derecho de retención.»)

(74) Así L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 429. «Aquest requisit té un cert fonament, ja que en el cas del dret de retenció el dret real de **garantia** es constitueix fonamentalment en base a la voluntat unilateral del creditor, i tal vegada es pensa que seria excessiu que en aquestes circumstàncies el creditor també pogués establir de forma unilateral el valor del bé objecte de la garantia, perquè això podria suposar un perjudici important pel deutor.»

do (75), el derecho de retención se ve reducido a la fase de seguridad, más el efecto anticrético (76).

En tercer lugar, el artículo 6.2 requiere para proceder a la enajenación que no haya mediado por parte del deudor y/o propietario la oposición judicial a la comunicación notarial (77). En mi opinión, la oposición judicial no obstaculiza la enajenación del bien en subasta pública notarial, sino que la correcta intelección del precepto se dirige a impedir la ejecución del bien si se ha formulado oposición judicial y en tanto ésta no haya sido resuelta. Será, por tanto, necesario para poder proceder a la enajenación forzosa esperar a la decisión judicial firme. Si ésta declara constituido el derecho de retención en los términos en que se comunicó o en otros que determine la resolución judicial, no vemos ningún impedimento para proceder a la realización del valor. En otro caso, se arbitraría por la propia ley un modo de evitar la ejecución, pues bastaría solamente oponerse a la retención comunicada notarialmente.

Cumplidos estos requisitos, el retentor puede optar por realizar el valor del bien para así satisfacer los créditos que ostenta. Para ello, y salvo pacto en contrario, el acreedor puede elegir cualquier notaría que se encuentre demarcada en la misma localidad en que tiene fijado el deudor su domicilio (78).

Para proceder a la subasta es necesaria la citación del deudor y, si fuese otro, el propietario del bien, en la forma prevista por el Reglamento Notarial (79). La subasta deberá ser anunciada con un mínimo de cinco días y un máximo de quince días hábiles, respecto a la fecha de su celebración, en uno de los periódicos de mayor circulación en la localidad donde haya de llevarse a efecto la subasta y, en todo caso, en el *DOGC*.

Citado el deudor y, en su caso, el propietario del bien, y anunciada la subasta con las formalidades prevenidas por la ley, se procederá a la enajenación del bien mueble. Para ello, la normativa catalana exige que el tipo mínimo de la primera subasta se corresponda al 80 por 100 del valor del

(75) Falta de acuerdo que tendrá lugar en la mayoría de las ocasiones, pues, de ese modo, el propietario del bien volatiliza la facultad de realización de valor e impide al retentor la enajenación de su bien.

(76) En la misma dirección, propugnando un sistema de valoración subsidiario L. PUIG FERRIOL (*op. cit.*, pág. 429) y FELIU REY («Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña», en *Derecho de los Negocios. La Ley*, año III, núm. 20, págs. 13 y sigs.).

(77) Artículo 6.2. «Es requisit de l'execució forçosa notarial haver procedit a la valoració del bé, de mutu acord entre el creditor i el propietari, i que no hagi hagut l'oposició judicial prevista a l'article 4.»

(78) En el caso de que no exista notaría demarcada, la ley catalana añade que «si no hi hagués notaría demarcada, a qualsevol se les de la capçalera del districte notarial corresponent». Art. 6.3.

(79) En el supuesto de que no se localizase al deudor y, en su caso, al propietario, se les citará por edictos. Cfr. art. 6.4.

bien. A falta de posturas iguales o superiores, se procederá a una segunda subasta, que podrá tener lugar a continuación de la primera, en la que se precisa que el tipo mínimo de puja sea del 60 por 100 del valor del bien. En el caso de que el bien no se enajene en ninguna de las dos subastas, se contempla la posibilidad de llevar a cabo una tercera subasta, que necesariamente deberá realizarse dos días después de la segunda y en la que el tipo mínimo se corresponderá al importe de los créditos que originan la retención, más los gastos ocasionados por el procedimiento (art. 6.6) (80).

También se dispone en la normativa catalana que tanto en la imputación de los frutos como en la atribución del precio obtenido en la realización del valor de la cosa, el crédito del retentor se somete a las reglas generales sobre prelación de créditos (art. 2.2 LGP). Con ello, el legislador catalán atribuye una preferencia al crédito que fundamenta la retención. El determinar cuál sea esa preferencia es el tema que nos ocupará a continuación.

Ante todo hay que poner de manifiesto que la literalidad del artículo 2.2 podría conducirnos a creer que lo único que en él se establece, respecto al derecho de retención y no a la prenda («el *crèdit* del retenidor»), es la sumisión a las reglas generales sobre prelación de créditos (arts. 1.921 a 1.929 CC) y que, en consecuencia, el crédito del retentor gozaría de preferencia no por estar garantizado con un derecho de retención, sino porque la ley en atención al tipo de crédito que se garantiza le atribuyese un privilegio (cfr. art. 1.922 CC).

No obstante lo expuesto, ello nos parece desacertado. En primer lugar, el artículo 2.2, al igual que el 2.1, establece unos efectos comunes tanto al derecho de retención como al de prenda, y en nada obstaculiza la precedente afirmación el hecho de que el artículo disponga: «el *crèdit* del retenidor se *sotmet* a les regles *generals* sobre prelació de *crédits*». La afirmación precedente se constata cuando en el artículo 14 de la Ley, tendente a disciplinar la facultad de enajenación forzosa del derecho de prenda, se denomina al acreedor pignoraticio como retentor (81).

En segundo lugar, concebido en la Ley tanto el derecho de retención como la prenda como derechos de contenido idénticos, aunque con origen distinto, es consecuente con ello la atribución de la misma preferencia. Por consiguiente, la remisión a las normas generales sobre prelación de créditos se entiende efectuada a las normas que establecen la preferencia del crédito

(80) Si los bienes sujetos a la retención son valores sometidos a cotización oficial, la enajenación se efectuará por el procedimiento específico previsto por la ley a tales efectos. Confróntese acerca de ello el artículo 322 del Código de Comercio y el artículo 269 del Decreto 1508/1967 de 30 de junio, que aprueba el Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio.

(81) Artículo 14.5 *in fine* «*Només* si la cosa no s'*aliena* en cap de les subhastes el retenidor la pot fer seva atorgant carta de pagament per la totalitat del seu *crédit* i fent-se *càrrec* de les despeses originades *pel* procediment».

pignoraticio (art. 1.922.2 «Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor» y 1.926.1 «El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda»).

Una vez examinadas las facultades del derecho de retención, corresponde ahora detenerse en el análisis de los deberes a que se halla sujeto el retentor.

La primera de las obligaciones que incumbe al retentor estriba en conservar el bien retenido y limitarse a su uso conservativo. El propio artículo 5.2 establece que el deber de guarda y conservación ha de llevarse a cabo con diligencia, pero no precisa el grado de diligencia exigible.

PUIG FERRIOL (82) entiende que la diligencia exigible, a falta de una concreta previsión legislativa, será la que determine la ley para cada situación jurídica que origina la posesión del acreedor de la cosa y, a falta de ésta, la diligencia que corresponde a un buen padre de familia (arg. art. 1.104 CC). En cambio, entiendo que la inversión posesoria que exige el derecho de retención lleva consigo unas diferentes facultades y deberes de los que correspondían al poseedor antes de ser retentor. Así, si el poseedor tenía derecho a usar la cosa, una vez constituida la retención su uso debe limitarse al meramente conservativo. Igualmente fuese cual fuese el grado de diligencia que se le exigía en la custodia de la cosa, comenzada la retención éste será el que exija la ley y, a falta de previsión legal, el correspondiente a un buen padre de familia (art. 1.104 CC), sin necesidad de extender el grado de diligencia que la situación posesoria anterior exigía al poseedor, puesto que ahora no posee en concepto de depositario o de mandatario o en cualquier otro concepto posesorio, sino en concepto de retentor.

La segunda de las obligaciones del retentor radica en consentir, durante el ejercicio del derecho de retención, la sustitución del bien retenido por una garantía real o fianza solidaria de una entidad de crédito que sean suficientes (art. 7.1). Respecto a la garantía real, considera el legislador catalán (art. 7.2) que ésta es suficiente cuando el precio justo de la cosa que se ofrece en garantía (83) cubre el importe de los créditos que originaron la retención y un 25 por 100 más (84).

Considero que aunque el precepto faculta solamente al deudor para imponer al retentor la sustitución del bien retenido, no existe ningún incon-

(82) *Op. cit.*, pág. 427.

(83) Acerca del concepto de precio justo, puede consultarse el artículo 323 de la Compilación.

(84) Añade el artículo 7.2 que se entiende la garantía suficiente siempre que cubra los conceptos citados (créditos más el 25 por 100), aunque su valor sea inferior al del precio justo de los bienes retenidos.

veniente para que la citada facultad sea, con mayor razón si cabe, extensible al propietario del bien (85).

Y en tercer lugar, el retentor está obligado a entregar el bien retenido una vez se le ha satisfecho totalmente lo que se le adeuda (arg. *a contrario* art. 5.1 LGP), o si la declaración judicial emanada en virtud de la oposición a la comunicación notarial entiende que no procede la retención, o si al retentor se le ha impuesto la subrogación real que contempla el artículo 7 de la ley.

Como colofón a este estudio del contenido del derecho de retención, parece oportuno hacer algunas consideraciones en torno a la posibilidad de defensa del derecho, por parte del retentor. Tradicionalmente se le ha negado al retentor todo tipo de acción para tutelar su derecho e incluso con base en ello se ha llegado a negar su naturaleza de derecho subjetivo (86). No obstante, el panorama ha cambiado radicalmente con la ley catalana, por cuanto ésta no solamente califica de derecho a la retención sino que además le atribuye el calificativo de real. Situados, por tanto, ante un derecho real de garantía intentaremos averiguar cuáles son los mecanismos de defensa que se hallan al alcance del retentor. A primera vista, se puede observar cómo el retentor es un poseedor y que, por tanto, en cuanto el poseedor goza de los medios de defensa atribuibles a éste. Así pues, el retentor puede utilizar las acciones interdictales para retener o recuperar la posesión perdida (cfr. art. 446 CC y art. 5.3 LGP). Pero es que, además, la retención se conforma en la normativa catalana como un derecho pignoraticio y, por tanto, parece de todo punto consecuente atribuirle acción real para la defensa de su derecho (87). La citada acción consistirá en poder ejercitar todas aquellas acciones para reclamar el bien o defenderlo de terceros (cfr. art. 1.869 CC).

JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

(85) I. MIRALLES GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 714.

(86) En ese sentido, J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*

(87) Existencia de una acción real que también puede hacerse derivar, como pretende PUIG FERRIOL (*op. cit.*, pág. 430), de lo dispuesto en el artículo 5.3 («El dret de retenció s'extingeix si el retenidor torna voluntàriament la cosa, encara que posteriorment en recuperi la possessió»), pues la pérdida de la posesión por la posesión de otro de más de un año (cfr. art. 460.4 CC) debería dar lugar a la extinción de la retención, al ser imposible recuperar dicho bien por carecer de acción (cfr. arts. 446 y 1.968 CC). En cambio, el artículo 5.3 interpretado a contrario supone implícitamente la existencia de la citada acción real.